

2023  
n. 1  
Vol. XII

**P.A.**  
**Persona e Amministrazione**

*Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*  
*Legal Research on Public Administration and Economics*

ISSN 2610-9050



1506  
UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI URBINO  
CARLO BO



**P.A. Persona e Amministrazione**  
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia  
Legal Research on Public Administration and Economics

---

**Direttore scientifico**

Luca R. Perfetti

**Comitato di direzione**

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Christine Ferrari-Breur, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien.

**Redattori centrali**

Marina Roma, Università di Genova  
Donato Vese, Università di Pisa

**Comitato di redazione**

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Viviana Di Capua; Andrea Gemmi; Benedetta Giordano; Roberto Franco Greco; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Salvatore Palumbo; Antonio Saporito; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

**Comitato internazionale scientifico e di referaggio**

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria

Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University Delaware; Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università telematica Pegaso; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno, Università di Bari "Aldo Moro"; Aristide Police, Università di Roma "Tor Vergata"; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio; Stefano S. Scoca, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tiganò, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo; Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Università di Teramo.

### **Direttore responsabile**

Francesca Mineo

### **Managing Editor**

Giovanni D'Elia

## **Contatti**

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

Prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza  
via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

## **Edizione on line a cura di**

Urbino University Press

Settore Biblioteche di Ateneo

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.

ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

## FOREWORD

Section I of the present issue is the result of an articulate cooperation with other **international journals** from different disciplines, mainly focused on mathematical, computational and economic sciences. Moving from DYSES 2022, international conference held at the Neoma Business School in Rouen (FR), **complexity** is investigated from different perspective.

**PA Persona e Amministrazione** is honored to be the only legal journal involved in this research project – and Section I is the first result of that.

**PA Persona e Amministrazione**, within this scientific cooperation, issued a **call-for-paper**, “*The complexity of Administrative Decisions and the Law of Complex Decision-Making: Analysis, Paths, Models*” and papers published in Section I are the result of such initiative.

**PA Persona e Amministrazione**, as far as we know, with this issue, is the first Italian legal journal publishing an issue edited by a **guest editor committee**. We all at **PA Persona e Amministrazione**, are extremely grateful to guest editors - distinguished mathematicians and economists – for their excellent work and the reputation their work led to the journal.

For **PA Persona e Amministrazione** is another important step in the direction of excellence.

## CALL FOR PAPERS

### THE COMPLEXITY OF ADMINISTRATIVE DECISIONS AND THE LAW OF COMPLEX DECISION-MAKING: ANALYSIS, PATHS, MODELS

#### ABSTRACT

From the legal point of view, public decision making can be complex, not only when legal choices are expressly envisaged, or when reference is made to vague or indeterminate, non-analytical legal concepts, such as when it is difficult to make a legal syllogism easily. An administrative decision – when it is such – typically occurs in the context of proceedings that need to address plural and dynamic interests, possibly with different territorial dimensions, and therefore concern a rich and often conflicting reality. This should then be inserted within a set of values, which are subject to changing realities; these values mainly derive from constitutional provisions that refer to fundamental rights and freedoms.

Over time, we have also come to realize the complexity of what the public administration is concerned with. On the one hand, it is called upon to pursue aims set elsewhere, differing from the exercise of actual administration, which is necessarily affected, especially if we consider their rapid development, both in terms of the shared purpose that inspires them, and the subjects legitimized to define them. On the other hand, the concept of public interest is a multifaceted one, and although it inevitably has a political dimension, it can no longer be addressed in purely political terms, so if there is a decision in this regard, it arises from a complex of factors, and therefore of individuals, through a combination of constitutional, legislative and regulatory provisions, government guidelines, and administrative decisions, often produced by an array of experts and technically “competent” actors.

Hence, if there can no longer be (and if there ever really was) an Olympian ‘single’ authority, making its decisions from on high, we have also long under-

stood that there is no such thing as an isolated administrative act. Nevertheless, even today's administration is required to act swiftly and efficiently, but at the same time, its decisions are expected to be analytical, wide-ranging, detailed, judicious, and 'fair'. Not surprisingly, administrative procedure, the manifest realization of the function, according to Benvenuti's seminal definition, is also tasked with reducing complexities, thereby confirming the theoretical claim that 'understanding means simplifying', but also, that there is a constant need for 'simplification'. This requires a more nuanced understanding of the clusters of reality, which may, in turn, also have clusters of 'complication' or 'complexity'. However, the law is not only complex in itself, since 'legal complexity' is in part also due to the complexity of what it concerns, namely society, where the participation of active, lively, dynamic, and effective individuals or groups has progressively increased, together with the number of well-equipped persons, endowed with skills, abilities, talents, and experience, accessing technological possibilities of a hitherto unseen potential.

Lastly, the regulatory context within which the public administration works is also complex, with the principle of legality playing an increasingly central role. In line with the widespread distribution of capabilities, the mechanics of regulatory production have become more complicated due to the growing multilevel structures of institutional legislative bodies, the contribution of other independent or otherwise expert decision-making bodies lacking political responsibility in the traditional sense, the multiplication, inflation, and fragmentation of sources and their regulatory products, and the contributions of case law, which, moreover, can have any number of sources



# SOMMARIO

## SEZIONE I

Luca R Perfetti, Complexity, Discretion, public interest .....	1
Clara Napolitano, Tips on complex administrative decisions: multiplicity of interests and elimination of dissent.....	33
Gloria Pettinari, The public functioning challenge: collaborative management as a governance strategy. The case of «Commons» and the Italian administrative solution..	91
Rosa Calderazzi, The complexity of banking risk governance decisions.....	123
Benedetta Celati, Managing complexity: the efficiency of administrative performance and the re-emergence of economic planning for the reconciliation of strategic interests of territories.....	145
Donato Vese, Judicial Review of Technical Decisions: The EU Damages Directive in the Context of Italian Law.....	171
Lavinia Del Corona, La pubblica amministrazione e le valutazioni tecnico-scientifiche nel quadro dei principi costituzionali.....	205
Gerolamo Taccogna, The challenge of complexity and the possible role of public ethics.....	239

## SEZIONE II

Stefania Florian, Tutele contro il difetto di provvedimento amministrativo.....	259
Melania D'Angelosante, La disapplicazione degli atti amministrativi come possibile esito della risoluzione dei conflitti fra precetti autoritativi.....	291
Giovanni Gallone, Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una “riserva di umanità” tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione.....	329
Costanza Nicolosi, Funzione amministrativa e rischio riciclaggio.....	367
Mariaconcetta D'Arienzo, La sanità in trasformazione: dalla legge n. 833 del 1978 al DM 77/2022.....	391
Maria Cristina Cavallaro, La cultura nel PNRR e la cultura del PNRR: alcune considerazioni.....	445
Leonardo Pace, Automaticità versus flessibilità degli effetti normativi anche alla luce della giurisprudenza costituzionale.....	467
Enrica Cibella, Il principio di precauzione nell'ambiente digitale.....	511
Alessandra Amore, Gli elementi costitutivi della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita della pubblica Amministrazione: alcune considerazioni.....	537
Nicola D'Anza, L'OPA Sparkasse su CiviBank e quell'abbraccio mortale tra fondazioni e banche. Note in merito ai rinnovati dubbi di legittimità costituzionale del D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153.....	573

Javier Esteban Ríos, La protección de los excluidos por la digitalización financiera: de la voluntariedad a las obligaciones de servicio público.....	601
Yuli Nugraheni et al., Interpreting the transparency as a communicative action in the jurgen habermas perspective.....	631
Kamal Yazzif et al., Le Système de Gestion Intégrée de la Dépense: instrument clé de la modernisation du secteur Public au Maroc.....	651
Mahmoud Hany M. Dalloul et al., Accounting Information Systems and Financial Crises: Insights into Local Governments.....	677
Galina V. Kashevskaya et al., Formation of the state budget in Finland: the best practices for Ukraine on the way to the EU membership.....	707
Iuliia S. Bakhtina, Administrative Discretion in States of Full Democracy and Hybrid Regime (on Example of Germany and Ukraine).....	727
Ivanna Matseliukh et al., Features of the activities of executive government bodies with authorities in the field of construction in Ukraine.....	759

### **SEZIONE III**

Luca R Perfetti, Il valore del precedente nel processo amministrativo.....	783
Giovanni D'Elia, I beni culturali immateriali demoetnoantropologici: un'indagine giuridica.....	807

## SEZIONE I



LUCA R PERFETTI  
Direttore Scientifico di PA Persona e Amministrazione  
*luca.perfetti@belex.com*

## COMPLEXITY, DISCRETION, PUBLIC INTEREST

### ABSTRACT

The paper draws on the questions posed by the call-for-paper, reorganized around essential thematic cores.

These are three essential cores, i.e., (i) the complex nature of the legal system and the reasons for it; (ii) the complexity of the decision in relation to the formation process; and (iii) the complexity of the decision in relation to what is to be decided.

Once the essential thematic cores have been identified, the paper addresses the problem of the relationship between them and, thus, (i) complexity as a function of the evolution of society (to which the discipline of the legal system is addressed); (ii) the role of the decision maker and its legal and institutional legitimacy (a central theme of the decision-making process); and (c) to the evolution of the very concept of the power to decide with the authority of a public law measure.

Thus identified the issues and their relationships, the analysis concerns the complexity of (i) the decision, (ii) the decision-making process, and (iii) the identification of what is complex and what is not.

First, with respect to the concept of decision, in addition to the characteristics peculiar to the decisions of the legislature, the courts, and the executive branch, we discuss the various theories of decision prevalent in the legal literature. In this perspective and in relation to the problem of complexity, the problem of the legitimacy of the decision-maker, i.e., the one whose decision eliminates complexity, arises. With respect to the legitimacy of the decision maker, theories that are based on mythical explanations are criticized, as are those that are based on theories of the legal system (which, ultimately, base the decision on

itself). Overcoming inadequate explanations means highlighting the problems that generate the complexity of the decision and, with respect to measures exercising public power, relate to the emergence of the complexity of interests, the complexity of facts or their scientific explanations, the complexity of the interpretations of positive law given the presence in the law of vague or poly-nes utterances.

With reference to the procedure of decision making, once--again--the various theories of procedure, process and decision making have been pointed out, the problem arises that procedures in general have the function of learning the factors of complexity (interests, facts, norms) and reducing complexity through procedural operations. Which means that these operations (i) are either also neutral, (ii) or they are decisions.

The construction of a theoretical scheme for solving complexity, then, is proposed through a solution to the problems of (i) the complexity of legal rules in relation to what is to be regulated (facts and interests), (ii) in relation to decision-making, and (iii) in relation to the decision itself.

The solution to the problems posed, then, with respect to the three problem cores and the three corresponding paths of analysis, is proposed through a theory- respectively to each of (i) discretion, (ii) public power, and (iii) public interest.

**KEYWORDS:** discretion – public interest – fundamentals rights – decision – procedures

**INDEX: SECTION ONE.** 1. Issues raised by the call-for-papers. – **SECTION TWO** 2. On decisions. – 2.1. Judgment, choice, power. – 2.2. On the legitimacy of the decision-maker and the foundation of power. – 2.3. Why is decision complex whenever it concerns exercise of power? – 2.4. Complexity and Decision. On discretion. – 3. On the decision-making. – 3.1. Is procedure neutral? – 3.2. On procedural decisions – 3.3. On substantive decisions. The public interest. – 3.4. Administrative procedure and performance of the function (in a legal sense) – 3.5. Administrative procedure and public interest. – 3.6. – **SECTION THREE** 4. How to deal with complexity in contexts characterized by the exercise of public powers. – 4.1. Dealing with rule's complexity. – 4.2. Dealing with decision-making complexity. – 4.3. Dealing with the complexity of decision itself.

## SECTION I

### 1. Issues raised by the call-for-papers

My intention is to start the discourse from the questions posed by the call-for-papers.

**1.1.** The issues that I assume to be relevant in this work are those posed with regard to the relationship between complexity and *(i)* vagueness of the law; *(ii)* plurality of regulated interests; *(iii)* articulation of complexity between decision and decision-making process; *(iv)* notion of “public interest”; *(v)* relationship between legality and efficiency (or simplification) as a complex relationship; *(vi)* legal system and (complex) relationships between rules of different legal value and different authors; and, finally, *(vii)* complexity of the relationship between legal command and reality (which includes the complexity of the relationship between legal knowledge and other non-legal sciences).

**1.2.** In this perspective, I assume that it is appropriate to concentrate the issues into three thematic blocks, namely:

(A) complexity of the legal system and its reasons [comprising issues *(i)*, *(vi)* and *(vii)*].

(B) complexity of the decision – which is an exercise of public power – in relation to decision-making [which includes issues *(iii)* and *(v)*].

(C) complexity of the decision - which is an exercise of public power - in relation to what is to be decided [which includes the remaining issues].

**1.3.** These thematic blocks are profoundly interconnected; so that *(a)* the questions posed become even more complex and *(b)* the concepts that can be expressed are necessarily imprecise, as they can only inevitably be placed in one of the three above areas at the cost of some simplification.

To prevent these simplifications from altering the precision of the discourse, it is necessary to indicate three major systems of linkage between the issues; with respect to the questions posed, their linkage expresses greater complexity because it highlights the evolution:

(A) of society (to which the commands of authority are addressed), of the perception of the role of the fundamental rights of the individual within the institutional framework of power, of non-legal thinking, of technology and the market;

(B) of the forms of legitimization (political and legal) of authority (of executive, legislative, judicial power) over time;

(C) of the concept of decision and (public) power to decide.

In other words, about public power, the question of complexity (*i*) does not only apply to the problem of the legal system as such, but also (*ii*) as an instrument of regulation of society – thus posing the problem of the evolution of society, its perception of power and the legitimization of the latter.

Of course, the questions posed by the Guest Editorial Board are many more and even more complex. Precisely for this reason, it seemed necessary to set the perimeter of the issues addressed in this paper.

**1.4.** To address the questions posed hereinabove, it seems therefore useful to indicate the order of the discussion that will follow.

In particular, it is necessary to

(A) specify the content of the idea of complex public decision (in the abstract and according to the main proposals in legal literature).

(B) equally, specify the concept and function of the decision-making process leading to a complex public decision.

(C) finally, address the problem of the complexity of decisions and the decision-making process, leading to a complex public decision and propose a possible solution to the complexity problem. That is, theorizing what is the criterion in the light of which complexity can be simplified.



## SECTION II

### 2. On Decisions

The root of the term [the Latin *decidēre*, from (*de-*) and (*caedēre*), properly “to cut away”] clarifies the concept of decision. It means the prevalence of a solution over a problem. It is *Ἐκλέγειν*.

#### 2.1. Judgment, choice, power

In relation to the use of public power to decide (resulting in the issuance of a law, a judgement, an administrative measure), a question immediately arises as to whether the solution is the result of (i) a judgement or (ii) a choice.

Judgement (i), in fact, is the rational assessment with respect to certain parameters (legal, in our case); as such, therefore, it does not depend on pure will, but on the consideration of all relevant elements, all factual circumstances, all available knowledge, to achieve the best possible judgment with respect to the assigned (in this case, legal) parameters.

The choice, on the other hand, is dominated by the will. One may choose one solution or another in relation to mere personal propensities, or for purposes that are not necessarily rational - or in-susceptible of adequate rational explanation.

In one case, all alternatives are “cut off” because they are judged worse; in the other, only because they are not liked.

It would seem reasonable to expect that in the case of the decision of the public authority (of the legislative, judicial, or administrative power) the decision can only and exclusively be conceived in the sense of judgement.

---

1 See, L.H. HART, *Discretion*, in (127) *Harvard Law Review*, 2013, 652; on this posthumous paper, N. LACEY, *The path not taken: H. L. A. Hart's Harvard essay on Discretion*, in (127) *Harvard Law Review*, 2013, 636 e G. C. SHAW, *H. L. A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School*, *ivi*, 666; nonetheless, see, previously, R. DWORKIN, *No Right Answer?*, in P. M. S.HACKER e J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press., 1977, 54, and, R. DWORKIN, *The Model of Rules*, 35 *U. CHI. L. Rev.* 14, 32-34 (1967), on concept of adjudicative discretion has several different meanings.

**2.1.1.** This is certainly true as to the decision of the judge; however, even in this case it could not be reasonably argued for a long time - and even at the present time the development is incomplete - that it was a judgement in the sense just indicated, since in the judgement of acts of State or other public authorities, it suffered from limitations both as to the cognition of the fact and the power to review the discretionary assessments contained in the decision <sup>(2)</sup>.

**2.1.2.** For a long time, however, it was almost unanimously assumed that the decision on the adoption and content of the law was entirely free, devoid of any element of judgement and entirely entrusted to the political will of the legislature; although such a way of reasoning is not admissible in a constitutional State, with a rigid Constitution ranking higher than the law of Parliament <sup>(3)</sup>, the constraints on the legislature are still considered to be rather limited <sup>(4)</sup>.

It would not, in essence, be a matter of declining the Constitution in a judgement that in any case encounters insurmountable limits and is, internally, directed by the implementation of constitutional rules; rather, the problem is not to conflict with express constitutional rules. Thus, except for “external” limits (the conflicting constitutional rules), the legislator is thought to remain essentially free.

The decision about the law, therefore, closely resembles a choice and not a judgement.

The issue does not change if one looks at it in relation to the rules dictated by the European Union. The fact that EU law prevails over national law

---

2 Recently, G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Diritto Processuale Amministrativo* 2018, 889. On Court discretion, F. SAIITA, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Naples, Editoriale scientifica, 2023.

3 Recently, F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2022, 1093.

4 For a traditional authoritative approach, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale* (1934), reprint Padova, Cedam, 1964; lately, A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1986, 797; recently, Q. CAMERLENGO, *La causa della legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 3647.

merely shifts to the level of the European authority what previously belonged to the national Parliament (or public administration, or judge).

It does not, however, change the idea that the decision about rules is a (political, in this case) choice.

**2.1.3.** As for the executive power, the scope of the discretionary assessment characterizing its decisions has been explained - essentially - in two ways<sup>(5)</sup>.

According to a tradition, more typically Anglo-Saxon, it is a political decision - or one derived from political guide-lines; which explains the deference of judges towards those decisions - and also the North American hard look doctrine does not exclude that the debatable portion of the decision is not conditioned by legal rules.

The European tradition, essentially of German derivation, differs in a non-decisive way: where the law is indeterminate, it is up to hermeneutics to resolve the issue and, if the result of this work proposes several legitimate solutions, the decision of the (non-elective) official among them will be free of legal conditioning – the executive power will have to interpret the spirit of the people, but this portion of the decision can hardly be qualified as a judgement; it is a choice.

Although derived from the German tradition, the Latin solution brings out the interplay of interests - public and private - in relation to the case; the decision must provide a reasonable balancing of the interests at stake. However, the administration “wants” a certain balance of interests, so we are faced with a choice and not a judgement.

---

5 On all the issues and discussion mentioned in paragraph, please refer to L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Turin, Giappichelli, 2017, 119; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195; ID., *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2022.

**2.1.4.** Contrary to what would be reasonable to expect, power absorbs the decision (and not the other way around); hence the decision exercised by public power is - in most cases - a choice and not a judgement.

**2.1.5.** On the decision side, therefore, the result is that the public authority exercises the power of choice; power is the substance of the decision. Power is not only the effectiveness of the decision, which is imposed on others even without their consent. Rather, power is the power itself to make the decision, to make a choice. Since public authority chooses as an exercise of power, the margins for rational criticism will be very limited: the decision may be annulled because it is patently illogical, wrong, based on non-existent facts, or similar hypotheses. To substitute the evaluation - of a judge - for the choice of authority would mean shifting the choice into the hands of the judge. But the substance would remain the same.

This is a way of reasoning that does not convince me, but it remains that it is the one widely spread throughout Western culture.

Complexity, therefore, is solved through the exercise of power, through a choice that is expressed in terms of power. What overcomes the complex problem is the decision, it is the will, the choice of power that “cuts off” other possibilities.

## **2.2. On legitimacy of the decision-maker and foundation of power**

The problem, therefore, resolves itself into that of the legitimation to exercise public power. If the complexity is resolved by an act of will, by the decision taken by the public official (legislator, judge, or civil servant) <sup>(6)</sup>, there must be a rational explanation for the attribution of such a power.

Public decisions are always structurally complex. They have to deal with a conflict over the application and interpretation of rules (in the case of the judge); they refer to the creation of rules that must govern complex facts and

---

<sup>6</sup> See, M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in this *Journal*, VIII (2021), 49.

interests (in the case of the legislator-king); they have the task of applying rules (often complex and uncertain) to complex facts and interests (in the case of the official of a public body). Since they are complex decisions and, nevertheless, must result in a decision (*de-caedère*), the reduction of the various options to a single one must be carried out by a decision-maker. If the criterion for choosing the solution from the various possible options is public power, then the latter must have been assigned legitimately. Since someone must have the power to decide, the question shifts to why he or she has this power and the rules of its exercise.

**2.2.1.** In Western legal culture there are several explanations for this problem, all of which refer to the “myth” (7).

In other words, none of them are truly rational, but are simply argued as such. Whether one hypothesis a social contract (8), a free original determination of an ideal community (*Genossenschaft*) (9), a mythical Leviathan (10), an organic construction that moves from society to institutions (11), the foundation in the objective rationality of the law (12), in any case, a non-existent and mythical abstraction is placed at the foundation of this power.

Once we have stopped believing in purely mythical explanations or purely theoretical constructions, what becomes clear is that the foundation of the legal order - and, therefore, of the legitimization of public officials in the exercise of power - has profoundly to do with the exercise of force at the constituent moment of the political order to which that foundation historically re-

---

7 E. CASSIRER, *The Myth of the State*, Yale, Yale University Press, 1946, particularly for the chapters XVII and XVIII about Hegel and the role of myth, the evocation of destiny, the hero and the use of technology in the emergence of modern dictatorships.

8 E. CASSIRER, R. DARNTON, J. STAROBINSKI, *Drei Vorschläge, Rousseau zu lesen*, Fischer, Frankfurt am Main, 1989; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, Belknap Press, 1999.

9 J. K. BLUNTSCHLI, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, v. I e II, 1885/1886, Stuttgart, J. G. Cotta, now Aalen, 1965.

10 T. HOBBS, *Leviathan*, N. Malcolm (ed.) critical edition in three volumes, Clarendon Oxford University Press, Oxford, 2012. On Hobs shall be considered the Schmitt's book, C. SCHMITT, *Der Leviathan*, Cotta, Stuttgart, 1965.

11 S. ROMANO, *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Firenze, Sansoni, 1946.

12 F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Gans, Eduard, 1797-1839.

fers. Force, moreover, is a permanent datum of the foundation of authority that reveals itself in particular at the moment of the crisis of institutions and thus of the questioning of the commands given by them to society. With the consecration by the constituted order, force ceases to appear arbitrary and rather becomes legitimized by law. Consequently, although violence remains immanent in the command, the exercise of power is recognized as legitimate. Thus, the true legitimization of the power exercised by the public body with the decision (be it legislative, jurisdictional, or executive) resides in a justifying event of law and its force that cannot be hidden under the mask of myth: it is, rather, the exercise of force that lies at the origin of the foundation of the established order.

What is originally «*Gewalt*» becomes «*Gesetz*» and thus «*Gesetzgebende Gewalt*».

At the foundation, then, if one does not want to resort to mythical beliefs, lies the violence that takes possession of the State institution. Thus, it is the exercise of sovereignty<sup>(13)</sup>.

**2.2.2.** Each “mythical” explanation, as a matter of fact, is indeed just a possible justification to the attribution of sovereignty<sup>(14)</sup> to public power, to the State.

Sovereignty has simply been, for centuries, the public law juridical status of the king, of the monarch in force<sup>15</sup>. The legitimacy of the authority derived from its sovereignty<sup>16</sup>. Once the idea of sovereignty as a power to be attributed to the State as a whole, as an entity – rather to the person of the governing monarch – the topic concerning the legitimacy of power upon the different State bodies started to emerge, in a perspective dominated by the separation of

---

13 Please see, L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in this *Journal*, I (2017), 3.

14 J. DERRIDA, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Galilée, Paris, 1994.

15 E.H. KANTOROWICZ, *The King's two bodies: a study in mediaeval political theology*, Princeton University Press, Princeton, 1957.

16 M. FOCALUT, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard, 1997, conference of 11<sup>th</sup>, 18<sup>th</sup>, and 25<sup>th</sup>, February 1976; M. FOCALUT, *Naissance de la Biopolitique*, Paris, Gallimard, 2004.

powers. The progressive limitation of the monarchs' power has strongly affirmed the State sovereignty. As a consequence, it has entailed the problem of the legitimacy of the State bodies.

The easiest and most rational answer lies in that the legitimacy of decision-makers (be it a legislative, jurisdictional, or executive decision) derives from the distribution of competences within the State, with the latter remaining the only true sovereign. In such a perspective, the legitimacy of the public body taking a decision with a voluntary act, a choice, and thus "resolving the complexity" only lies in the distribution of competences within the State organization. If a certain State body has a legislatively funded competence to assume a certain decision its legitimacy to do so directly derives from the sovereignty of the State as "divided" within the public organization <sup>(17)</sup>.

However, this explanation suffers some criticalities.

First of all, either the legitimation of the public servant is based directly on the original violence that determines the division of power over the State - but, then, it loses its characteristic of legitimacy, because it is based only on the pure fact of the availability of power, of violence; or, if its legitimation derives from the attribution of State sovereignty, the legitimation collapses in on itself. Indeed, such an explanation is tantamount to saying that power is legitimized by itself. All mythical explanations of the legitimation of public power seek its foundation in something non-existent and, indeed, mythical. The purely institutional one, which is based on the distribution of State sovereignty among its organs, finds no explanation of legitimation. Its foundation is a norm of superior rank: the Constitution for the law; the law for the judgement or administrative decision. But the legitimation of the power that is thus distributed is always founded on sovereignty, that is, power is founded on itself.

---

<sup>17</sup> On the problem of legality and legitimacy, C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Duncker und Humblot, Munich and Leipzig, 1932.

Secondly, this explanation does not seem adequate for contemporary Constitutions, which with various formulations assign sovereignty to the people and not to the State.

**2.2.3.** From this perspective, it should be noted that most scholars have understood popular sovereignty as the power to appoint elective assemblies. In essence, popular sovereignty is expressed in representation. Through representation, consequently, the organs of the State and public bodies establish the political direction of the taxpayers' constituency.

This theory is unconvincing for many reasons <sup>(18)</sup>.

First of all, the Constitution does not allow for this reduction of sovereignty to representation - for reasons that will be discussed below.

Secondly, not only are judges and civil servants non-elective, but even more so their independence is guaranteed by the Constitution and the law - so that it is difficult to argue that the direction of Parliament alone through the law and of the government (for executive officials) can guarantee this consistency.

In any case, MPs are elected without a mandate, so that the political direction of the people is not guaranteed.

Above all, the Constitution proposes an image of judicial and administrative power as a function of popular sovereignty unmediated by political power.

Certainly, representation is one of the forms in which popular sovereignty is expressed. But it is neither the only one nor the main one. Consequently, a theory of the legitimacy of the power to decide cannot be built on this basis.

**2.2.4.** To find a solution to the problem of the substance of power - and therefore of decision-making - and that of discretionary power in particular, it is - therefore - necessary to move on from the question of sovereignty.

---

<sup>18</sup> See, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padua, Cedam, 2013.



There is a profound and often overlooked reason for this: sovereignty is the (inexhaustible) source of public power, the foundation of the legal capacity of the entity; if one does not address the issue from the side of sovereignty, one may place limits on power (as Rule-of-Law typically does) but its substance, its source, its inexhaustible content will remain intact. The attempt to curb power through law, if it does not address the issue of sovereignty, resolves itself in creating limits to its expansive force; but no more. In fact, most scholars think that legality constitutes an external limit to power, but the evaluations on which the decision is based remain within the perimeter of “merit”<sup>(19)</sup>, not susceptible to judicial review.

It is, therefore, necessary to propose a theory of sovereignty. There is no need here to go over the various doctrines on the subject<sup>(20)</sup>.

Public powers derive their legitimacy from sovereignty. This is the fundamental point of all theoretical constructions of public law in Europe. As long as sovereignty is thought to belong to the State, it is obvious that jurisdiction and administration will be organizations functional to the satisfaction of the aims of the sovereign, of the State<sup>(21)</sup>.

For some time, I have been trying to point out the legal reasons why, on the other hand, sovereignty belongs to the people and its consequences for the dynamics of powers<sup>(22)</sup>. This affirmation entails various consequences, which

19 See, more broadly, to L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *This Journal*, IV (1/2019), 7.

20 See, as well as for literature references, to L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, *cit.*; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, *cit.*; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, *cit.*; ID., *Il governo dell'arbitrio*, *cit.*; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padua, Cedam, 2016, 1153.

21 L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione di sovranità popolare*, in *Il Diritto dell'Economia*, LXV (2019), 43.

22 This is not the place for a thorough argumentation of these theses. For the sake of brevity, let us refer to L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, 653; ID., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Diritto procedurale amministrativo*, 2012, 850 - 875; ID., *La dimensione pubblica dei diritti individuali. The coordination of administrative and judicial enforcement in the European Union and the emergence of common European law*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore*

do not need to be discussed here, first and foremost that for which public powers are functional to the satisfaction of the interest of the popular sovereign; and since many Constitutions - and above all the Italian one - recognize fundamental rights and do not affirm or constitute them, it must necessarily be assumed that fundamental rights are in the same constituent power.

In other words: if the Constitution, the exercise of constituent power and therefore, clearly, of sovereignty, recognizes the existence of rights as fundamental rights, it means that these exist in sovereignty; and in sovereignty they remain permanently.

If, therefore, fundamental rights remain in sovereignty, then public powers can only be functional to the full enjoyment of fundamental rights. Therefore, the notion of public interest is clear: the aim to be pursued by legislative, judicial, and executive bodies is to maximize the enjoyment of fundamental rights.

Consequently, all their decisions are not the result of a choice through the exercise of power, but of a rational and controllable judgement precisely in the light of maximizing the fundamental rights of the individual. This does not mean that decisions are not discretionary. In fact, fundamental rights may conflict with each other and balancing them will be necessary.

---

*della cultura e dello spettacolo*, XXI, Milano, Giuffrè, 2012, 338; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit.; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Meta-teoria su procedimento e processo*, cit.; ID., *Sistematica legale e controllo razionale del potere. Osservazioni sul problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tasso e considerazioni sulla base dell'ordine legale della società*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 803; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, cit.; ID., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti della pubblica amministrazione nella paradigmatica relazione tra migranti respinti, migranti irregolari, minori detenuti e pubblico potere*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016 (X), 393; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, cit.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit.; ID., *L'ordinaria violenza ...*, cit.; ID., *Persona, Società e pubblica amministrazione*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *Organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), no. 98 (1/2019), 43; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità* Nella stagione della crisi del welfare pubblico, in M. FRANCESCA AND C. MIGNONE (eds.) *Finanza di impatto sociale*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 6.

However, two decisive elements follow from this: (i) firstly, since it is a rational judgement, it will be repeatable and open to criticism; (ii) secondly, a fundamental theoretical point has been reached: power does not derive from the inexhaustible source of sovereignty without any knowledge other than its external limits; its inner essence, its purpose, its nature are clear, and consist in the maximization of the fundamental rights of the individual.

If this theory is true, complexity is not resolved by a choice legitimized by the ownership of power, but by a judgement whose purpose is clear and is to maximize the rights of the individual.

### **2.3. Why is decision complex whenever it concerns exercise of power?**

With reference to the decision involving the exercise of public power, therefore, the problems immediately emerge as to (a) the content of the assessment that is made by deciding (whether choice or judgement and how the power stands in relation to the decision) and (b) the fundamentals of the power to decide.

These issues are central to the problem of complexity. Indeed, the decision is the act by which complexity is resolved through the adoption of one of the possible solutions.

It remains to be said for what factors the decision involving the exercise of a public power is always related to a complex problem.

First of all, this type of decision always concerns the solution to a complex problem because with respect to the exercise of public power, a multiplicity of interests (both public and private) emerges in relation to each other; the selection, consideration, evaluation and balancing of these different interests always involves complex assessments. Moreover, these interests very frequently arise as the rights of those affected by the effects of the decision; it must also be taken into account that these rights are guaranteed by law in different ways (e.g., the legal system protects inviolable rights, fundamental rights, simple rights with economic content and legitimate interests differently). The variety

of interests and the relationships between them, and the different ways in which the legal system guarantees the different rights involved in the decision, always results in a complex situation.

Secondly, the decision involving the exercise of a public power is almost always confronted with facts that are themselves complex. Not only are the interests that are impacted by the decision manifold and in an articulated relationship with each other, but also the material, concrete facts that the law envisages only in the abstract as the subject of the decision. The knowledge, evaluation and qualification of these facts is itself complex. This complexity directly involves another: specifically, the evaluation that the law incorporates into the norms of knowledge and concepts that belong to sciences other than law. When public authorities find themselves having to decide on a given situation, they will have to assume technical knowledge that fits into knowledge systems other than the legal one; however, the qualification of that knowledge will have to be made in the light of legal parameters; this poses the problem of technical evaluations, i.e. all those hypotheses in which various equally reasonable opportunities derive from non-legal knowledge; the decision involving the exercise of public power will therefore have to choose, *inter alia*, between several technical solutions that are all rational within the specific sphere of knowledge of that technique.

Thirdly, the decision involving the exercise of a public power is very frequently confronted with uncertain norms. Indeed, legal norms are often vague; within the set of norms applicable to a specific situation, there are always some that express general principles, as such susceptible to diversified interpretations; there are different criteria for interpreting the provisions of the law that can be correctly applied, leading to different solutions. Not only, therefore, are the interests diverse, the rights impacted by public decisions are not all guaranteed in the same way, the facts and technical knowledge are often complex, but

also the legal system itself generates complexities and uncertainties that it is up to the decision-maker to resolve.

#### **2.4. Complexity and Decision. On discretion**

In essence, therefore, the problem of complexity from the perspective of the decision involving the exercise of a public power coincides with the question of discretion (whether of the legislator, the judge or the administrative official). It is therefore necessary to refer to what will be discussed below with respect to discretionary power.

### **3. On the decision-making**

In the exercise of public power, one cannot limit oneself to considering the complexity of the decision. The profile of the procedure (legislative and, above all, administrative) and of the process is no less relevant. The decision resolves complexity by preferring one of the possible solutions, but in the case of a decision that is an exercise of public power, it must always be preceded by a procedure or trial. Whereas in the realm of individual choice a procedure can be dispensed with, public power can only be exercised through a procedure or process regulated by law.

This is relevant for complexity analysis.

On the one hand, in fact, the procedure is a tool for reducing complexity, since the decision-maker - acting through proceedings or processes - takes the decision progressively, eliminating facts and interests assessed as irrelevant and evaluating others, progressively identifying the factual assumptions and legal reasons for the decision. On the other hand, however, since proceedings are the ideal place for facts, interests, oppositions or support from the interested parties to emerge, it is evident how it is the natural forum in which complexity arises. On another, then, the procedure is governed by rules that may be vague or contain principles, the application of which in the concrete case may present significant levels of complexity.

### **3.1. Are procedures neutral?**

The first issue to be raised is that of the neutrality or otherwise of the procedures with respect to the decision.

It is clear, in fact, that if procedures are legal instruments in which decisions are made, certain features that belong to them will also be proper to the procedure. It is difficult to deny that (procedural) decisions are taken in procedures; whoever conducts the procedure, for example, will have to assess whether the participating stakeholders or the parties in the process have the legitimacy to take part in it, whether the acts produced by the parties (private or public) are relevant, timely, and proposed in the manner prescribed by the rules applicable to the procedure. Thus, decisions are made. These are procedural decisions, which relate precisely to the procedure.

Substantive decisions are also made, however. In fact, in the course of the procedure (or trial), interests, facts, specialised and technical knowledge are selected; the person conducting the procedure, therefore, may emphasise some circumstances and leave others in irrelevance; he may acquire specialised or technical opinions or verifications, or exclude the need for them; and so on.

Procedures, therefore (i) are functional to the decision, but in the course of the procedures (ii) procedural decisions are made, concerning the proceeding, and (iii) substantive decisions are made, e.g. capable of predetermining or guiding the decision.

Procedures, therefore, are abstract legal techniques that, however, directly affect the decision; they serve to decide, but they also contain preliminary decisions that can condition the decision. They are not, therefore, neutral.

### **3.2. On procedural decisions**

On the side of procedural decisions, more or less all legal systems of Western democracies are familiar with rules of impartiality, fairness, due

process (23). These are rules whose function is to ensure that the procedure is conducted in a complete, impartial manner, adequate to acquire facts, interests, positions of the parties, etc. The fairness of the proceedings is thus functional to achieving a “just” solution to the complex problem.

### **3.3. On substantive decisions. The public interest**

More difficult, however, is the issue of substantive decisions. Their assessment is only possible in the light of the function of the procedure. If the procedure is functional to the expression of a judgement - as is my opinion (24) -, then the differences between procedure and process are limited. If, on the other hand, one is convinced that administrative and legislative procedure are functional to a choice, the differences increase.

This issue has been explored in greater depth with regard to administrative procedure. Traditional theory constructs the administrative procedure as a sequence of tasks and operations; in these terms it appears to be a pure technique; the prominence of the actions carried out previously condition the subsequent ones, on the model of the protracted process. This explanation does not help to resolve the complexity and is unable to clarify the functionality of procedural decisions to the final one: it is a purely mechanical construction consistent only with the idea that procedural decisions and the final one are exercises of power that express the will of the public official.

### **3.4. Administrative procedure and performance of the function (in a legal sense)**

A different explanation of administrative procedure has become widely established - at least in Italy. This is the theory of administrative procedure as a function in the legal sense. It is derived from Kelsenian structuralism and de-

---

23 See, T. SEARCHINGER, *The Procedural Due Process Approach to Administrative Discretion: The Courts' Inverted Analysis*, 95 *Yale Law Journal* 1017 (1986); R. M. LEVIN, *Administrative procedure and Judicial restraint*, *Harvard Law Review Forum*, 129 *Harv. L. Rev.* 1890 (2016).

24 See, for a wider discussion, L. R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Meta-teoria su procedimento e processo*, in *Diritto procedurale amministrativo*, 2014, 53.

veloped, therefore, in opposition to functionalism. This theory <sup>(25)</sup> is connected with the idea that sovereignty belongs to the system and not to the State or the people; consequently, just as the *Grundnorm* confers validity on rules (in a structural, not functional way), in the same way, the procedure confers validity on the transformation of power into a decision. In my view <sup>(26)</sup> this explanation utilises the theories of the transformation of the concept of substance into that of function <sup>(27)</sup> and that of overcoming causality through function as a correlation of phenomena <sup>(28)</sup>. Consequently, it theorizes the administrative procedure as the performance of a function in relation to an objective.

In this scheme, therefore, the administrative procedure is a legal mechanism characterized by the participation of all interested parties and all are on an equal footing, with no primacy of the deciding authority until the conclusion of the procedure; respect for the adversarial process and all the rules of the procedure are conditions for the validity of the final decision. What is most relevant to the problem of complexity is the subjective point of view. From the subjective point of view, the function is primarily aimed at satisfying the interest of the subject exercising it, i.e. the authority <sup>(29)</sup>. Administrative procedure, therefore, is not the place where a concatenated series of events is accompanied by (procedural) power decisions with a view to the final (power) decision; rather, it is a function in the legal sense, with full cross-examination and participation, a duty to provide information and justification, materially no different from the process, and compliance with the applicable principles and rules are a condition for the validity of the final decision; however, in subjective terms, the function is directed to satisfying primarily the public interest. Thus, all interests involved in the administrative procedure are ordered on the

---

25 F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa procedimento e processo*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1952, 118; ID., *Funzione. Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, 1989, *ad vocem*.

26 L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, *cit.*

27 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik*, Berlin, Cassirer Verlag, 1910.

28 E. MACH, *Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, Bart, 1905

29 See, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, ...*, *cit.*, 127



basis of this priority. The assessment of complex facts, the complexity of conflicting or not easily coordinated interests, complex procedural decisions and the orientation of substantive decisions are primarily directed to the public interest.

### **3.5. Administrative procedure and public interest**

The administrative procedure understood as a function in the legal sense (but the theory of function also explains the process and legislative procedure) constitutes enormous progress. The result achieved by this theory is to make the entire decision-making process legally relevant; therefore, interested parties will be able to claim rights with regard to compliance with procedural rules, represent interests and claims, and assert liability for wrongs suffered. These are elements that increase complexity - because all the relevant facts and interests can represent themselves adequately and in dialectic with each other - and, nevertheless, make the final decision more transparent, democratic, accurate and thus stable. From the perspective of the function in the legal sense, procedural decisions and the final decision are not pure choice, merely an expression of will.

But the problem remains that of not explaining what the public interest is; if the main interest to be satisfied is that of the proceeding authority but this remains not precisely identified, the result is that complexity will be ordered in the light of an unclear, opaque criterion, destined to be clarified *ex post*, in a case-by-case logic. Even the idea that the public interest is defined by the rule of law that assigns the power<sup>(30)</sup>, does not solve the problem: the law that assigns a power to the public administration - normally - does not define the interest to be pursued at all; in the very rare cases in which this happens, the identification takes place with vague or generic terms, which retain a great

---

30 See, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, ..., cit.*, 127

deal of uncertainty. It is no coincidence that the courts use the public interest clause, assigning it meanings that vary case-by-case <sup>(31)</sup>.

In order to give content to the term “public interest”, a parameter external to public power and discretion must be identified. In the interpretation proposed here, it is the maximization of the rights of the individual <sup>(32)</sup>: if sovereignty is retained in fundamental rights; if the portion of sovereignty that is delegated to the State is a function of the rights of the individual; if public administration is a function of the sovereign, and therefore of the people, e.g. it is a function of the people for the maximization of individual rights; then the public interest is the interest in the maximization of individual rights. Once we have clarified what the public interest is, we will have found the criterion for resolving complexity in procedures. And this interest coincides in legislative and administrative processes and procedures because it is always the interest of the recipients of the decision by which public power is exercised. Since the subjective interest is not that of the one who acts but coincides with the balancing of that of the addressees, the interest becomes objective <sup>(33)</sup>.

The solution to complexity, therefore, lies in the most accurate possible assumption of facts, knowledge, interests, and rights and in the ordering of all this in the interests of the recipients, balancing the fundamental rights involved in a rational manner.

---

31 See, L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429.

32 See, P. FORTE, *Enzimi personalistici nel diritto amministrativo*, in this *Journal*, I (2017), 163.

33 In this perspective, the issue of the relationship between administrative procedure and the objectivization of power arises. The problem can be observed both from its original Weberian inspiration (see, M. WEBER, *Die “Objektivität” sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XIX (1904), 22. and ID, *Der Sinn der “Wertfreiheit” der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (1917), in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1922 ; ID, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen Mhor, 1921/22), than in the contemporary debate on objectivism (see, R. NOZICK, *Invariances: The Structure of the Objective World*, Cambridge, Harvard University Press, 2001); for an Italian view in administrative procedure perspective, see M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001.

### SECTION THREE

#### **4. How to deal with complexity in context characterized by the exercise of public powers**

As clarified in the opening, the issues raised by the call-for-papers can be centered around the complexity of decisions in relation to (i) rules, (ii) decision-making (procedures), (iii) the decision itself.

(A) The issue that seems central is that in legal thought, for the vast majority, the uncertainty of rules, the complexity of procedures and decisions is resolved through public power, the choice of the official who has that power. As such, the solution given to complexity is only partially rational and controllable.

The assumption of this way of reasoning is that the authority, the State, is the holder of sovereignty, e.g., of an inexhaustible capacity to command in the face of public needs and interests. The legal theories of the last two centuries (first and foremost Rule-of-Law) have set limits, procedures, rules, counterweights, to State sovereignty; but they have never denied it. The essence is that the solution to the complexity of rules, interests, facts, and rights affecting the decision comes about through the exercise of power.

B) The argument in this paper is the opposite. Contemporary constitutions assign sovereignty to the people. The State, the public authority has only that portion of sovereignty that the people transfer through representation. But in transferring it, it retains the decisive portion of sovereignty itself, which permanently resides in fundamental rights. Indeed, the constitution does not create these fundamental rights, but “recognizes” them; as such, they exist even without the legal order. Consequently, the powers transferred to the State by the people are only in the service of the sovereign (the people). Since the people retain fundamental rights in the permanent exercise of sovereignty, public power is legitimate only in function of those rights. The task (or duty <sup>(34)</sup>) of

<sup>34</sup> See M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in this *Journal*, VII (2020), 543; P. FORTE, *I doveri del cittadino-sovrano: un*

public power is the maximization of rights. The resolution of the complexity of rules, interests, facts, rights that affect the decision takes place by means of a judgement that, by balancing possible conflicts with a view to maximizing individual rights, achieves the public interest purpose - which is precisely to ensure the full enjoyment of individual rights.

These are two radically different perspectives, which can therefore be declined with respect to the three thematic cores of the call-for-papers.

#### **4.1. Dealing with rule's complexity**

The difference between the two approaches appears very clearly when the decision is complex due to the legal system (vague rules, conflicting principles, antitheses, etc.).

In both theories, it will be necessary - making the best use of hermeneutics - to resolve complexity without supplementing the rules with discretionary assessments, in order to arrive at a single acceptable solution.

If, however, even after hermeneutic activity, more than one legitimate solution presents itself, then the two theories diverge.

In common opinion, the discretion that remains triggers power; faced with complexity that has no certain solution, the holder of power chooses; this choice is very much open to criticism. It is the will with which power is exercised that reduces the various possibilities to one.

In what (not only) I argue in this paper, discretion, on the other hand, triggers the official's duty to direct the decision to the maximization of individual rights, with a rational, reasoned, controllable judgement, in which the public interest is not the authority's, but society's objective interest in the enjoyment of rights.

The complexity of the legal system, therefore, is resolved through *(i) a choice exercise of power*, or *(ii) rational and controllable judgement*, the pur-

---

*presupposto per i diritti e le libertà*, in *Rivista di studi politici*, 2010, 37; L. R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Naples, Editoriale scientifica, 2020, 3965.

pose of which is to maximize the enjoyment of individual rights, e.g., through the best choice over the parameter.

The theory of sovereignty that I am again proposing has radically different effects from the traditional theory of public power.

#### **4.2. Dealing with decision-making complexity**

In the procedures governed by law that the authority must necessarily follow in order to make a decision (legislative, administrative, judicial), complexity arises, essentially, from (i) *the rules*, (ii) *the facts*, (iii) *the interests protected by law* (and, therefore, rights).

(I) As to the complexity that arises in the application of the rules (procedural and substantive) of the procedures, the issues are the same as those already addressed in section 4.1. above, so it is not worth repeating.

(II) As for the complexity arising from the facts, however, it is useful to clarify the assumptions.

Several hypotheses may arise:

- a) the legal rule is certain, and the reconstruction of the fact is uncertain (the law provides “if fact “x” is true, then consequence “y”, where “x” is the subject of the investigation in the proceedings but cannot be determined with certainty).
- b) the legal rule is uncertain, and the reconstruction of the fact is certain (the law provides “if fact “x” is true, then consequence “y”, where “y” cannot be determined with certainty).
- c) both the legal rule and the reconstruction of the fact are uncertain (the law provides “if fact “x” is true, then consequence “y”, where both “x” and “y” cannot be determined with certainty) and the law intends precisely to regulate situations that are difficult to foresee (such as emergencies) in an open or imprecise manner.
- d) both the legal rule and the reconstruction of the fact are uncertain, e.g., at least one of them is uncertain (the law provides “if fact “x” is

true, then consequence “y”, where either “x” or “y” or both cannot be determined with certainty) and the law does not intend to derogate from the principle of legality, so that uncertainty is not desired.

- e) both the legal rule and the reconstruction of the fact are certain (the law provides “if fact “x” is true, then consequence “y” is true”, where both “x” and “y” are determinable with certainty).

For the purposes of this paper, I cannot devote myself to demonstrating the non-existence of hypothesis **(e)** <sup>(35)</sup>.

Hypothesis **(b)** is irrelevant here because it coincides with the problem addressed in section 4.1.

The only relevant hypotheses, therefore, are *(a)*, *(c)* and *(d)*.

Hypothesis **(a)** is the one in which the fact is objectively uncertain and yet *(i)* it is deliberately not described by the legal rule in an uncertain manner - because otherwise one would be in hypothesis *(c)* - and *(ii)* it is not described by the rule in such a way as to be debatable - because otherwise one would be in hypothesis *(d)*.

Hypothesis *(a)* is the one for which uncertainty arises from knowledge of the fact: these are circumstances that are not adequately knowable or in respect of which technical or specialized knowledge cannot adequately define it. As in the case of uncertainty arising from legal rules, all available cognitive resources must be engaged in order to reach an acceptable solution.

If, despite these insights, the fact remains equivocal, then again there is a divide. In fact, *(i)* according to established theories of discretion, the holder of public power, faced with uncertainty about the fact, will decide by exercising power in the public interest; this thesis, almost unanimously shared, exposes itself to the radical criticism that we would be faced with the creation of truth using the power of authority.

---

<sup>35</sup> Therefore, I completely agree with F. FOLLIERI, *Administrative decision and binding act*, in *Federalismi*, 7/2017, 1.

As I see it, however, (ii) in the face of inadequate knowability of fact, there is no public power. In fact, the power is necessarily assigned by a rule (principle of legality), which describes a case; if the fact cannot be adequately traced to the case described by the legal rule, the power provided by that rule cannot be exercised.

So: either there is no uncertainty (because better specialist knowledge makes it possible to overcome it), or there is no public power.

By hypothesis (c), I mean to refer to those hypotheses in which the law describes the fact (and possibly the power device) in a deliberately uncertain manner. The typical case is that of emergency powers. But that is not all: there are also hypotheses, albeit very objectionable from the Rule-of-Law point of view, in which the rulemakers introduce rules that do not adequately identify the factual prerequisites for the purpose of introducing atypical or in any case largely discretionary powers (this is frequent in economic policy - such as the case of golden powers - or in the regulation of certain sectors - such as the banking sector).

The characteristic feature of this hypothesis is that the facts are complex as in the others, but the legal rules - instead of simplifying them by specifying them - take them into the text of the law precisely as complex and undefined. Just think of the “dangerous” fact that is followed by emergency measures. These public powers (even very invasive ones) are triggered by completely undefined facts, of which we only know that they can bring about an effect (the danger), described generically.

The experience of the pandemic has provided much food for thought on this subject <sup>(36)</sup>.

Here, too, there is a clear alternative. According to the widely accepted orientation, the emergency is functional to *salus rei publicae*, to the preservation

---

36 See, for discussion and references L.R. PERFETTI, *Massnahmenvorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lawyer Quarterly*, X (no. 1/2020), 23; ID., *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in this *Journal*, VII (2020), 51.

of the State and the political and legal order; in my view <sup>(37)</sup>, on the other hand, the function of emergency powers is only to protect the fundamental rights of the individual when they are put at irreparable risk by unforeseen circumstances.

Hypothesis **(d)** is the most common and discussed hypothesis. It is the hypothesis for which the legal rule and/or the reconstruction of the fact are uncertain without this depending on a choice by the legislature.

Simply, both the determination of the fact and the definition of the legal rule are debatable.

In this case, according to the traditional approach, dubitability is resolved by a choice of the authority, a very limited discretionary assessment.

From my point of view, on the other hand, it is a rational and repeatable judgement in court, through which uncertainty must be resolved in the light of an external parameter with respect to the uncertainty that characterizes the factual situation or the legal rule; it is, in the constitutional perspective of the sovereignty of the people, the maximization of individual rights, in the balancing of them.

**(III)** As to the complexity arising from the consideration of interests.

It has already been said that the interests of the parties (public or private) to the proceedings emerge in the context of the procedure; the measure, then, affects a variety of interests. The dynamics of the interests involved in the procedure and the measure is certainly complex.

Normally, a simplification is used, which in my view leads to an error. It is commonly stated that interests are ordered by legal rule. The problem is that both the procedure and the measure are governed by a set of legal rules, both certain and uncertain, and general principles. Rules and principles protect various interests, with the consequence that the set of general rules and princi-

---

<sup>37</sup> My opinion is broadly exposed in L.R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, cit.



ples that apply in the specific case do not order interests but propose a multiplicity of orders.

In other words, the system is not [*rule*] =ordering=> [*plurality of interests*].

Rather, the normal situation is [(plurality of *rules*) and (plurality of *principles*)] <=> [*plurality of interests*].

Very rarely does it happen that the law expressly States a hierarchy of principles, the rule of relationship between them and, therefore, orders interests. A recent example, in Italian law, is legislative decree no. 36 of 31 March 2023 - the Public Contracts Code - which enshrines a system of principles, their hierarchical order and the rules of coordination; the result is an ordering of interests.

Normally, however, this does not happen. A specific legal case will be regulated by various laws and regulations, dictated for different purposes, with different systematic order, with different general principles.

This gives rise to a hermeneutic problem on a strictly legal level.

Regardless of the hermeneutic question, however, the various rules and principles bring out the most diverse interests and ensure their legal protection. Let us take, for example, the location of a large public work: to this decision and in the course of the administrative procedure that precedes it, various regulatory systems will be applied (environmental, health, landscape protection, technical rules on geological matters, engineering design, budget for its financing, etc.), falling within the competence of different bodies (Superintendencies, Municipalities, Provinces, Regions, State, various agencies and public bodies in different specialized fields), designed to protect rights and claims in different areas.

The complexity of interests is not ordered by the legal rules; rather, the protection that the legal system ensures to these different interests and rights, in different spheres, converges on the relevant case, without connecting or hierarchical criteria.

The result, according to the ordinary approach, is that the public authority proceeding and deciding orders the interests - in the light of the rules - through its choice.

The typical characteristic of discretion is precisely that of balancing interests, ordering them through a decision of power; this decision of power is not repeatable or open to criticism in court, unless it is manifestly illogical or factually incorrect.

My view is quite different. Rights and interests emerge in relation to the public interest to be pursued by those who proceed and decide; but the public interest is none other than the interest in obtaining in practice the maximization of individual rights in balancing them out. It is not an interest of the authority that proceeds and decides. On the contrary, the authority is only functional in maximizing the rights of the interest-bearing citizens.

Thus, the public interest is not an opaque concept, which is only clarified by the will, a will that is expressed in the exercise of power (to choose the preferred solution). The public interest can be known by anyone, in the course of the proceedings - where interests emerge - and at the time of the decision; this is because the content of the public interest (which is the maximization of individual rights in balance with each other) is external to the authority, it is up to individuals and their rights, so that it is verifiable, reproducible and contestable in court.

### **4.3. Dealing with complexity of decision itself**

The decision that it is the result of the exercise of public power is necessarily complex (mentioned above for what reasons).

The problem is in the light of which criterion and with which instrument one “cuts off” all other possible decisions, in order to actually take one of them. As already mentioned, the most widespread idea is that the authority makes a choice, exercising public power. In other words, the public official exerci-

ses an (almost unquestionable) power to choose the content of the decision, which is imposed on everyone else.

My idea, on the other hand, is that the public interest - i.e. the criterion by which the official decides - is that of maximizing individual rights, a criterion extraneous to authority, which the official must follow by applying it to the interests at stake in order to evaluate them and balance the inviolable rights so as to reach the best possible decision in the light of this criterion; it is a judgement, not a choice, so it is rationally knowable and, therefore, contestable.



CLARA NAPOLITANO  
Associate Professor of Administrative Law  
at the Department of Legal Sciences of the University of Salento  
*clara.napolitano@unisalento.it*

**TIPS ON COMPLEX ADMINISTRATIVE DECISIONS:  
MULTIPLICITY OF INTERESTS AND ELIMINATION OF  
DISSENT**

**SPUNTI SULLE DECISIONI AMMINISTRATIVE COMPLESSE:  
MOLTEPLICITÀ DEGLI INTERESSI ED ELIMINAZIONE DEL  
DISSENSO**

SINTESI

L'emergere di obiettivi che interessano l'intero Paese spinge spesso il legislatore a utilizzare la clausola «interesse nazionale» nelle disposizioni che proceduralizzano l'agire pubblico. L'intenzione normativa è, così, quella di accelerare le decisioni e giungere più velocemente al risultato voluto: questo, a maggior ragione, quando esso conduce all'ottenimento di finanziamenti europei.

È questa anche l'intenzione del legislatore nel d.l. n. 77/2021, il quale, agli artt. 12 e 13, prevede l'attivazione di poteri sostitutivi e meccanismi di superamento del dissenso i quali, di fatto, rischiano di tradursi nella eliminazione di interessi pubblici, contrastanti con quello «nazionale», che ne ostacolano – o anche solo ne rallentano – la realizzazione. I meccanismi così congegnati, però, presentano almeno due aspetti critici. Anzitutto, non garantiscono il rispetto del «principio del risultato», laddove inteso quale corollario del «buon andamento»: attribuire un valore trainante a un solo interesse «nazionale» silenziando gli altri interessi pubblici con esso eventualmente contrastanti non significa giungere a una buona decisione amministrativa, la quale è invece – per sua natura – complessa. In secondo luogo, essi spostano il centro decisionale dalle autorità amministrative a quelle politiche: sacrificando il potere amministrativo sull'altare dell'«interesse

nazionale». Ne deriva una inevitabile esautorazione dell'Amministrazione dall'esercizio dei suoi poteri, sulla scia di un *trend* in ascesa.

ABSTRACT

The emergence of objectives that affect the entire country often prompts the legislator to use the 'national interest' clause in the provisions that proceduralize public action. The legislative intention is thus to speed up decisions and get more quickly to the desired result: this, all the more so when that result leads to obtaining European funding. This is also the intention of the legislator in law decree no. 77/2021, which, in Articles 12 and 13, provides for the establishment of substitutive powers and mechanisms for overcoming dissent that, in fact, seriously risk translating into the elimination of public interests – conflicting with the 'national' one – that hinder (or even only slow down) its implementation. The extreme mechanisms thus devised, however, have two critical aspects. First of all, they do not guarantee respect for the 'principle of result', when understood as a corollary of the so-called 'good administration': attributing a driving value to a single 'national' interest while silencing other public interests that may conflict with it does not mean achieving a good administrative decision, which is – by its very nature – complex. Secondly, they shift the centre of decision-making from administrative to political authorities: sacrificing administrative power on the altar of the 'national interest'. The result is an inevitable disempowerment of the Administration from exercising its powers, in the wake of a rising trend.

PAROLE CHIAVE: Complessità; dissenso; PNRR; poteri sostitutivi; conferenze di servizi.

KEYWORDS: Complexity; dissent; NRRP; substitute powers; conferences of services.

INDEX: 1. Complex administrative decision and multiplicity of interests involved. The research hypothesis: the inadequacy of the simplification approach through elimination of interests. – 2. Complexity as a *τόπος* of administrative law *versus* simplification approach. – 3. «Simplification» and «acceleration»: the choice of the legislator to impose interests of primary importance that can be managed by the political Authority. – 4. Politics and administration in strategic decisions for the country. – 5. The mechanisms for overcoming dissent with respect to strategic choices: the law decree no. 77/2021. – 5.1. Art. 12: the substitute power. Few tips. – 5.2. Art. 13: the overcome of the dissent. Substantial profiles. – 5.2.2. Procedural profiles. – 6. Brief concluding remarks: the centralization and politicization of decisions, the deprivation of the powers of the public administrations.

## 1. Complex administrative decision and multiplicity of interests involved. The research hypothesis: the inadequacy of the simplification approach through elimination of interests

The theme that we intend to address concerns the conflicts – and the current methods of resolving them – between interests that have different importance and which – even if not necessarily – can refer to different territorial levels of government, where the administrative decision<sup>1</sup> has enough complex-

---

<sup>1</sup> The syntagma «administrative decision» – which undoubtedly has a certain vagueness, sharing the observations of A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Naples, 1997, *passim*, esp. p. 87 – is understood here in a broad sense, *i.e.* as a discretionary choice of the public administration which reconciles the interests involved in the specific cases in the light of the investigation carried out: in other words, the lemma is used as a synonym for an administrative act – not necessarily the final provision of the proceeding – in which the administrative activities of looking after interests fade. The thesis is attributable, in doctrine, to E. CANNADA BARTOLI, entry *Decisione amministrativa*, in *Nuovissimo Dig. it.*, vol. V, Turin, 1960, p. 269, for whom the administrative decision coincides with the administrative measure. See also F.G. COCCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/1995, pp. 1 ff., esp. p. 38. Of the same opinion P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milan, 1968, p. 105, according to whom administrative decisions, despite having a legal nature, are in any case administrative measures, the result of will and judgement. In this sense, M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Turin, 1996, p. 3, by «administrative decision» means the combination of judgment and will that creates a conflict of interest «by selecting a particular arrangement among other possible ones». Lastly, A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della p.A.*, Naples, 2018, which in any case manages to give it an even more nuanced definition in terms of outlines, de-formalizing the «administrative decision» and placing it in the broader context of the possible choices made by the public entity: «con la locuzione “decisione amministrativa” [...] potrebbe anche semplicemente intendersi la determinazione sul da farsi, che viene assunta da un soggetto di regola pubblico alla luce di un certo percorso istruttorio conformandosi al paradigma normativo di riferimento»; l'A., consapevole della «valenza meramente descrittiva» della definizione, tale per cui essa «potrebbe rientrare più nella scienza dell'amministrazione che in quella propriamente giuridica», ne specifica quantomeno i contorni circa la provenienza della decisione da un'Amministrazione pubblica, così sostituendo l'aggettivo qualificativo «amministrativa» col complemento di specificazione «della p.A.» (pp. 23-24).

We must acknowledge a different meaning of the syntagma – in the so-called narrow sense – which, at least originally, was opposed to the lemma «provision», leaving to the «administrative decision» (not the function of active administration, but only) the function of judicial act. For M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Naples, 1953, pp. 33 ff. (but also ID., entry *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milan, 1962, pp. 810 ff.), the administrative decision is a contentious species of the administrative act of assessment (of the applicability) of a certain rule with respect to a concrete case, except for some isolated cases in which that act has a constitutive (eliminatory) character. In this sense also the entry of F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. X, Rome, 1988, p. 3. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Naples, 1984, p. 610, adheres to this orientation, which includes them among «i provvedimenti che operano su precedenti atti amministrativi», so they can be subject of controversy. Similar content, in the same years, has the notion provided by E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto*

ity to cross them all. This is because (the intention of the analysis is declared since this opening) it is above all of these times – certainly the last twenty years – the tendency of the legislator to affirm the primacy of driving public interests (actually, not infrequently attributable to the meta-juridical value<sup>2</sup>) which have strategic and national importance, being their realization capable (*in mente legislatoris*) of reviving the destiny of the country, now from a political-institutional point of view, now from an economic-social point of view.

However, this tendency encounters a necessary obstacle in the legal and social framework of the country in constant crisis, in which the difficulty of resolution is immediately felt due to the enormous congestion of interests – public and private – whose balancing is becoming increasingly difficult<sup>3</sup>.

As will be seen shortly, the increase in social complexity is associated with an equal trend in the context of standardization, which is often the sub-

---

*amministrativo*, Padua, 1983, p. 351: the decision is an ‘act of justice’, not an ‘act of management of public interests’, which can be adopted only upon appeal by the interested party, the decision-making content of which must be limited to the application, it is a dutiful act and does not present any profile of discretion. In short, it is in part comparable to a sentence, albeit in the form and legal regime of administrative acts. Again in this sense, see the voice of A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, 1989, p.p. 524 ff., for which decisions are measures that settle disputes subject to an administrative appeal: they are «esclusivamente preordinate a risolvere conflitti con gli altri soggetti e che pertanto non si risolve mai nell’amministrazione attiva» but they are, indeed, «espressione di una funzione tipicamente giustiziale» (p. 527).

2 On the relationship between norms and values, and on the intrinsic danger of a law that goes beyond the former to relate individuals to the latter without the mediation of a positivised filter, see P.L. PORTALURI, *Bannkreise giurisprudenziali. Qualche appunto di metodo*, in *Ordines*, n. 2/2022, pp. 210 ff.

3 So much so that the ‘administrative decision’ that balances them also assumes the qualification of ‘complex’ in doctrine: according to F. CORTESE, *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2017*, Atti del Convegno AIPDA su Decisioni amministrative e processi deliberativi, Naples, 2018, pp. 101 ff., it is such in cases in which at least one of the following circumstances occurs, i.e. if it involves several subjects who aspire to be represented; whether the interests to be taken into consideration are many and varied, as well as – perhaps, even partially – divergent; whether the norms to be considered are of different origins and ranks; if there are more outcomes available; whether the decision and the way in which it is taken present actual projections on rights and freedoms; whether «the question is perceived as effectively in need of a ‘final’ determination, but the concrete risk is distinctly perceived that it cannot necessarily be closed with a single decision or, better, that it does not end with its mere adoption and with its concrete realization, reverberating on the adoption of other decisions [...] or giving rise to further administrative issues [...] or confirming and radicalising the participatory instance» (p. 104; our translation).



ject of filings, second thoughts, rearrangements, amendments, reforms. All tricks that – paradoxically – aim to reduce complexity by simplifying it.

However, since this objective is often missed, the legislator opts for a more radical simplification, normatively imposing public interests as a priority consideration, the realization of which becomes an imperative for the Administrations, whose typical decision-making role is often reduced as it is prey to a regulatory caging which – where administrative decisions lead (or risk leading) to the failed realization of the national strategic interest considered from time to time – shifts the decision-making focus to the political sphere.

The tendency therefore leads to inevitable reflections on the capacity of the regulatory system thus elaborated to truly “simplify” and to achieve strategic objectives while respecting the balance of public and private interests, inevitably deprived of the subject institutionally called to carry it out, especially when the cases submitted to its judgment are complex.

## 2. Complexity as a *τόπος* of administrative law *versus* simplification approach

In general, it must be premised that this of complexity is a *τόπος* of law<sup>4</sup>– administrative in particular<sup>5</sup>. Indeed, we owe an incessant reconstructive

4 See the voice by A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milan, 2007, p. 201 ff., in which the close link between society and law is appreciated, where a growing social complexity is counterbalanced by an equally complex law which has the duty to be non-chaotic, orderly and linear: «[I]l diritto positivo è uno strumento ordinatore della complessità sociale e perciò costituisce a sua volta una realtà complessa, una realtà nella quale il predicato della complessità si atteggia però nei modi dell'ordine e della razionalità» (p. 213).

In other words, Falzea's essay brings the law back to its primary task, the ordering one of a social feeling that changes and evolves over time, leading to the growth of juridically relevant interests. For the A., there are two categories «che nella loro congiunzione assolvono un ruolo fondante dell'esperienza sociologica e giuridica: *le situazioni di interesse socialmente e giuridicamente rilevanti*» (p. 202, original italics); where, while the relevance of the former is assessed by resorting to cultural rules, «[L]a rilevanza giuridica delle situazioni di interesse discende anch'essa da una valutazione etico-sociale, ma è dotata di un apposito e distinto criterio di giudizio, costituito dal sistema culturale del diritto, riservato a quelle situazioni di interesse che presentano, all'interno dei valori ai quali si informa la cultura della società, quel più intenso significato etico-sociale che si traduce nella garanzia di realizzazione – la quale costituisce oggetto, a sua volta, di regole particolari, di organizzazione e di azione, che quella garanzia stabiliscono e disciplinano» (always p. 202).

5 Lastly, in this regard, read the reflections of P. FORTE, *Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Vol. III, Naples, 2020, pp. 2141 ff.

and critical work of procedural disciplines to doctrine and jurisprudence which – cyclically moved by public interests of occasional relevance<sup>6</sup> – have (perhaps correspondingly) tackled the problem of inevitable structuring (which will be referred to here with the lemma «system»<sup>7</sup>) of administrative relations and activities with an analytical approach, typical of complicated systems and oriented towards simplification, rather than with the more appropriate synthetic

---

6 An example of this is the imperative need for «maximum incentives for economic development» – M. MORDENTI, P. MONEA, *Ora l'impresa risparmia sui tempi e il Comune riorganizza gli uffici*, in *Guida agli Enti locali*, n. 3/1999, pp. 37 ff., esp. p. 40 – who had already at the end of the '90s of the last century called for the issuing of the regulation on the one-stop shop, in which the so-called conference model emerged for the first time: see P.L. PORTALURI, *Il procedimento «semplificato» (mediante conferenza di servizi) per la realizzazione di impianti produttivi nel regolamento sullo sportello unico*, in E. STICCHI DAMIANI, G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F.F. TUCCARI (eds.), *Localizzazione di insediamenti produttivi e semplificazione amministrativa. Lo sportello unico per le imprese*, Milan, 1999, pp. 39 ff. Already then the A. expressed perplexity about the effective unifying – and therefore simplifying – capacity of the conference model. The same uncertainties still exist today, in the time of the PNRR, where the economic-productive interest, read through the lens of sustainability, rules, but the procedural modules remain uncompositional: P.L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021.

7 The theory of complex systems, which also finds application in the legal field, intersects the most varied thematic fields, from mathematics to engineering to biology. See, in this regard, the reconstruction already made by A. FALZEA, *Complessità*, cit., esp. pp. 207-208.

Here, in order to stipulately agree with the reader on the meaning attributed to the term «system», the definition provided by the American biologist J.C. Miller can be used. See ID., *Living systems. Basic concepts*, McGraw-Hill, 1978 (1<sup>st</sup> ed.), italian version edited by A. BERETTA, *La teoria generale dei sistemi viventi*, Milan, 1986, p. 48: «I significati del termine “sistema” vengono spesso confusi. Il più generale, tuttavia, è il seguente: un sistema è un insieme di unità interagenti che sono in relazione tra loro. La parola “insieme” implica che le unità che lo compongono hanno proprietà comuni, il che è essenziale ai fini della relazione e interazione tra esse. Lo stato di ciascuna unità è vincolato, coordinato, o dipendente dallo stato delle altre unità. Inoltre vi è almeno un'operazione che si può applicare alla somma di queste unità che dà un valore maggiore del valore che si ottiene applicando quell'operazione alla somma di quelle unità prese singolarmente».

The 'system' can typically be: simple, complicated, complex, chaotic. Depending on the number and variety of its elements, as well as the relationships between them. In the simple system, the elements are few, known, homogeneous, and the relationships between them are linear; in the complicated system, the elements increase quantitatively, with unchanged relations; in the complex system, as the quantity and quality of the elements increase, non-linear relationships are associated; finally, in the chaotic system, the elements are quantitatively and qualitatively unknown, just as the relationships between them are unknown.

The definition of 'complexity' is due to the biologist J. DE ROSNAY, *Il macroscopio. Verso una visione globale*, Bari, 1978 (English version, *The Macroscopio: a New World Scientific System*, New York, Harper & Row, 1979), pp. 117-118, for which a complex system is composed of a large variety of components or elements that possess specialized functions; these elements are organized by internal hierarchical levels; they are linked by a high density of reticular and non-linear

method, which instead serves to understand a complex system as a whole<sup>8</sup>. This, especially in the context of rationalizing the sources of law with respect to public action, has led to incautious regulatory simplification interventions with a counterproductive effect: a “complicating simplification”<sup>9</sup>.

The ineffectiveness of these interventions<sup>10</sup> rests on a fundamental misunderstanding: namely that complexity is in itself an ungovernable phenomenon and, therefore, to be eliminated. Thus, the simplification approach aims to

---

interconnections.

In short, a complex system is that system made up of «elements» (many and different from each other) and «connections» (many and non-linear): so that – understood in its entirety – it is different from the mere summation of its elements (characteristic, instead, this, typical of complicated systems).

The theory of complex systems has also achieved a fruitful application in the philosophical and social fields: see N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Milan, 2013 (2<sup>nd</sup> ed.). See also the entry of N. LUHMANN, *Complessità sociale*, in the *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Rome, 1992.

8 H. ATLAN, *L'organisation biologique et la théorie de l'information*, Paris, Hermann, 1972, then 1992; then Seuil, 2006, distinguishes: «A complicated system is a system whose structure and operating principles we understand: in principle, nothing prevents us from having full knowledge of it with time and money. On the contrary, the complex system would be that of which we have a global perception, in terms of which we can identify and qualify it, even though we know we do not understand it in its details».

Therefore, adopting an analytical approach to a complex system always leads to losing something. Thus G. ZANARINI, *Complessità e causa complessa*, in AA.VV., *Caos e complessità*, edited by SISSA, Naples, 1996, p. 8: «What is complicated, once explained, can be made simple; what is complex, on the other hand, cannot be traced back to the simple elements that constitute it without irreparably losing something essential. The word complex in fact refers to the plot, to the fabric. And the fabric, despite being made up of parts (the threads, the weft, the warp), has characteristics that the individual parts do not have, and which can only be ‘explained’ to a limited extent by undoing the weave» (our translation).

9 The expression is borrowed from the essay by M. AINIS, *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*, n. 18/2014, which identifies in the excess of regulation one of the negative features of the legal system, which politics deludes itself of being able to solve with simplification: «Negli ultimi anni si è affermata una sorta di dittatura culturale della semplificazione, non c'è governo che non vi attinga a piene mani; e ogni volta l'ultima raffica di semplificazioni viene presentata come la più risolutiva, anzi definitiva» (pp. 2-3). Given, however, the continuous failures of the simplification approach, for Ainis «è necessario passare dalla semplificazione alla semplicità delle leggi e dei procedimenti. La prima è un'attività *ex post*, ed è sempre problematica, come raddrizzare le gambe a un bambino nato storpio. La seconda attiene al concepimento delle regole, ed è ancora più difficile, perché chiama in causa lo stesso abito mentale dei giuristi» (p. 8, original italic). Jurists too – especially constitutionalists and administrativeists – are guilty of cultivating pivotal and nuanced classifications and distinctions that complicate the understanding of law.

The methodical approach to legal complexity is well explained by M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2015, pp. 985 ff., spec. pp. 1018-1019, who also recalls the vivid formulation of Ainis, where he observes that the regulatory interventions adopted for the purpose of simplifying actually end up further complicat-

truncate, elide, subtract: norms, procedures, effects, interests. Especially – as far as is relevant here – interests.

Yet it is quite evident that the subtraction of a “piece” of the system does not simplify the latter, since the relationships between the elements of the system are not linear, so that eliminating one of the gears from the machine does not achieve the goal of reducing them by creating a more brief<sup>11</sup>, precisely because a chain (understood as a linear union of elements) does not exist: perhaps the system could re-adapt itself in a less complex way, where its framework resisted subtraction; but it is only one of the hypotheses, we would say the most remote.

Conversely, the complexity of the legal system – in general but, as far as we are concerned here, of the administrative law system – must be understood as the *existential presupposition* of its very life<sup>12</sup>: since it is not a characteristic to

---

ing the regulatory framework in Italy: «The problem derives from the fact that precisely identified the objective of simplification, sought by intervening on the complication of the system of sources, without instead paying due attention to the well-distinguished phenomenon of its complexity. In fact, it is not enough to attack the complication of the system of sources, that is, the excessive number of ‘folds’ of a phenomenon which is *cum-plicatum* and can be simplified through interventions of ‘explanation’ and reduction of the discrete elements that compose it. Instead, it is necessary to pay due attention to the complexity of the regulatory system, i.e. to the fact that it is a *cum-plexus* phenomenon, i.e. full of interweaving that bring together its components in a plot where the single sources lose importance in their singular character and discreet and instead acquire it at the level of the fabric they are going to compose, in which, however, their specific individuality becomes more nuanced and often difficult to perceive» (our translation).

10 Among the failures of simplification in administrative procedural law are the provisions regarding the conference of services, which will be discussed below: see M. AINIS, *Semplificazione*, cit., *passim*, for a concise and effective excursus.

11 The analogy is taken from M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa*, cit., p. 1059: «That is, it is necessary to be able to develop and take root in the awareness that when a new source is introduced, modified or eliminated from the legal system, one does not limit oneself to adding or subtracting a cog in a mechanism, but the conditions and perspectives evolution of a system» (our translation).

12 Also M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa*, cit., p. 1031: «It is therefore the complexity of the system - its being more than the sum of its parts, its impossibility of being reduced to the sum of its individual components - that becomes the element to be considered as a priority when planning simplification interventions. These should not be conceived according to a ‘semi-simplifying thinking’ for which complexity is a problem to be solved, but instead starting from the awareness that it is a characteristic and ineliminable aspect of the system, which must be taken into account. In other words, one must take into account that, unlike complication, complexity is [...] something our society cannot do without’, because it expresses, on the one hand, the plurality and intertwining of interests present in society and the

be eliminated, but to be kept as a starting point for the observer, the simplifying interventions must not be limited to the mere arithmetical reduction of the system components, but must extend to understanding the relationships between them and, therefore, to the overall consideration of the functioning of the system itself.

The change of approach is functional to follow the corresponding metamorphoses of society, which – constantly requiring to be ordered<sup>13</sup> – can only be the recipient of rules that – at least – try to adapt to its changing characteristics over time: above all as regards the enrichment of interests that are affected by life events.

Giannini's words on the necessary coexistence between primary and secondary interests return, motionless in time<sup>14</sup>: one of the factors increasing the

---

relationships between them, and on the other hand, the multiplicity and great differentiation of the institutions that organise it» (our translation).

13 Law is notoriously a social phenomenon, reported by A. FALZEA, *Complessità*, cit., p. 204-207, for which the characteristics of the law are to be identified in humanity and in sociality. This implies above all that law operates on the social level, since it is there that individuals aggregate and act, sharing the fundamental aspects of human reality (common existence, common experience, common culture); the relationships of coexistence and coexistence then generate nuclei of interest, which in turn give rise to the preparation of rules for their realization and conservation in situations of conflict as well as solidarity; these interests, to which differences of degree belong and some of which assume the rank of common values, are ordered according to social and cultural rules, of organization and relationship; human wholes are subject to the cultural system of law, and this subjection requires that the situations of interest – when they emerge from individuality and rise to values of the whole – acquire cultural and juridical relevance. In short, there is an undeniable functional link between law and life: it is, for the A., 'unacceptable' that this link is terminated through «the denial that [this relationship] can take place through rules of action, because this thesis, which frontally contrasts with the reality of life, it would leave society at the mercy of disorder in “a decomposed experience without beginning and without end” (Giuseppe Capograssi)» (p. 207). Expressed, here, is the criticism of anti-normativism, «which translates into the denial of legal rules as factors in combating social disorder» (also p. 207) (our translation).

14 M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milan, 1939, (as well as ID., *Diritto amministrativo*, II, Milan, 1993, p. 49), qualifies the discretionary power as «il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare»; but the Administration moves herself «in un ambito circoscritto da norme: quando l'amministrazione agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata: dev'essere la più opportuna in ordine ad un pubblico interesse nel caso concreto». In short, it is excluded that the public authority has the sole task of maximising the public interest entrusted to its care, because of the consideration that a public interest never exists in isolation but is together with other interests, both public, collective and private: discretionary, then, is the choice that consists of a comparative weighing of several secondary interests against a primary inter-

complexity of the legal system lies precisely in the changes in public and private interests that crowd the cases to be regulated (and on which the Administrations must decide). If, in fact, on the one hand, public interests increase at a convulsive pace<sup>15</sup>, generating differentiated statutes for their regulation and protection, on the other hand private interest escapes the classic dynamic of its opposition to the State; it is enriched and multiplied, often assuming a synergistic role with the public if not even a driving force<sup>16</sup> the same.

est.

15 The general law on administrative procedure bears a trace – one of all – of the increase in public interests. Think of the art. 20, Law no. 241/1990, in the matter of silent consent. In the original version of the provision, that simplifying instrument was applied only in the cases determined by the regulation pursuant to art. 17, paragraph 2, law no. 400/1988. In the version following the intervention of Law No. 80/2005, now converted into a general rule, silent assent did not apply «to acts and procedures concerning the cultural and landscape heritage, the environment, national defence, public safety and the immigration, health and public safety»; law n. 69/2009 then proceeded to add «immigration, asylum and citizenship»; a few years later, law 221/2015 identified a new sensitive public interest, that is, «protection from hydrogeological risk», to be subtracted from tacit consent. The evolution of the literal content of the provision highlights the growth of interest over the years, so that the legislator has gradually had to adapt the provision.

16 The impact of private interest on administrative decisions is typically located in the context of agreements with the Administration, whose genus is governed by art. 11, law no. 241/1990: among the many contributions, see P.L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2015, pp. 147 ff., which signals its progressive abandonment since «Sono [cioè] mancate due precondizioni, entrambe necessarie: anzitutto la stratificazione storica e applicativa (il c.d. formante pratico), che comporta la formazione di *ius receptum* addirittura in assenza – come fu paradossalmente nei nostri, ricordati due casi delle convenzioni lottizzative e delle concessioni contratto – di una base di diritto positivo; in secondo luogo, la prerogazione di ambiti precisi dove la selezione degli interessi meritevoli di essere amministrati mediante accordi è compiuta già dal diritto legislativo, che ne fissa – ne parametra, meglio – le modalità gestorie».

On the other hand, it has been effectively pointed out that private interest manages to be the driving force even in administrative proceedings that end with unilateral measures: co-decision becomes fundamental where the private sector has a force – economic or technical competence – which forces the Administration to model its imperium on the demands it asserted. In this regard, see always P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milan, 1998.

Consider, most recently, the experiences of project financing and public-private partnerships, in which the private sector assumes a role of initiative and promotion of projects to be financed (again on the increase, see A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. Amm.*, no. 2/2022, pp. 441 ff., for whom «the process of transition of the administrative, economic and social system towards the strategic objectives of the PNRR unveils new spaces for the use of public-private partnership instruments and operations. However, the logic of the partnership can only really ensure the strengthening and stabilisation of the development choices made by public authorities if it is adequately supported by courageous administrative reforms, by a strengthening of the technical capacity of administrations, but also by the overturning of that 'sfiduciary paradigm' on which not only the tradi-

And in an “increased complexity” society<sup>17</sup>, in which the analytical skills, the decision-making tools of the individuals, the knowledge, the so-called *expertises*, the so-called *capabilities*, can only increase the relationships between subjective juridical situations, which constantly fade between the category of rights and that of interests<sup>18</sup>, and are increasingly reticular.

Logically speaking, this framework should, in situations in which one or more public interests are a question, decree the importance of the role of the Administration in its decision-making process: the wider the scope – in the sense of their caliber, but also of their numerousness – of interests, the component of administrative power becomes more essential, in this case discretionary, qualified as a necessary intermediary between the generality and abstractness of the law, on the one hand, and the factual situation full of unforeseen (and perhaps unpredictable) variables ) on the other<sup>19</sup>.

---

tional legal (and cultural) approach to public contracts (and the public-private relationship) has long been based, but, more generally, our very conception of social living» - our translation); or, again, to the experiences of ‘shared’ administration as an expression of horizontal subsidiarity ex art. 118, para. 4, Const.: see G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. Cost.*, no. 3/2020, pp. 1449 ff., who, in commenting on one of the most recent and well known pronouncements of the Constitutional Court on the relationship between the Administration and Third Sector entities on the subject of co-planning, emphasises the sharing of the public function by these entities, as sanctioned by the Constitutional Court itself, 26 June 2020, no. 131.

17 The expression is borrowed from P. FORTE, *Complessità*, cit., esp. p. 2150: «L'accelerazione della complessificazione, insomma, ha tra altro moltiplicato quelle che potremmo definire *pretese legittime*, non dovute necessariamente a riconoscimenti legali formalizzati esplicitamente, ma più o meno giustificate sul piano sostanziale, più nelle qualità e meno negli statuti, nel senso che sono riconducibili in vario modo a prescrizioni normative; aspirazioni al riconoscimento della appropriatezza all'assunzione di responsabilità importanti, e (*ex facto oritur jus*) a meccanismi protettivi e vantaggiosi, che riguardano non più *élites* circoscritte, e nemmeno solo classi sociali, ma moltissimi tra i viventi, intesi come persone individue o gruppi circoscritti e poco omogenei; un percorso favorito da disposizioni costituzionali interne e convenzionali internazionali – con il loro carico di organi decisionali e giurisdizionali –, e corroborate da principi e clausole generali, centralizzate sulla persona e sulle sue emanazioni, che induce altra complessità in termini quasi entropici, in cui ogni precario equilibrio tende ad allargarsi verso nuovi legittimati, che hanno forze e argomenti sufficienti a romperlo e, squilibrando, a indurre nuovi movimenti».

18 Again P. FORTE, *Complessità*, cit., esp. pp. 2168 ff.

19 The affirmation should not be understood in a two-way sense, i.e. in the sense in which, as the bundle of interests dwindles, the breadth of the administrative decision necessarily narrows, understood from the point of view of its discretionality. It is true that there are hypotheses of *Reduzierung auf Null* of discretion – for example in the context of the so-called dutiful withdrawal of act – but this does not imply that, in these hypotheses of “zeroing”, the exist-

And instead, as stated in the exergue, the approach chosen by the legislator tends to proceed in the opposite direction: to the complexity of the system – and therefore to the irreducible multiplicity of interests – he responds, that is, with a constant elision *sub specie* of procedural simplification, overcoming dissent and of the opposition deeds of the Administrations in the conference and confrontation, all in accordance with a “logic of the result”<sup>20</sup> which does

---

tence of a decision is completely obliterated administrative. In other words, even where the rule – yes, general and abstract – manages to predetermine exactly the conditions for activating a certain administrative power and its typical effects (attributes, in other words, a restricted power to the Administration), the public administration holds however a decision-making area: since it decides in any case on the an of the activation of the bound power, or rather on the effective existence of the factual presuppositions of the power and the appropriateness of its exercise, and on the quid, or rather on the effects of the same. In this regard, see the contribution of F. FOLLIERI, *Decisione e potere amministrativo nell'atto vincolato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, no. 1/2017, pp. 111 ff., which speaks of «skepticism about the constraints» based on acceptable arguments of the semantic analysis of the rules: the administrative activity would therefore be bound where there is no margin of appreciation - in the rule attributing power - nor in the qualification of the assumptions of the exercise of the power (so-called cognitive moment), nor in the choice of the content of the measure (so-called disposition moment). And yet, precisely the semantic analysis demonstrates that there is no possibility of univocally defining the cognitive moment («While the constraint in the disposition moment is semantically possible, the constraint in the cognitive moment is semantically impossible», p. 127); and, moreover, even if the disposition moment is unequivocally definable from the point of view of regulation, nevertheless the Administration also has a decision-making margin here («the administration retains the possibility, even if not the permission, to act differently, i.e. not to respect the hypothetical-constitutive norm. In other words, the administration decides in each case whether to dispose of a certain effect in a given situation and which effect to dispose of», p. 138, thus demonstrating that even a bound act can exist and also be illegitimate) (always our translation).

20 The emergence of the result as a general principle of administrative activity and organization constitutes the juridicalisation of the union between legality and good performance in the perspective of administrative efficiency. Among the most accredited doctrinal contributions on the subject, see M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (eds.), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milan, 2012: pp. 117 ff., p. 134 and 135: «The logic of the result, expressive of good performance, therefore has nothing to do with the result at all costs, or with the necessary material satisfaction of the citizen's claim»; «The importance assigned by the system to the administrative result and its subsumption within legality, determines the extension of the norm-act comparison, to the norm-act-result relationship, the latter evidently understood in legal rather than economic terms». By the same author, see, even earlier, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Turin, 2003, as well as, most recently, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in AA.VV. *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Naples, 2020, pp. 4845 ff.; see also M. IMMORDINO, A. POLICE (eds.), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Turin, 2004; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formalità di legalità e amministrazione di risultato*, Turin, 2004; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Naples, 2001, pp. 813 ff.; ID., *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo, Annuario AIPDA 2006*, Milan,



not see it as the most balanced synthesis of interests<sup>21</sup> but to their sacrifice in favor of a single hegemonic interest<sup>22</sup>: the rapid and punctual realization of a work, a project or an intervention.

Here, then, we aim to understand whether the emerging regulatory approach actually leads to a tendential withdrawal of some interests with respect to others, and what are the ways in which this happens; where this process is actually detectable, a reference to the broad principle of result could, perhaps, lead to a better rebalancing of the decisions.

### **3. «Simplification» and «acceleration»: the choice of the legislator to impose interests of primary importance that can be managed by the political Authority**

Now, in this context we perceive the inadequacy of a juridical approach that attempts to simplify administrative decisions, the reconciliation between public interests, and between these and private interests, “amputating” entire procedural “pieces”: eliding provisions, shortening assigned terms to the Administrations, generalizing the hypotheses of tacit provision, and so on. An ap-

---

2007, pp. 233 ff. See finally a last study on the principle of effectiveness, understood as teleologically result-oriented: G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022.

21 D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Naples, 2005, attempts to bring the logic of the result into the theory of the administrative measure, so as to be able to assess the validity of the latter in relation to the result achieved. To do so, it is essential, according to the author, that the result - from being the purpose of the measure - becomes a predetermined element in the rule that regulates administrative action: «the predetermination of the result, by placing itself at the level of the rules of administrative action, constitutes an important moment of enrichment of the legal paradigm of reference for the assessment of the administrative measure in terms of validity» (p. 175, our translation).

22 P.L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, no. 29/2021, p. 46, expresses himself on this point in a doubtful way, where he states that the PNRR standardization has an advantage of clarity, in its style, compared to previous regulatory experiences: «Possiamo infatti riconoscere – restando in una logica puramente operativa, di processo – che ora le sequenze sono scandite meglio; come più definiti sono ruoli e poteri delle singole figure soggettive, pubbliche e private, che vi compaiono. Ma son tutte immagini senza volto. Se nell'analisi ci fermassimo qui, trascureremmo un aspetto, forse il più importante: quali siano gli interessi *concreti* – di nuovo, pubblici e privati – che prevalgono o che invece recedono (sia pure in linea di tendenza) nel modello generale unicizzante tracciato dall'ecosistema normativo PNRR; quali cioè si rafforzano, quali s'indeboliscono. L'*unicità* – procedimentale e decisoria – porta infatti con sé almeno il rischio dell'*unicismo*: di un interesse-Moloch cui gli altri sono offerti in sacrificio» (original italics).

proach which, however, continues to be established and which, in truth, has taken on a hegemonic role in the post-pandemic order, where the urgency of making markets and investments recover on the national territory has imbued government decisions and legislation, condensed into the Italian National Recovery and Resilience Plan (NRRP; from now on, called in its Italian acronym: PNRR) and its implementing decrees<sup>23</sup>, two of which in particular have been entitled to simplification (or, better, in the plural, to simplifications)<sup>24</sup>.

In this “regulatory ecosystem”<sup>25</sup> a tendency towards the amputation of the procedural *ganglia* pertaining to the protection of public interests of territorial importance can be highlighted, when the object of the decision is the implementation of projects and works of strategic importance for the country. What comes to the fore here – and it is on this that our investigation will focus – is art. 13, Legislative Decree 77/2021, “Overcoming dissent”, which *provided* that “in the event of dissent, opposition or other equivalent act”, “suitable to preclude, in whole or in part, the implementation of an intervention falling within the PNRR”, the Technical Secretariat at the Council of Ministers for the implementation of the PNRR “proposes to the President of the Council of Ministers, within the following five days, to submit the question to the examination of the Council of Ministers for the consequent determinations”; if then the same act of dissent comes from the regional level, the same Technical Secretariat or the Minister for Regional Affairs will convene the Unified Conference, which must express its opinion within fifteen days. And it must, evidently, express itself positively, since, “in the absence of shared solutions that allow

---

23 Just by way of statistics, on the website [www.osservatoriorecovery.it](http://www.osservatoriorecovery.it), it is sufficient to select the item «PNRR» to check the relative decrees and 202 decrees have emerged since 2019, divided between ministerial acts and notes, decree-laws and legislative decrees.

24 The obvious reference is to the legislative decree July 16, 2020, n. 76, «Urgent measures for simplification and digital innovation» (so-called Simplification Decree), conv. with the law 11 September 2020, no. 120; and then to the legislative decree July 28, 2021, n. 77, «Governance of the national recovery and resilience plan and first measures to strengthen the administrative structures and to speed up and streamline procedures», commonly known as the Simplifications Decree-bis, conv. with the law 29 July 2021, no. 108.

25 Expression by P.L. PORTALURI, *L'incanto che non so dire*, cit., p. 46.

for the speedy implementation of the intervention”, the substitutive powers at the state level and within governmental competence will be activated. Able to override any opposition at the regional level.

It will be noted that we said «provided», as the subsequent legislative decree 13/2023<sup>26</sup>, dislocated the subjective sphere of the obligation to elevate the decision-making focus to the Council of Ministers, making it payable – no longer to the Technical Secretariat, but – to the “Delegated Political Authority on the matter of PNRR or the competent Minister, also on the initiative of the PNRR mission structure set up at the Presidency of the Council of Ministers or the General Inspectorate for the PNRR”: from a technical body to a political body, therefore.

The provision has a certain similarity, in the spirit that imbues it, with the just launched new Code of public contracts, Legislative Decree no. 36 of 31 March 2023<sup>27</sup>, which, in art. 38, paragraph 11<sup>28</sup>, provides for a conference mechanism which essentially prevents dissenting Administrations from vetoing the execution of the work or project, forcing them to provide a “plan B”, com-

26 Legislative Decree 24 February 2023, n. 13, «Urgent provisions for the implementation of the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) and the National Investment Plan complementary to the PNRR (PNRR), as well as for the implementation of cohesion policies and the common agricultural policy».

27 In O.J. no. 77 of 31 March 2023, suppl. ord. no. 12. The new Public Procurement Code enters into force on 1 April 2023, but its provisions have deferred effect until 1 July 2023. For notices or tenders published before that date, the previous provisions continue to apply. A transitional period is then set, until 31 December 2021, due to the validity of some provisions of the previous Code, Legislative Decree no. 50/2016, of the Simplification Decree n. 76/2020 and, especially for the PNRR and PNC contracts, of the Simplifications-bis decree, no. 77/2021.

28 The text is reproduced, extrapolated from the definitive outline of the Code in implementation of article 1 of the law of 21 June 2022, n. 78, containing «Delegation to the Government in matters of public contracts». Article 38, paragraph 11: «Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell'articolo 14-*bis*, comma 3, della legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, in ogni caso, a pena di decadenza, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso. Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui ai periodi precedenti si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale».

patible with the principle of financial sustainability of the work itself: the execution of which, therefore, it must not be prevented<sup>29</sup>. Here, there is no exercise of the substitutive power by political or central bodies, nor is there a mechanism for overcoming dissent aimed at making the decision in the name of the President of the Council of Ministers<sup>30</sup>: however, the direction of the provision is clear, since the failure to locate public works, whether of state or local interest, is not contemplated.

We are therefore witnessing an explicit elimination of dissent: which in general, in these complex administrative procedures, is expressed by local administrations or by administrations responsible for the protection of sensitive interests (note the expression referred to in art. 38, paragraph 11, quoted: Administrations «holders of competences in urban planning, landscape, archaeological and cultural heritage matters»). “Elimination” because, rather than overcoming dissent through “composition” of dissent, the rules opt either for a relocation of the decision to the central-governmental level (see *Simplifications-bis* decree) or for an unspecified “decadence” from the expression of that disagreement (see art. 38, paragraph 11, Code of public contracts).

Thus, the commitments to “simplify” and “accelerate” the approval procedures for projects and works of strategic interest are fulfilled: the hypothesis

---

29 Here, the observations by P.L. PORTALURI, *Considerazioni sul procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche* (ex art. 38, comma 11, dello schema di codice), in *Astrid Rassegna*, 2023, are essential. For the Author, in fact, the provision removes the power of veto from Administrations with sensitive interests, at the same time realizing the principle of procedural unity through the *equalization* and *de-politicizing* administration of all public interests: including sensitive ones (p. 1, original italics). Where – by way of interpretation or amendment, proposed by the A. during the hearing and explained in the contribution – the subtraction of the veto power is not compensated by correct mitigating measures, the provision would face a possible constitutional illegitimacy due to violation of art. 9 of the Constitution (p. 7).

30 Although, for example, P.L. PORTALURI, *Considerazioni*, cit., p. 8, recovers that “escalation” mechanism in an interpretative way, since the art. 38 cited, in paragraph 1, makes a reference to l. 241/1990 («The approval of the projects by the administrations is carried out in accordance with the law of 7 August 1990, n. 241») and therefore also with its art. 14-*quinquies*, whose paragraph 1 allows the devolution of the decision to the Prime Minister by the Administrations responsible for the protection of sensitive interests, even where their dissent is merely motivated, not necessarily constructive as required by art. 38, Control Code of 2023.

that is examined in this work is, then, that these objectives cannot be pursued well, simply “cutting” subjects, procedures and skills.

The trend was already evident in the legislation concerning the localization of production sites at the end of the ‘90s of the last century<sup>31</sup> – characterized by a strict anti-regionalist spirit<sup>32</sup> – in which the simplification procedural tool was summarized in the conference of services between the Administrations concerned, a more or less extensive conference depending on the number

---

31 On which see, most recently, C. CELONE, *La speciale disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (eds.), *Studi in onore di Filippo Salvia*, Naples, 2022, pp. 199 ff., for which the conference mechanism envisaged therein displaces decision-making power too suddenly in the hands of the Government without setting preliminary compositional moments with possibly dissenting Administrations. In particular, the trend clearly emerges in the legislation concerning the location of public works of state interest (art. 3, DPR no. 383/1994; art. 81, DPR no. 616/1977; art. 55, legislative decree no. 112/ 1998; art. 7, letter b), DPR no. 380/2001), removed from the building permit regime and instead subjected only to the assessment of compliance «with the planning and building regulations»: the jurisprudence, however, specifies that the art. 3, Presidential Decree no. 383/1994 has expressly provided that, in the event of convening a Service Conference pursuant to art. 2 paragraph 14, law December 24, 1993 no. 537 – in which the Region, the Municipality concerned as well as the other State administrations and the entities in any case required to adopt acts of understanding, or to issue opinions, authorizations, approvals, clearances, provided for by state and regional laws participate – the Conference evaluates the projects definitive relating to works of state interest, in compliance with the provisions relating to archaeological, historical, artistic and environmental constraints. The approval of the projects, in cases in which the decision is adopted unanimously by the Conference of services, replaces to all effects the acts of understanding, the opinions, the concessions, including buildings, authorizations, approvals, clearances required by state and regional laws. This means that, in the present case, the unanimous approval of the project also replaces the landscape authorization (*ex multis*, see Tar Campania, III, 1 March 2011, n. 1248). The trend was finally slowed down by the Constitutional Court, which – in a similar case, Constitutional Court, 11 July 2019, n. 179 – sanctioned the principle according to which the existence of a unitary requirement that legitimises the intervention of the state legislature also with regard to the regulation of complex proceedings outside the sphere of exclusive state competence entrusted to the services conference, with a view to the objective of accelerating and simplifying administrative action, does not imply that the entire regulation of the services conference and therefore also the rules governing the overcoming of dissent within it, can be attributed to a matter of exclusive State competence, in view of the variety of sectors involved, many of which undeniably also relate to regional competences, it being necessary to have regard, for the purpose of identifying the matters. The provision of unilateral intervention by the State, as a mere automatic consequence of the failure to reach an agreement, constitutes a violation of the principle of loyal cooperation with the consequent sacrifice of the sphere of regional competence, all the more so because the provision of such a short deadline makes it extremely complex and difficult to conduct any kind of negotiation, automatically attributing to the Government the power to decide, without the necessary appropriate procedures being in place to allow repeated negotiations aimed at overcoming divergences.

32 A rich and punctual critical review is offered by P.L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»*, cit., which points out that anti-regionalism has experienced a parable that has led it to its

of territorial levels crossed by the implementation interventions and the areas of public interest affected by them. In those procedural models, the (sensitive or territorial) public interest protected by the dissenting Administration undergoes a metamorphosis because the decision can only be brought to the central level, of the Presidency of the Council of Ministers, thus escaping the typically administrative and technical-discretionary reconciliation, and becoming the subject of a political decision<sup>33</sup>. This leads to a certain hesitation of the dissenting Administrations, which would seem more inclined to compromise in the conference, knowing that – if the decision is brought to the political level, further from the territory and therefore from the urgency of the impact on the local geographical fabric – they could lose their guardianship altogether<sup>34</sup>.

From these very first ideas, therefore, a clear direction seems to emerge: the one whereby “simplification” and “acceleration” are achieved by eliminating “pieces” of the system. Specifically, eliminating interests that may get in the way of achieving the result.

In order to reflect on the effectiveness of this regulatory approach, the general relationship between politics and administration – in PNRR decisions,

---

decline.

33 In this regard, see the notes by P. FORTE, *Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche*, in *Ist. fed.*, no. 4/2021, pp. 965 ff., esp. p. 975: «Reconciliation and a certain hierarchy between multiple public interests is well possible and indeed necessary in contemporary societies, but on condition that these have already been identified as such by a deliberation that is inevitably political (in our system, based on the law - art. 97, para. 2, Const. ), and that the political preference is not made by an administrative decision-maker, who can impose it by himself, that is, unilaterally and definitively; relating to complex phenomena, such an operation may well know proper administrative formulas of coordination, as for example happens today - as well as in the proceedings - especially in the services conference, in which, as is well known, if an appropriate arrangement cannot be defined administratively, a solution must be found and entrusted to the decision-making level of government, with an inevitably political responsibility» (our translation).

34 S. BATTINI, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, in ID. (ed.), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Turin, 2016, p. 25, for which the position of the proceeding administration is strengthened: the more the potential “dissenters” know that any decision adopted without their consent can only be overturned with the successful experiment of the opposition remedy, the more they will be induced to accept the compromise to reach a unanimous decision in the conference of services.

very intense – must be seen, since it is on the political table that interests are evidently at stake. We will start from here now.

#### 4. Politics and administration in strategic decisions for the country

To borrow the words of authoritative doctrine, the administration “places itself between political activities and final productive activities as a necessary moment of articulation and translation of political choices into concrete final results”<sup>35</sup>. In other words, it is up to the administration to carry out a function of making concrete a purpose constraint set by the political guidelines.

On the other hand, this is the so-called functionalization of the administrative activity, or rather its subjection to a discipline «and, therefore, to a legal significance of the purpose of the activity»<sup>36</sup>. There is no doubt that the application of such a purpose – identified with the result, with the end, or with the public interest – is not the primary task of the Administration, but finds its first conception in the context of the politic address. This is because the public interest notoriously escapes perfect legality: not surprisingly, it has also been presented as an “extra-juridical notion, proper to other social sciences”<sup>37</sup>; it depends “increasingly, both in its actual conformation and in its implementation, also on the non-public interests that are connected to it, at least in the sense that the PA must act “by striving to prevent the primary interest of which it is an exponent from obscuring and make the other collimators overlooked and

---

35 G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Annuario AIPDA 2004*, Milan, 2005, pp. 11 ff., esp. 16.

36 P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Turin, 2005, p. 21, who continues: «The function needs all the more a discipline that governs it and limits its execution, the more it qualifies to be endowed with the possibility of making decisions that are independent of the consent of whoever is, in any way, recipient»; the A. then identifies the problematic foundation of the administrative function, i.e. the identification of the public interest that justifies and directs it, which «has a controversial epistemological foundation, a difficult conceptual delimitation, an uncertain juridical nature» (again p. 21).

37 A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, now in ID., *Scritti scelti*, Naples, 2022, p. 21 ff., esp. p. 22 (already in *Il Foro it.*, 1997, V, p. 169). The Author points out that the presentation of the public interest as an extra-legal notion is not satisfactory and therefore requires ‘completion’ with its definition in legal terms.

be successful only for its position and more or less regardless of the other aspects involved”<sup>38</sup>. It therefore identifies itself with a method of *administratio*, which involves “the interpenetration, the evaluation of the multiple public interests that the legal system brings out”<sup>39</sup>. In other words, the public interest may not even “exist in nature”, but result in being the result of an assessment or appreciation by the Administration which, in the act of reconciliation, designates an interest as prevailing over the others: “thus the attention shifts from the notion of public interest to the principle of impartiality in the treatment of the interests at stake”<sup>40</sup>.

This interest, therefore, is “given”, it is a presupposition of the Administration: the establishment of its formal identity is extraneous to the public administrative task and is left to a political seat. It is alien.

And yet, such a clear *caesura* between the identification of a purpose, of a public interest, by a political power, extraneous to and prior to the administrative one, appears at least anachronistic, if indeed it is not colored with nuances which, for today, they imply the awareness that the Administration – more and

38 P. FORTE, *Il principio*, cit., pp. 21-22 (our translation).

39 It is thus that the concept of public interest will also include meanings linked to the good performance and correct exercise of the function: always P. FORTE, *Il principio*, cit., *passim*.

40 Quotation and quotation marks from A. TRAVI, *Nuovi fermenti*, cit., p. 22. The bibliography on the principle of impartiality is endless, given its relevance from an administrative, but also constitutional, national and Euro-unitary level. Let us refer here to L. ANTONINI, *Il principio di imparzialità*, in M.A. SANDULLI (ed.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 2<sup>nd</sup> ed., Milan, 2017, pp. 65 ff. For the purposes of this contribution, the conception to which reference is made is that of M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milan, 1966, for whom the cited principle consists in identifying and evaluating all the interests involved, so that the choice is the result of an exact and complete representation and weighing of these interests. Impartiality, for M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Naples, 2018, has a «minimal meaning as a prohibition to make preferences or as a rule pertaining only to the organisational moment», in addition to its broader conception as «a principle according to which the administration, in pursuing its institutional ends, must at the same time take care of the satisfaction of the ends of others (impartial party). In this meaning, impartiality implies that the administration must take into account the interest of the addressee of the measure in becoming aware of all the elements that justify the exercise of power. Nor does it appear lawful to leave it to the free choice of the public administration to decide whether to explain only some or all of the justifying reasons, since this would create an unjustified unequal treatment between the addressees of a measure having the same operative content but different reasoning. It is therefore consistent with the conception of the administration as an impartial party that it must give an account in the measure of all the facts constituting the allegedly existing power» (pp. 222-223 – our translation).



more often – ends up determining itself the public interest concretely pursued in its decision.

There is always, in other words, a «political share of the administrative decision»<sup>41</sup>, nestled in the selection and comparison between interests, which have their own theoretical and descriptive dimension, when they are still indicated to the Administration by the external political power, and then their concrete and defined dimension, when the Administration is concretely to decide its fate<sup>42</sup>.

---

41 P. FORTE, *Pubblica amministrazione*, cit., p. 966.

42 F.G. COCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, II, Naples, 1999, pp. 1274 ff., albeit with reference to the public interest «in concreto», states that the administration's task is to represent it (actually).

In this sense, case law also agrees in separating an abstract public interest from its concrete counterpart: the concretisation is capable of overturning the Administration's determinations, refraining from acting to protect that interest, when its effective protection could derive – on the contrary – from the omission of exercising power. For example, on the subject of the imposition of a restriction on a property of historical-artistic interest, «While it is true that the appreciation of the importance of the cultural interest of a property and the consequent need to subject it to the regime of protection proper to property of artistic, historical, archaeological or ethno-anthropological interest that is particularly important within the meaning of Article 10, paragraph 3, letter a) of Legislative Decree no. 42 of 2004, the Administration's decision is not to act in the same way as it would have done in the case of a property of historical interest. Legislative Decree no. 42 of 2004 and that are, therefore, declared cultural assets, belongs to the assessment of the Administration in charge thereof, it is also true that the assessment cannot disregard, on pain of a dangerous abstraction for the very survival in concrete terms of the thing that constitutes the cultural asset, the consideration of the concrete coordinates of space and time in which it is set. The Administration's assessment must necessarily take into account a complex and integrated system pertaining to the concrete public interest, in which the concrete survival of the cultural testimony must inevitably be linked to the need to preserve, with the cultural value, the very material existence and vitality of the context of which the asset itself is an integral part» (Cons. Stato, VI, 2 March 2015, no. 1003: the Superintendence had placed a structural restriction on the property – a historic theatre –, which in fact resulted in a restriction on its use; however, the decision had been taken without considering the impossibility of preserving the value of that structure, which in reality could no longer be used because it had deteriorated irreparably: «it does not appear that the Administration conducted its own investigation in this case with sufficient regard to the practical effects of overcoming such an intrinsic limitation of the constraint as a cultural asset; nor therefore to the concrete factual situation in which the property is set, nor to the current sustainability of the preservation of the specific structures pertaining to the use of cinema-theatre, nor to the effect of compatibility with other destinations, nor to the comparison of the interest expressed by the constraint with the requirements of guaranteeing in the economic reality the very survival of the property, in its characteristics worthy of preservation and protection») (always our translation).

Political share that emerges, for example, in certain categories of administrative measures that have a significant impact on the territory: think of the SEA (Strategic Environmental Assessment, aka, in Italy, VAS – Valutazione Ambientale Strategica) in<sup>43</sup> urban and territorial plans or to the EIA (Environmental Impact Assessment, aka, in Italy, VIA – Valutazione d’Impatto Ambientale) on projects<sup>44</sup>. It will be said that the environmental assessment of plans, programs and projects – in the form, respectively, of the SEA and the EIA – has a purely technical-discretionary content, since it must fulfill the function, predetermined by the European legislator, of “evaluating”, in fact, the impact on the environmental indices of a specific planning or design choice. The re-

---

43 The choice of the preposition “in” is due to a linguistic device which means the pervasiveness of the evaluation within the territorial plans. In other words, when local Administrations have to consider the environmental variable in their planning and programming acts, this cannot happen with a sort of “certification of environmental compatibility of the plan”, but must follow the path of integrated assessment within interior of the plan, which arises with it. In this sense, see E. BOSCOLO, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, no. 9/2010, pp. 1104 ff.: «La VAS è stata invece concepita per riconformare in chiave ambientale ogni passaggio dell’*iter* decisionale pianificatorio (il cd. *policy cycle*): dalla decisione di soddisfare determinati bisogni mediante particolari soluzioni insediative ed infrastrutturali, sino alla localizzazione ottimale dei fattori di trasformazione (se del caso passando per mitigazioni e compensazioni). In questo procedimento, i parametri di sostenibilità ambientale, ed in particolare la capacità di carico dei territori eligibili, vengono quindi a costituire – diversamente che nella VIA – fattore intrinseco e conformante della decisione pianificatoria e non mero termine rigido di confronto».

44 Tar Lombardia, Brescia, I, 18 May 2022, no. 492: «Il giudizio di compatibilità ambientale è reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione ed è attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell’apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all’interesse dell’esecuzione dell’opera. Questo apprezzamento è sindacabile dal G.A. solo in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nel senso in cui l’istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato e risulti perciò evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all’Amministrazione, anche perché la valutazione di impatto ambientale non è un mero atto tecnico di gestione ovvero di amministrazione in senso stretto, trattandosi piuttosto di un provvedimento con cui viene esercitata una vera e propria funzione di indirizzo politico-amministrativo con particolare riferimento al corretto uso del territorio, in senso ampio, attraverso la cura e il bilanciamento della molteplicità dei contrapposti interessi pubblici (urbanistici, naturalistici, paesistici, nonché di sviluppo economico-sociale) e privati. Considerazioni, queste, pacificamente estendibili anche alla procedura di V.A.S., il cui scopo è proprio quello di garantire un elevato livello di protezione dell’ambiente e contribuire all’integrazione di considerazioni ambientali all’atto dell’elaborazione, dell’adozione e approvazione di piani e programmi, assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile. Assicura, inoltre, che l’attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, nel rispetto della capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità e di un’equa distribuzione dei vantaggi connessi all’attività economica».

sult is a determination that has to do with soil consumption, with limits on polluting emissions, with the balance between green spaces and built spaces, and so on.

And yet, there is not only arid measurement or strictly juridical comparison of interests<sup>45</sup>, in all of this: choosing whether or not to carry out a project, where to locate it; choosing, upstream, to plan and program a series of interventions over time, which will change the environment, is above all a political choice. Territorial planning, in general, is the result of evaluations of a political nature<sup>46</sup>: which also justifies the broad administrative discretion<sup>47</sup> of the body called to approve it.

Before that, planning itself is a set of activities preordained to the formation of a plan, or a tool capable of rationalizing resources and interventions in space and time in order to achieve certain objectives<sup>48</sup>.

---

45 The juridicalisation of the choices of the Administration is considered a fruitful advance in the juridical field, compared to the primordial consideration of the selection of interests as an eminently political operation, by P. FORTE, *Public administration*, cit., p. 968.

46 See for example Tar Lazio, II, 9 August 2022, n. 11119: «Gli enti locali, mediante l'approvazione degli strumenti urbanistici generali, operano delle scelte ampiamente discrezionali, in quanto espressione di valutazioni politiche circa il futuro assetto del territorio comunale, avuto riguardo agli obiettivi di sviluppo economico-sociale da perseguire, che si traducono nell'assegnazione al territorio comunale di destinazioni di uso (c.d. zonizzazione) che ben possono non coincidere con quelle in atto esistenti, ma che corrispondono agli obiettivi di sviluppo economico-sociale da perseguire in prospettiva futura».

47 It is notoriously well-established principle that urban planning choices are characterized by broad discretion and constitute appreciation of merit removed from the legitimacy review, unless they are affected by errors of fact or abnormal illogicality, with the consequence that they must not be adequately motivated (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 13 October 2022, n. 8731).

48 Don't think only of urban and territorial planning, since planning and programming are typical activities of the economic, health, public works sectors: P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA, F. SAITTA (eds.), *Studi*, cit., pp. 453 ff. exposes the history and underlines its *vis expansiva* even beyond the areas in which the legislator prescribes to the Administrations the obligation to prepare a plan.

R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in Aa.Vv. *Annuario AIPDA 2017*, cit., pp. 129 ff., according to which the programming and/or planning activity characterizes large sectors of public action, both when it has purely internal relevance and when it has the strength to connote, in various ways, private activities (think of the first and fundamental planning activity which is that of the budget law; to the strategic planning of the ministries; to that of the need for public personnel; to planning regarding purchases by the public administrations; to those to satisfy the essential levels of health services; to those concerning the territory, the environment and soil protection). Not only, but it is the programmatic logic that constitutes the red thread that links the Community policies to the national ones: the stability law must take into account the Community indications; the programming of

Objectives that often lose materiality – construction of urban grids, building order, placement of production plants in places that can accommodate them, protection of hydrogeological safety, etc. – and take on an immaterial color, thus adjectivering the plans with the term «strategic».

Not infrequently, when planning – as well as programming – becomes strategic, it moves away from the lowest territorial level, to move – by virtue of the principle of subsidiarity – to the highest levels: thus its unitary implementation is ensured. This presumably also because its function is not that of pure balanced urbanization of the territory, but of its governance understood in an overall sense, in which socio-economic development variables must be taken into account<sup>49</sup> which with urbanization can connect<sup>50</sup>, but they are certainly not identified with it<sup>51</sup>. Think, for example, of the Strategic Development Plans,

---

the EU structural funds is closely linked to national public policies in various sectors [...] (see p. 131, our translation).

49 A. SIMONATI, *Il piano strategico in Italia: meccanismo di valorizzazione della pianificazione urbanistico-territoriale o impulso alla de-pianificazione?*, in *Riv. giur. ed.*, no. 2/2013, pp. 99 ff., according to which strategic planning in Italy is essentially a mechanism for the enhancement of the socio-economic development of the territory, and the redevelopment and recovery of degraded areas (see p. 101, our translation). Reference is necessarily made to the extensive bibliography cited by the author, in footnote 13.

50 On this topic see F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Turin, 2012, which relates the possible synergy between strategic and territorial planning.

51 A. SIMONATI, *Il piano strategico*, cit., raises the question on the relationship between strategic planning and urban planning: that is, whether the former constitutes a push towards de-planning or instead manages to confirm the essential role of urban planning. The Author reviews various strategic initiatives characterized by a certain singularity, in which local authorities have conducted, with articulated procedures for consulting citizens and the so-called stakeholders, targeted strategic initiatives unrelated to the surrounding contexts. According to her, a constant of Italian experimentation lies in the fragmentation and in individualism. The initiative always starts from the lead municipality, which only subsequently involves other subjects, public and/or private; normally, then, coordination takes place, somewhat paradoxically, with entities that operate within the institutional sphere of the lead entity, while the links established with other entities of the same level are sporadic and juridically little formalized (see p. 118, our translation). However, a common thread of synergy can be glimpsed between strategic and urban-territorial planning, because the inputs from the experiences gained up to now in Italy lead us to favor the thesis according to which, almost paradoxically, strategic planning can be used as a tool for redevelopment of the planning efficiency of the urban plan. Therefore, strategic planning could prove to be very useful as a rationalization mechanism – and reduction to its role as “*ultima ratio*” – of urban-territorial planning by variants. Enhancing the use of strategic plans, then, could produce the establishment of fruitful synergetic relations at the supra-municipal level (see p. 117, our translation).

envisaged and governed by art. 6, d.p.c.m. 25 January 2018, Regulation establishing the Special Economic Zones (so-called ZES, in Italy)<sup>52</sup>: these plans have precisely a «strategic» objective – already declared in the title – namely that of supporting and reviving the economy of the less competitive territorial areas. In these cases, which mostly have a regional significance, the Council of State has established that “the need to introduce in the Strategic Development Plan adequate forms of coordination with the relevant and legislatively regulated port strategic planning, as is known, also appears nationwide”<sup>53</sup>. It is no coincidence that the PNRR also intercepts the ZES, where it provides for “special interventions for territorial cohesion”<sup>54</sup>, envisaging a targeted reform which “aims to simplify the governance system of the ZES and to favor mechanisms able to guarantee the construction of interventions quickly, as well as to favor the establishment of new companies”<sup>55</sup>, entrusting the competence of the single authorization procedure to the Commissioner.

---

52 The regulation had been provided for with Legislative Decree 20 June 2017, n. 91, *Urgent provisions for economic growth in the South*, converted with amendments by law 3 August 2017 no. 123, as part of a series of interventions in support of the South. In the ZES, companies already operating or newly established can benefit from tax breaks and administrative simplifications. Therefore, these are areas that must be regulated with a purely economic strategic planning. With as many institutive d.p.c.m., eight ZES were established (Abruzzo, Calabria, Campania, Ionian Interregional Puglia-Basilicata, Adriatic Interregional Puglia-Molise, Eastern Sicily, Western Sicily, Sardinia). Here the source: <https://www.agenziacoesione.gov.it/zes-zone-economiche-speciali/>.

53 Cons. Stato, 10 January 2018, n. 2325 (meeting of 21 December 2017, favorable opinion with observations on Legislative Decree 91/2017). On the topic, see M. MENICUCCI, *Le zone economiche speciali (ZES) fra normativa nazionale e piani di sviluppo strategici regionali*, in *Riv. Dir. Nav.*, no. 1/2018, pp. 273 ff.; ID., *Le zone economiche speciali (ZES) ... due anni dopo*, in *Riv. Dir. Nav.*, no. 1/2020, pp. 353 ff.; see also S. TRANQUILLI, *Le “zone economiche speciali” e la coesione territoriale: indagine comparata nell’Unione Europea e analisi del tentativo italiano*, in *Dir. econ.*, no. 2/2020, pt. 2, pp. 427 ff., for which the Italian ZES experience, compared to their counterparts set up in other European countries, is still rather slow to produce really positive effects: «In Italy, despite the efforts made by the various levels of government to prepare and improve economic policies for the Mezzogiorno, the measures put in place to attempt to bridge the gap with other territorial, national, European and international realities continue to prove ineffective» (p. 458, our translation). On the broad topic of port planning, however, see the contribution of M. D’ARIENZO, S. PUGLIESE, *Pianificazione portuale in Italia alla luce dei riflessi della politica europea dei porti*, in *Dir. econ.*, n. 2/2020, pt. 1, pp. 305 ff.

54 PNRR, Mission 5 Component 3: Special interventions for territorial cohesion, pp. 129 ff. The Mission reserves a Reform and a specific Financial Investment for the ZESs.

55 The affirmation that it must be achieved through a quick construction of the areas is already explanatory of the dimension of development; italics of the writer.

The “strategy”, therefore, not only can intersect and be functionalized to very different objectives, but constitutes an element of elevation of the competent level of government, up to the national level. Consider, again, the well-known story of «strategic plants of national interest»: here the two terms – strategic and national – recur together, not without difficulty of interpretation in relation to the perimeter of the scope of application of the provisions that concern them. The ILVA case is undoubtedly among the best known: without retracing its events and jurisprudential stages here<sup>56</sup>, suffice it here to recall the most significant legislative intervention – which lit the fuse of the jurisdictional conflict which then continued in the years to come – was consolidated in Legislative Decree 3 December 2012, n. 207, converted with modifications in l. 24 December 2012, no. 231, which prescribed the continuation of activities - despite the judicial seizure of the plants - for the establishments whose “national

---

56 In this regard, see the reconstruction by R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitiva” della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, no. 4/2014, p. 651 ff., esp. pp. 680 ff., who underlines that the use of indeterminate legal concepts by the legislator reveals the hermeneutics of the other institutional actors – the Judge, *in primis* – as a source of «unexpected and enduring heuristic ability». There is no doubt that the jurisprudential arrest with the most significant systemic impact was that of the Constitutional Court, n. 85/2013, on which, among others and by no means exhaustive, see R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *Giur. cost.*, no. 3/2013, pp. 1505 ff.; L. GENINATTI SATÈ, “Caso Ilva”: la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto, in *Forum Quad. Cost.*, [https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2013/0008\\_nota\\_85\\_2013\\_geninatti\\_sat.pdf](https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2013/0008_nota_85_2013_geninatti_sat.pdf), 2013; M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in *Forum Quad. Cost.*, [https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2013/0010\\_nota\\_85\\_2013\\_massa.pdf](https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2013/0010_nota_85_2013_massa.pdf), 2013; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, no. 3/2013, [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2013\\_Onida\\_3.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2013_Onida_3.pdf); M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e “ragionevole” compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi.it*, no. 3/2014. The Ilva case then had aftermath, giving rise to two other significant jurisprudential interventions: Constitutional Court, 23 March 2018, n. 58, on which see D. PULITANÒ, *Una nuova “sentenza ILVA”. Continuità o svolta?*, in *Forum cost.*, n. 2/2018, pp. 604 ss.; e Corte EDU, 24 gennaio 2019, Cordella e a. c. Italia, about which see A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al ‘caso Ilva’*, in *Federalismi.it*, n. 12/2019. The sentence of the ECtHR of 2019 – still substantially unexecuted by the Italian State – saw the succession of other rulings of similar tenor: ECtHR, 5 May 2022, ref. nos. 4642/17 (Ardimento and ac Italy); 45242/17 (Perelli and ac Italy); 48820/19 (brigands and ac Italy); 14385/18 (EA and CA Italy); 37277/16 (AA and ac Italy), all published in official Italian translation in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20.page?facetNode\\_1=1\\_2%282022%29&selectedNode=1\\_2%28202205%29](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20.page?facetNode_1=1_2%282022%29&selectedNode=1_2%28202205%29).

strategic interest” was recognized<sup>57</sup> (not surprisingly, that provision went down in history as “Salva-Ilva”)<sup>58</sup>. The legislator did not define the conditions that led to the recognition of that qualification, leaving wide discretion to the Presidency of the Council of Ministers, whose decree was therefore entrusted with the task of labeling the establishments as “of strategic national interest”<sup>59</sup>. A legislative choice that ILVA, established in the constitutional proceedings, defended as pertaining to acts of “high administration”<sup>60</sup>. Acts of high administration which – despite the strong resistance of the Apulian territorial bodies, whose territory and whose inhabitants were (and, sadly, still are) marred by the polluting effects of the iron and steel plant<sup>61</sup> – dominate the lower levels of

57 According to the same Constitutional Court, in the aforementioned sentence n. 58/2013, «La qualificazione di cui sopra [impianto d’interesse strategico nazionale, n.d.r.] implica: a) che nello stabilimento sia occupato, da almeno un anno, un numero di lavoratori subordinati non inferiore a duecento, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni; b) che vi sia assoluta necessità di salvaguardia dell’occupazione e della produzione; c) che segua un provvedimento autorizzatorio del Ministro dell’ambiente, che pone la condizione dell’adempimento delle prescrizioni dell’AIA riesaminata, con il rispetto delle procedure e dei termini ivi indicati; d) che l’intervento sia esplicitamente finalizzato ad «assicurare la più adeguata tutela dell’ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili» (point 7.3 in law).

58 The “saga” of the so-called decrees Salva-Ilva still continues today, with the approval of the fifteenth decree: decree law 5 January 2023, n. 5, converted with modifications by l. 3 March 2023, no. 17. The provisions of this vein also have a significant impact on the criminal law of those accused of environmental crimes in the management of the iron and steel plant: on the latest decree, see F. BASILE, *Un nuovo decreto c.d. salva-ILVA: prime osservazioni su “nuovo” e “vecchio” scudo penale*, in *Sistema penale*, no. 2/2023, pp. 5 ff.

59 The art. 1, Legislative Decree 207/2012 (converted text), opens as follows: «In the event of an establishment of national strategic interest, identified by decree of the President of the Council of Ministers [...]». The legislator does not spend a word on the identification criteria.

60 Constitutional Court, no. 85/2013, cit., point 3.2.1. in fact: «Sarebbe infondata, in queste condizioni, la censura mossa all’art. 1 del decreto, per l’asserito contrasto con l’art. 3 Cost. Non sarebbe carente, in primo luogo, la fissazione dei presupposti per l’individuazione dell’interesse strategico nazionale, che attiene tipicamente alla sfera dell’alta amministrazione (è richiamata, a confronto, l’analoga disciplina dettata per l’esercizio di poteri straordinari nel settore della difesa ed in altri settori strategici: decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, recante “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”, convertito, con modificazioni, dall’art. 1 della legge 11 maggio 2012, n. 56)». On this point, the Constitutional Court will leave an eloquent *non liquet* in law.

61 See Tar Puglia, Lecce, I, 13 February 2021, n. 249, on the contingent and urgent ordinance of the mayor of Taranto which ordered the closure of some blast furnaces unless they were adapted to specific requirements: the Salento judge declared its legitimacy, rejecting the appeals of Ilva and Arcelor Mittal. However, the sentence was overturned by the Judge of Appeal, Cons. State, IV, 23 June 2021, n. 4802 because the order to stop the Ilva factories, issued by the Mayor of Taranto, was illegitimate, as there was no imminent danger.

government by virtue of the management of an interest that rises to the national level and to the strategic type. Interest thus covered, first of all, at the political level, of which the high administration acts implement<sup>62</sup> and on whose very implementation, as will be seen below, they have a decisive impact to the detriment of local levels.

Think of another case: the location of telecommunications systems (antennas, radio stations, *etc.*). The regulatory framework is provided by the law 22

62 The relationship between acts of high administration and political acts is slippery and still full of gray areas, the former finding themselves in the condition of being subject to review only for some profiles, compared to the unquestionability of the latter, of which, however, there is no definition in our legal system. This gap is filled by jurisprudence, according to which two requisites contribute to the notion of political act, one subjective and the other objective: on the one hand, it must be an act or provision issued by the Government, i.e. by the Administrative authority which is responsible for the function of political guidance and management at the highest level of public affairs, on the other hand, whether it is an act or provision issued in the exercise of political power, rather than in the exercise of merely administrative activity (Cons State, IV, 07 June 2022, n. 4636). From the extensive reconstruction by V. GIOMI, *L'atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2022, pp. 21 ff., it emerges that the enucleation of the act of high administration served to broaden the protection against a power which, given the evanescent limits of the political act, risked being excessively uncontrollable, whose immunity must therefore be limited to acts, a strict expression of the governmental approach: «Following the idea of “unhooking” the political act from the administrative function and from the functionalized administrative power, one begins to bring the political act back to the government function, trying to juridically identify the concept of political orientation function of which one would like the political act to constitute one of the natural expressions, as and if it comes from the Government, or more precisely, from the exercise of that peculiar power attributable and connoted to it from an inseparable bond to the political dimension which is manifested precisely in the political direction to implement the Constitution» (our translation). As also pointed out by G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, no. 3/2012, pp. 329 ss., which offers a comparative picture with other systems, «the extension of the category of acts of high administration corresponds to a decrease in the political act. And today, even on the dogmatic level, this category seems to be broadening beyond what was intuited in the seminal work on the subject. No longer simply administrative deeds ascribable to the political-administrative direction (directives, general deeds, planning deeds, etc.), in which the participation, often informally, of the social subjects with the interests involved is envisaged, but also punctual deeds, attributable to the political direction of the administration, in relation to the management of official relationships (assignments, appointments, removals, etc.), or in which the political direction is expressed directly, without the previous mediation represented by the address documents. These are acts identified on the basis of two criteria: being acts of administrative political orientation, and being characterized by a cause or reason of a political nature which expands their discretion and makes them questionable in terms of strict legitimacy (incompetence, violation of the law, illegality)» (our translation). The cases are wide, especially in the context of appointments and revocations of positions in entities governed by the public power: for example, the appointment of Chairman within the Board of Directors of RAI S.p.A. is an act of high administration («it is the act in which manifests the choice, based on the verified possession of



February 2001, no. 36, «Framework law on protection from exposure to electric, magnetic and electromagnetic fields», therefore a legislative provision aimed at minimizing exposure to electromagnetic pollution; therefore, again, oriented towards the protection of health. Not exactly an accelerating standard of interventions and new installations.

The fact is, however, that the art. 8 – which regulates the division of responsibilities between Regions, Provinces and Municipalities – was first modified by Legislative Decree 76/2020 (art. 38, paragraph 6) and then by Legislative Decree 13/2023 (art. 18, paragraph 8). Paragraph 6 of the aforementioned art. 8, in the original version, attributed to the Municipalities a regulatory power «to ensure the correct urban and territorial settlement of the plants and minimize the exposure of the population to electromagnetic fields». The result was a generalized localization power entirely the prerogative of the local bodies, which could plan the installation of the systems even excluding entire “sensitive” areas and sites, in which it was necessary to avoid exposure to electromagnetic waves (for example in the vicinity of schools )<sup>63</sup>.

---

the legal requirements, of the person deemed most suitable to hold that office in view of compliance with the programmatic objectives set by the primary source legislation and, therefore, this determination is not the expression of a free activity in the ends, but of an activity of high administration, and therefore, is subject to the general discipline of administrative acts», as well as the opinion of the Parliamentary Supervisory Commission, prescribed within the procedure by art. 49, co. 5, legislative decree n. 177/2005 («it is not the expression of a political discretionary activity (as such absolutely unquestionable), but rather, the manifestation of a judgment concerning, on the one hand, the professional competence of the chosen subject; on the other, the his suitability to be able to play, on the basis of the value of his previous professional career and, more broadly, biographically, a role of guarantee for the protection of pluralism and the objectivity of information, as indispensable safeguards of an authentically democratic system»), see Tar Lazio, III, 4 January 2020, n. 54.

<sup>63</sup> The jurisprudence confirmed this. See for example Tar Lazio, II, 1 June 2018, n. 6136: «The municipal regulation established by art. 8 paragraph 6, law no. 36 of 2001, in regulating the correct installation in the territory of the plants, may contain rules for the protection of sensitive areas from exposure to electromagnetic fields, also placing generalized prohibitions on the location of plants in the vicinity of sensitive sites such as schools and hospitals or parks or areas for games and sports, provided they do not impede network coverage of the national territory»; «In particular, this power may translate into the introduction both of rules to protect areas and assets of particular landscape, or environmental, or historical and artistic value, and in the identification of sites that, due to their intended use and the quality of the users, may be considered ‘sensitive’ to radioelectric immissions, and therefore unsuitable for the installation of plants to minimise the exposure of the population to electromagnetic fields».

The intervention of Legislative Decree 76/2020 – not surprisingly, called “Simplifications Decree” – was decisive for a change of course, marking a very heavy reduction in the municipal localization power, attributed «with the exclusion of the possibility of introducing limitations to localization in generalized areas of the territory of radio base stations for electronic communications networks of any type and, in any case, to affect, even indirectly or through contingent and urgent measures, the limits of exposure to electric, magnetic and electromagnetic fields, the attention values and quality objectives, reserved to the State [...]». So, today<sup>64</sup>, the Municipality can only adopt location criteria and cannot – on the contrary – introduce any limits to the location itself, regardless of the identification of any sensitive sites<sup>65</sup>: this also because the local authority cannot act as an obstacle to the national interest in guaranteeing telephone and telecommunication coverage («the power attributed to the municipal administration to identify the areas where to place the systems is conditioned by the fact that the exercise of this faculty must be aimed at the creation of a complete network of telecommunications infrastructures, such as not to prejudice the national interest in the coverage of the territory and the efficient distribution of the service»)<sup>66</sup>.

Undoubtedly, therefore, the centralizing impulse of the interest of the State, when it comes to strategic choices for the country: a qualification, this, which appears to have a pivotal capacity and which legitimizes the amputation of local territorial interests – which moreover they can also relate to the health

---

<sup>64</sup> The latest interpolation by art. 18, co. 6, Legislative Decree 13/2023 (section «Measures regarding digital infrastructures and the purchase of IT goods and services instrumental to the implementation of the PNRR, as well as the digitization of procedures», expressly oriented according to the explanatory report to «simplify the purchases of goods and IT services instrumental to the creation of the PNRR») introduces a reference to articles 43, 44, 45, 46, 47 and 48 of the legislative decree 1 August 2003, n. 259, which lay down provisions on access to the ground and related to networks and systems.

<sup>65</sup> *Ex multis*, Tar Lombardia, II, 19 May 2022, n. 1153: «the identification of a single area or restricted portions of the territory where to place the plants based on the pursuit of exclusively local urban planning interests is not permitted, constituting a limit to the location (not permitted) and not a criterion location (allowed)».

<sup>66</sup> Tar Lombardia, II, no. 1153/2022, cit.

of the community, as well as to the protection of landscape views, therefore to interests that are detached from the purely local dimension because they coincide with adespotic values – and of the Administrations set up for their protection.

This happens with even more accentuated force in the current juncture of time, in which the political-administrative direction of the country marks a clear relevance for national interests – just think of the PNRR, in which, moreover, the term “strategic” in its variants occurs over 50 times – for the implementation of which measures expressly aimed at construction sites, centralizing the decision-making power in the state political authority and through mechanisms for overcoming the dissent of the territorial administrations through measures of high administration are launched.

##### **5. The mechanisms for overcoming dissent with respect to strategic choices: the law decree no. 77/2021**

Now, there is no doubt that the centralization of responsibilities and powers is linked to a national interest: which takes on specific features, since – as expressed by the provision contained in the governance discipline of the PNRR<sup>67</sup> – «the national interest in prompt and punctual implementation of the interventions assumes pre-eminent value»<sup>68</sup>.

«Prompt and punctual», says the law. Time assumes a fundamental role in the implementation of choices of national strategic interest: especially in the mechanisms of the PNRR, whose diachrony is measured, in accordance with its Union founding source<sup>69</sup>, in milestones and targets every six months. The

<sup>67</sup> Legislative Decree 31 May 2021, n. 77, «Governance of the national recovery and resilience plan and first measures to strengthen the administrative structures and to speed up and streamline procedures».

<sup>68</sup> It is the dictate of the art. 1, co. 2, Legislative Decree 77/2021.

<sup>69</sup> Article 2(4) of Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 establishing the Facility for Recovery and Resilience identifies ‘milestones and targets’ as measures of progress towards the realisation of a reform or investment, with ‘milestones’ being qualitative results and ‘targets’ being quantitative results. On the basis of this provision, in the definitions contained in Circular No. 21/2021 of the Accountant General of the State providing technical instructions for the selection of PNRR projects (in [https://www.rgs.mef.gov.it/\\_Documenti/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2021/21/Circolare-del-14-otto-](https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2021/21/Circolare-del-14-otto-)

disbursement of the various installments of grants and loans recognized in favor of our country depends on the achievement of the results connected to the milestones and objectives (targets) expiring in each semester<sup>70</sup>.

Since the timing of decisions assumes central importance – perhaps even more than their quality – it is with it that the result to be achieved coincides: in short, we return to the «logic of the result»<sup>71</sup>. This facilitates the centralization of skills<sup>72</sup>.

As part of the desire to achieve the goal, a governance of the PNRR is therefore established – as is now known – which defines in advance the issues relating to the implementation of the plan and the advance definition of any issue that could lead to delays in the execution, especially in the dialogue with the local administrations. It is the task assumed precisely by Legislative Decree 77/2021, which «dictates, in its first part, provisions on the governance of the National Recovery and Resilience Plan, describing a system articulated on dif-

---

*bre-2021-n-21.pdf*), milestone should be understood as the ‘qualitative goal to be achieved through a given PNRR measure (reform and/or investment), which represents a commitment agreed with the European Union or at national level (e.g. legislation adopted, IT systems fully operational, etc.)’, while ‘target’ means the ‘quantitative goal to be reached through a certain measure of the NRP (reform and/or investment), which represents a commitment agreed with the European Union or at national level, measured by a well-specified indicator (e.g. number of kilometres of rail built, number of square metres of building renovated, etc.)’.

70 A. TABACCHI, *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *Federalismi.it*, no. 9/2023, clarifies that «Unlike what happens for other spending programs financed by the European Union, therefore, the disbursement of resources is not directly connected to the physical progress of investments or interventions to be implemented, but essentially depends on the achievement of the results foreseen in the annex to the implementing decision of the Council of the European Union which approved the PNRR» (p. 2, our translation).

71 Although this is then brought back to the more general principle of good performance. In this regard, M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022, p. 151: «Il rilievo del tempo, in questa programmazione per obiettivi, trova la sua chiave costituzionale nel principio di buon andamento: il migliore uso dei mezzi disponibili (efficienza) deve servire al maggior grado di soddisfazione della domanda della società (efficacia). È questa la lettura da dare alla c.d. “logica di risultato”. Non mera questione di organizzazione degli uffici, ma risposta al bisogno di prestazioni essenziali (art. 117, 2° comma, lettera m), Cost.) in una fase socio-economica in cui assume primaria importanza l'azione propulsiva dei poteri pubblici».

72 Also M. MIDIRI, *Il tempo*, cit., p. 150, states that «Nel sistema delle Amministrazioni centrali si è individuato il fulcro del sistema: scelta organizzativa ritenuta necessaria considerati i tempi stretti, e con il recupero delle autonomie nella fase di gestione».

ferent levels. The different strategic roles played by the central and peripheral state administrations are defined, as well as the modalities of dialogue with the European authorities. The second part of the decree provides for a series of simplification measures affecting the most sensitive sectors affected by the axes of the PNRR and aimed at facilitating their full implementation»<sup>73</sup>.

Therefore, alongside the centralization, there are procedural mechanisms for overcoming dissents, denials, oppositions and other equivalent acts, coming from territorial administrations. Two, in particular: the activation of substitute powers (art. 12) and the specific overcoming of dissent (art. 13).

### 5.1. Art. 12: the substitute power. Few tips

Substitute powers are activated “in the event of failure by the Regions, Metropolitan Cities, Provinces or Municipalities to comply with the obligations and commitments aimed at implementing the PNRR and assumed as implementing bodies”<sup>74</sup>. In the broader framework of the «ordinary» and «extraordinary» substitution<sup>75</sup>, the exercise of these powers is subject to the occurrence

<sup>73</sup> It is the explanatory report to Legislative Decree 77/2021, in [http://www.assimpredilance.it/doc\\_portale/cont/Relazione\\_illustrativa\\_DL\\_77\\_2021.pdf](http://www.assimpredilance.it/doc_portale/cont/Relazione_illustrativa_DL_77_2021.pdf). It should be noted that since the opening, quoted in the text in italics, the adjective “strategic” has been used.

<sup>74</sup> Explanatory report to Legislative Decree 77/2021, cit., art. 12, p. 5.

<sup>75</sup> On the exercise of substitutive power from State level – both of a normative and administrative nature – one can only refer to the numerous contributions that have dealt with it especially following the constitutional reform of 2001, when the hoped-for extension of powers of the territorial Autonomies had to counterbalance an extraordinary power of government intervention where required by the national interest, pursuant to art. 120 of the Constitution: «In via generale, nei modelli istituzionali in cui sono riconosciute agli enti territoriali funzioni normative ed amministrative di particolare ampiezza, in caso di inerzia o insufficiente attività delle autonomie locali, è necessario predisporre degli strumenti idonei a garantire efficacemente la tutela di interessi nazionali, al fine di preservare un certo grado di uniformità giuridica, economica e sociale nell’ordinamento: la sostituzione è istituto presente sia negli ordinamenti caratterizzati da un “federalismo duale”, sia in quella espressione di un “federalismo cooperativo”. Nella fase antecedente alla l. cost. n. 3 del 2001, il nostro ordinamento conosceva già, sia pure nella sola legislazione ordinaria, il potere sostitutivo del Governo nei confronti degli enti territoriali: anzi [...], tale istituto risultava essere necessariamente correlato al processo istituzionale di decentramento amministrativo, avviato dagli anni settanta, e sviluppatosi ulteriormente negli anni novanta a seguito dell’approvazione delle leggi “Bassanini” [...]. Malgrado non sia stato espressamente abrogato né dal nuovo art. 120 Cost. né dalla legislazione successiva attuativa (segnatamente l. n. 131 del 2003) purtuttavia è da ritenere che l’art. 5 d.lgs. n. 112 del 1998 sia stato implicitamente superato: la disciplina generale della sostituzione del Governo nei confronti delle Regioni e degli enti locali è infatti oggi organicamente prevista dall’art. 8 l. n. 131 del 2003, in essa sono stabiliti i presupposti e le modalità di svolgimento del potere sostitu-

of two essential assumptions, alternative to each other: failure to comply with obligations and commitments aimed at implementing the PNRR assumed as implementing bodies<sup>76</sup>; putting at risk the achievement of intermediate and final objectives of the PNRR<sup>77</sup>.

Incidentally, it should be remembered that our legal system has already known a similar experience (when in 2014 the interest in attracting loans to our

---

tivo statale». This is how the system that was just born in 2001, for R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 Cost.)*, in *Giur. cost.*, n. 5/2004, pp. 3390 ff., which points out that the substitutive power of art. 120, paragraph 2, Constitution (specific to the state government) constitutes, in this context, one of the main instruments guaranteeing the principle of unity and indivisibility of the Republic sanctioned by art. 5 of the Constitution, exercisable in case of system “pathologies”.

Among the constitutionalists who have dealt with the topic, F. BASSANINI, *Attuazione regionale di direttive comunitarie e intervento sostitutivo del Governo*, in *Le Regioni*, 1977, pp. 148 ff.; P. CARETTI, *Potere sostitutivo dello Stato e competenze regionali in attuazione di obblighi comunitari*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 2223 ff.; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (eds.), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Turin, 2001, pp. 183-184, G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, Cost.*, in *Ist. fed.*, 2002, pp. 733 ff.; G.M. SALERNO, *La disciplina dei poteri sostitutivi tra semplificazione e complessità ordinamentale*, in *Federalismi.it*, 2002, pp. 355 ff.

In particular, on the side of administrative law, see F.G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, in AA.VV., *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale. Atti del convegno di studi amministrativi (Cagliari 19-20 dicembre 1980)*, Milan, 1983; A. POLICE, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi: la funzione amministrativa nello Stato plurale*, in L. CHIEFFI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA (eds.), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Turin, 2004; G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Turin, 2013; M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Dir. soc.*, 2017, pp. 361 ff.; V. CERULLI IRELLI, *Art. 8*, in AA.VV., *Legge “La Loggia”. Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131, di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, pp. 173 ff.; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padua, 2004.

<sup>76</sup> Assumptions thus identified by A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 137, who also believes that the non-compliance with obligations or commitments by the implementing subjects may also result in defaults or delays of the executing subjects, involved in the implementation of the interventions, since in fact their conduct reflects on that of the subjects actuators.

<sup>77</sup> According to A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 140, the formula «intermediate and final objectives» can include both the milestones and targets, as well as the further elements of the time schedule for the implementation of the measures, which are not relevant for the purposes of the payment of the instalments, but have the function of monitoring the implementation of the Plan and are reported in the computerised management and reporting system of the Plan, ReGiS (procedural steps, further steps and Italian milestones). This extension could apparently constitute an extension of the formula contained in Decree-Law No. 77 of 2021, but it seems possible to affirm that delays or non-fulfilment with respect to steps of the timetable relevant only for internal purposes may, in any case, take on significance as indicators of risk of failure to achieve European objectives and milestones, which take on significance for the purposes of the payment of instalments of European financing.

country became a priority, so much so as to adopt “salvation” decrees for Italy<sup>78</sup>), an experience in which the exercise of substitutive power proved to be problematic<sup>79</sup> in commissioner form<sup>80</sup> and in which the intervention of the Constitutional Court became necessary to rebalance the relationship between the center and the periphery of the government levels<sup>81</sup>. In fact, in 2014, the substitutive powers became fully operational in the procedures aimed at ensuring the effective implementation of interventions financed with European

---

78 The obvious reference is to the legislative decree 12 September 2014, n. 133, conv. with modifications from law 11 November 2014, no. 164, the so-called Sblocca Italia decree: the regulatory intervention had significant repercussions on the simplification of urban planning and construction, not without the difficulty of offering a compatible interpretation with the general provisions on the administrative procedure referred to in Law 241/90. For all, see the monographic dossier AA.VV., *Gli effetti del decreto legge Sblocca-Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul testo unico dell'edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, supplement to no. 6/2014, edited by M.A. Sandulli, which collects the proceedings of the Conference between AIPDA and AIDU.

79 Provided by art. 12, Legislative Decree no. 133/2014, according to which in the event of ascertained non-compliance, inertia or delay in the implementation of interventions co-financed by the European Union or drawing on national funds for cohesion policies, the President of the Council of Ministers or, on his delegation, the Minister for the South and Territorial Cohesion may exercise the substitutive powers referred to in article 9, paragraph 2, of decree-law no. 69 of 2013.

80 M.R. SPASIANO, *Osservazioni sull'istituto del commissariamento nel decreto Sblocca-Italia*, in *Riv. giur. ed.*, suppl. to no. 6/2014, pp. 61 ff., esp. p. 62, for which in many cases the commissioner demonstrates the failure of the policy of incentives for local autonomies. Solutions of a substantially centralist nature are put in place without formally changing (for the moment) the distribution of responsibilities between the different levels of government (which would require a radical intervention of constitutional reform), nor is defined a new management model; the Author continues: “the national interest of an initiative must not constitute a mere *éscamotage* for the recall to the State of the competences of others [...], but rather represent the fruit of a demonstrated and motivated need at an ultralocal level. In the same way, the principles of solidarity and adequacy cannot simplistically be apodictically invoked to legitimise forms of subtraction of competences, distancing the citizen from his interest in the *res communis*, which at that point does not belong to him, and - not affecting it in any way - he “bears”» (see p. 65, our translation).

81 Constitutional Court, 21 January 2016, n. 7, for which, in the issue of «government of the territory», as far as it is relevant here, The State can resort to the subsidiarity call “in order to allocate and regulate an administrative function (judgment n. 303 of 2003) even when the matter, according to a criterion of prevalence, belongs to the concurrent, or residual, regional jurisdiction” (judgment no. 278 of 2010). The Court stated in this regard that – because in the matters referred to in art. 117, third and fourth paragraph, of the Constitution, a state law can legitimately attribute administrative functions at a central level and at the same time regulate their exercise, it is first of all necessary that it respects the principles of subsidiarity, differentiation and adequacy in the allocation of administrative functions, responding to the needs of unitary exercise of these functions. Furthermore, it is necessary for this law to dictate a logically pertinent discipline, therefore suitable for the regulation of the aforementioned functions, and which is limited to what is strictly indispensable for this purpose. Lastly, it must be adop-

Union resources<sup>82</sup>: it was up to the Government – also through the appointment of extraordinary commissioners – to ensure «the competitiveness, cohesion and economic unity of the country».

However, the centralization of responsibilities was opposed by the Apulia Region, which appealed to the Constitutional Court complaining that the regulatory intervention that allowed it had conversely marginalized the regional role: even more because the administrative functions had, yes, been centralised; but in matters of concurrent legislative competence<sup>83</sup>. The Judge unequivocally

---

ted as a result of procedures which ensure the participation of the levels of government involved through instruments of sincere collaboration or, in any case, must provide for adequate cooperation mechanisms for the concrete exercise of the administrative functions assigned to the central bodies. Therefore, with reference to the latter profile, in the persistent absence of a transformation of the parliamentary institutions and, more generally, of the legislative procedures – even only within the limits of the provisions of art. 11 of the constitutional law of 18 October 2001, n. 3 (Amendments to title V of the second part of the Constitution) – State legislation of this type “can aspire to pass the scrutiny of constitutional legitimacy only in the presence of a discipline that prefigures a process in which the concerted activities and horizontal coordination, i.e. the agreements, which must be conducted on the basis of the principle of loyalty” (judgment no. 303 of 2003).

82 Precisely provided for by the aforementioned art. 9, co. 2, Legislative Decree June 21, 2013, n. 69, converted, with modifications, by l. 9 August 2013, no. 98: «Al fine di non incorrere nelle sanzioni previste dall'ordinamento dell'Unione europea per i casi di mancata attuazione dei programmi e dei progetti cofinanziati con fondi strutturali europei e di sottoutilizzazione dei relativi finanziamenti, relativamente alla programmazione 2007-2013, in caso di inerzia o inadempimento delle amministrazioni pubbliche responsabili degli interventi, il Governo, allo scopo di assicurare la competitività, la coesione e l'unità economica del Paese, esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione secondo le modalità procedurali individuate dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, dagli articoli 5 e 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, e dalle disposizioni vigenti in materia di interventi sostitutivi finalizzati all'esecuzione di opere e di investimenti nel caso di inadempienza di amministrazioni statali ovvero di quanto previsto dai contratti istituzionali di sviluppo e dalle concessioni nel caso di inadempienza dei concessionari di servizi pubblici, anche attraverso la nomina di un commissario straordinario, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, il quale cura tutte le attività di competenza delle amministrazioni pubbliche necessarie per l'autorizzazione e per l'effettiva realizzazione degli interventi programmati, nel limite delle risorse allo scopo finalizzate. A tal fine, le amministrazioni interessate possono avvalersi di quanto previsto dall'articolo 55-bis del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, e successive modificazioni».

83 As denoted by G. PIZZOLEO, *Il decreto “Sblocca Italia” al vaglio della Corte costituzionale: esercizio unitario delle funzioni amministrative e mancato coinvolgimento della Regione interessata (nota alla sent. n. 7 del 2016)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2016, p. 9 (our translation), «often, the already thin line that separates the call to subsidiarity from the indiscriminate centralization of such tasks and functions can blur until it resolves itself into a legislation (*rectius*: standardization) that is constitutionally illegitimate or, at least, studded with questionable aspects in point sincere collaboration between entities. This is because, by virtue of the principle of legality that informs the dynamic mechanism set up by art. 118 of the Constitution, if the State takes over an administra-



established that, in the matter of “government of the territory”, the State could not take over administrative functions exclusively – including the appointment of an extraordinary Commissioner who approved projects and oversaw their entire execution – without proceeding to “strong agreements”<sup>84</sup> with the Regions involved in the interventions. The need for unity and effectiveness in the achievement of interests of national strategic importance, however worthy, could not be satisfied by eliminating sub-state governmental and territorial levels and their interests. With an effective formulation, the Constitutional Judge has thus expressed a cardinal principle: the sub-state levels of government must not only be involved with concertation procedures, but their dissent must also be protected in those concerts. Dissent which, moreover, is not relevant only when it concerns sensible interests, but must be considered globally in relation to all the sub-state interests affected by the intervention<sup>85</sup>. This is because «the complexity of the social phenomena on which legislators intervene is expressed, as a rule, in a dense network of relationships, in which it will hardly be possible to isolate a single interest: it is, rather, the opposite rule that

---

tive function for itself, out of subsidiarity, the same must be – necessarily – regulated by state law (so-called legislative subsidiarity); and this also where the object concerned exceeds the limit of exclusivity established by art. 117, paragraph 2, of the Constitution, touching on competing matters (art. 117, paragraph 3, of the Constitution) and even matters falling within the residual competence referred to in art. 117, paragraph 4, of the Constitution. In this perspective, therefore, it is evident that the interweaving of administrative powers and functions determines the weakening of the material division envisaged by art. 117 of the Constitution and poses the problem of coordination between the various levels of government involved (therefore, mainly between the State and the Regions».

84 That is «not surmountable with a unilateral determination of the State except in the “extreme hypothesis, which occurs when the experimentation of further bilateral procedures has proved to be ineffective”» (pt. 2 in law).

85 The Court affirms that the space taken away from the Region in the context of the approval of the strategic projects covered by the contested regulations is not recovered even «in the context of the conference of services, which the Commissioner convenes within 15 days of the approval of the projects, because the reasoned dissent of the Region activates the concertation procedures provided for by art. 14-quater, paragraph 3, of the law of 7 August 1990, n. 241 (New rules on administrative procedure and right of access to administrative documents) only for profiles relating to “environmental, landscape-territorial protection or historical-artistic heritage, or the protection of health and public safety”. On the other hand, *it is clear that, in order to achieve the ‘co-determination’ of the act (judgment no. 378 of 2005), the Region must be placed on an equal footing with the State, with regard to the entire bundle of regional interests on which the administrative function impacts*» (our italics).

one has to find in the concrete regulatory dynamics, or the confluence in the laws or in their individual provisions of distinct interests, which can well be distributed differently along the axis of the regulatory competences of the State and the Regions. In such cases, this Court cannot exempt itself from assessing, first of all, whether one matter prevails over the others (judgments no. 50 of 2005 and no. 370 of 2003), bearing in mind that, by means of such an expression, the proprium of the judgment is synthetically summarized, or the identification of the competence of which the provision is a manifestation. When it is not possible to conclude in the sense just indicated, there is a hypothesis of “competition of competences” (judgment n. 50 of 2005), which requires the adoption of the “canon of loyal collaboration, which requires state law to prepare adequate tools for involving the Regions, to safeguard their competences” (judgments no. 88 of 2009 and no. 219 of 2005)” 88 of 2009 and no. 219 of 2005)» 88 of 2009 and no. 219 of 2005)»<sup>86</sup>.

Well, the current regulatory confusion – held by the red thread of the crushing of the role of the territorial Autonomies<sup>87</sup> – repropose the activation

<sup>86</sup> Constitutional Court, 22 July 2010, n. 278, on which see L. VESPIGNANI, *Supplenza della corte o justice à la carte? (a margine della sentenza 22 luglio 2010, n. 278)*, in *Federalismi.it*, no. 19/2010; and M. CECCHETTI, *La Corte “in cattedra”! Una emblematica “sentenza-trattato” che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*, in *Le Regioni*, no. 5/2011, pp. 1064 ff.

<sup>87</sup> A. LERRO, *Governance del PNRR e rapporti fra centro e autonomie territoriali. Art. 12, d.l. 77/2021 in materia di poteri sostitutivi, quale impatto sul regionalismo italiano?*, in *IPOF*, n. 2/2022, pp. 143 ss., believes that the regulatory device, following the art. 8, ln 131/2003 (the so-called La Loggia law), authorizes the exercise of substitutive powers of the Government *vis-à-vis* the territorial Autonomies in a very extended form, relegating – even in the Conferences – the local Authorities to a purely consultative role: «Pare, infatti, che il ruolo degli enti territoriali sia quasi unicamente consultivo, sicché la decisione sarebbe appannaggio pressoché esclusivo del Governo, *rectius* della Presidenza del Consiglio. Ciò è evidenziato dalla disciplina della Cabina di regia e del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale; si aggiunga l'idoneità delle materie di competenza esclusiva statale *ex artt.* 117, co. 2 lett. a, Cost. 67 e 117, co. 2 lett. m, Cost. ad intervenire su materie riconducibili alle sfere di attribuzioni regionali. Tuttavia, la disposizione che più di altre potrebbe definire i futuri rapporti fra centro e periferia è l'art. 12 del decreto, grazie al quale il Governo dispone, potenzialmente, di un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio del potere sostitutivo. Se il Governo dovesse attivare diffusamente l'esercizio dei poteri sostitutivi, alle Regioni residuerebbe un ruolo evidentemente marginale nell'attuazione del PNRR» (p. 156). See also C.B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *Federalismi.it*, no. 24/2022, esp. p. 60: «l'impronta centralistica della *governance* si ravvisa nel ruolo marginale riservato al sistema delle autonomie territoriali, i cui esponenti, nonostante molti degli obiettivi del

scheme of that power<sup>88</sup> and introduces more firm mechanisms for overcoming the disagreements expressed in the conference venues by the local authorities.

## 5.2. Art. 13: the overcome of the dissent. Substantial profiles

It will not be surprising, given these premises, that Legislative Decree 77/2021, in art. 13, has – probably on purpose, systematically after art. 12 dedicated to the substitute power – legitimized the Government to unilaterally overcome the disagreements of the territorial Administrations where, in fact, there are strategic PNRR projects of national interest<sup>89</sup>, to realize.

---

Piano ricadano in materie di competenza regionale, siedono solo a titolo eventuale e senza alcuna particolare autorità decisionale nei suoi principali organi ed il cui apporto a livello di indirizzo politico nell'attuazione delle strategie intraprese si rivela essere quasi del tutto assente, data la mancata previsione di meccanismi di partecipazione ai lavori preparatori che rischiano di relegare tale presenza ad una pura formalità istituzionale». The Author identifies among the critical points of the art. 12, Legislative Decree 77/2021, the structural limits of the substitutive instrument, conceived to intervene ‘downstream’ of a decision-making process that, instead, ‘already upstream’ of institutional action should have clear priority policy logics on which to intervene, especially if insisting on matters of shared competence, through the identification of those necessary points of balance between potentially conflicting legal interests (see p. 68).

88 In force of the principles dictated by the constitutional jurisprudence on art. 120, co. 2 of the Constitution, also re-proposed in the explanatory report to the decree: the substitutive powers: a) must be provided for and governed by the law, which must define the substantive and procedural prerequisites, in compliance with the principle of legality; b) must be activated only in the event of ascertained inaction by the Region or by the replaced local body; c) must concern only acts or activities without discretion in the year, the obligatory nature of which is the reflection of the unitary interests which the replacement intervention provides for safeguarding; d) they must be entrusted to government bodies; e) they must respect the principle of sincere collaboration within a proceeding in which the replaced entity can assert its reasons; f) must comply with the principle of subsidiarity (judgment no. 171 of 2015, which recalls judgments no. 227, no. 173, no. 172 and no. 43 of 2004). See the text at [http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/D21077c\\_vol.1.pdf?\\_1648575978210](http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/D21077c_vol.1.pdf?_1648575978210), p. 77 of the report.

89 Lastly, see P.L. PORTALURI, *Autonomia differenziata e interesse nazionale nel rapporto fra Stato e Regioni: per un modello procedimental-consensuale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023, who believes that the suppression of the express “national interest” clause in the constitutional provision pursuant to art. 120, co. 2 of the Constitution – far from overcoming its use in limiting the regional legislative power – still constitutes a problematic aspect of the effective implementation of the principle of “unity and indivisibility” of the Republic referred to in art. 5 of the Constitution, today no longer entrusted to the “domain of the preliminary ruling”, but rather “to procedural and (at least tendentially) consensual relations, without prejudice to the role of the State as the ultimate decision maker”.

On the too “casual” use of this clause by the state level of government, as a limit to the regional legislative power, it is appropriate to refer to a reflection formulated close to the reform of Title V by B. CARAVITA DI TORITTO, *In tema di “interesse nazionale” e riforme istituzionali*, in *Federalismi.it*, no. 6/2003, an editorial in which a long passage from a sentence of the Constitutional Court prior to the reform itself is quoted - and therefore to the introduction of art. 120

Only to provide the essential, substantial lines of the provision under consideration.

First of all, the conditions in order to activate the procedure for overcoming dissent: differently from art. 12, relating to substitutive powers, a concrete jeopardization of the objectives of the PNRR time schedule is not required (indeed, the provision makes no reference to the non-compliance with obligations and commitments aimed at implementing the PNRR undertaken as implementing bodies; nor to the jeopardizing the achievement of intermediate and final objectives of the PNRR). If, in other words, for the exercise of substitutive powers it is generally required that an intermediate or final objective of the Plan be put at risk, to activate the procedure for overcoming disagreements it is instead sufficient that the act of dissent is liable to preclude in whole or in part the implementation of an intervention: government intervention is legitimized – in anticipation – by the mere endangerment of the objective considered from time to time. The provision does not look at the overall objectives of the Plan, nor at its milestones, but at specific «interventions falling within the PNRR» (as stated by the provision)<sup>90</sup>.

What can be understood, then, by «dissent, denial, opposition or other equivalent act», it is a hermeneutical question that leads to affirming that it could be any opposition act - of any of the Administrations involved in the decision-making process<sup>91</sup> – which, beyond the *nomen juris*<sup>92</sup>, is essentially an im-

of the Constitution as we know it today – or Constitutional Court, n. 177/1988. In that contribution, the A. predicted that the La Loggia law, n. 131/2003, would shortly thereafter highlight «the dramatic difficulty of rationally managing the division of legislative power between the State and the Regions, the distribution of administrative functions between the different levels of government and the consequent construction of a system of fiscal federalism» (our translation).

<sup>90</sup> For this reason, the art. 13 is very close to the exercise of substitutive powers envisaged by the so-called residual clause pursuant to art. 12, co. 4, Legislative Decree 77/2021, or in all cases in which situations or events impeding the implementation of projects included in the PNRR cannot otherwise be overcome quickly.

<sup>91</sup> The art. 13 also applies to dissent expressed by state administrations, therefore not necessarily territorial.

<sup>92</sup> As known, the principle of typicality of administrative acts – which correlates to the principle of legality on which see the reference to G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (ed.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milan, 2015, pp. 31 ff., esp. p. 34 – is

pediment to the approval of the intervention or, more broadly, to its implementation. In short, more than the type of opposition act, its “blocking suitability” counts. This implies, on the one hand, the breadth of the objective scope of application of the provision, a scope that goes beyond the “labels” of acts of dissent; on the other hand, the inapplicability of the rule itself where there are – properly – acts of dissent (negative opinions, conditioned opinions, oppositions of various kinds), but without that “blocking suitability”, since they are susceptible to being overcome through the mechanisms already identified – at least – by law no. 241/1990<sup>93</sup>.

---

not resolved in a mere formalism, but looks at the concrete tenor and purpose of the act itself for the purpose of its classification: The exact classification of a measure must be carried out taking into account its actual content and its real cause, even regardless of the *nomen juris* formally attributed by the Administration, with the consequence that the appearance deriving from terminology that may be imprecise or improper, used in the textual formulation of the deed itself, is not binding nor can it prevail over the substance and neither does it determine per se a defect of legitimacy of the deed provided, of course, that the formal and substantive prerequisites corresponding to the power actually exercised exist (*ex multis*, Tar Trentino Alto-Adige, I, 5 January 2023, no. 1).

<sup>93</sup> The obvious reference is to the provisions on dissent expressed in the conference of decision-making services, which – albeit with the changes that have taken place over the years – govern the overcoming of the dissent itself by referring the deal to the Council of Ministers to protect sensitive interests. In fact, it is known that the conference of services decides according to the so-called criterion of prevalence («on the basis of the prevailing positions», pursuant to art. 14-ter, co. 7, law no. 241/1990), which is «rule from the content flexible which, compared to the rigidity of the majority method, makes it possible to concretely evaluate, based on the nature of the interests involved, the importance of the contribution of the single authority and the type of their possible dissent»: thus, Cons. Stato, VI, 21 October 2013 n. 5084. This can happen where the Administrations that express themselves negatively during the conference protect qualified interests: for example, think of the Superintendency and the Park Authority which formulate a reasoned and insurmountable dissent (when the argumentative content of the disagreements in question is «such as to correlate an insurmountable negative value to the typology and nature of the intervention, regardless of any expedient during the implementation», Tar Molise, I, 7 October 2019, n. 316) and the proceeding Administration provides with motivated determination of negative conclusion of the conference of services instead of referring the matter to the Council of Ministers. In this case, as stated by Tar Molise, I, n. 316/2019, cit., in the hypothesis in which an Administration responsible for the protection of qualified interests expresses its dissent in line with a prevailing orientation of the same tenor (that is, as in the present case, negative), the conference concludes with the adoption by the proceeding authority of the reasoned determination of conclusion of the proceeding as envisaged by the aforementioned article 14-ter, paragraph 6-bis, without activating the referral to the Council of Ministers. The rationale of the special rule established by art. 14-quater, paragraph 3 is, in other words, to refer the question to the Council of Ministers in order to prevent the conference of services, in the presence of particularly significant interests, from being concluded on the basis of the criterion of prevalence with possible prejudice of values such as the environment, the landscape, the historical-artistic heritage, health and public safety. A hypothe-

Therefore, the relationship between the 13, legislative decree no. 77/2021 and the homologous provision – art. 14-*quinquies* – of law no. 241/1990 is such that the first one finds application in all those cases in which the procedure for overcoming the dissent envisaged by the general provision cannot be applied: this is by virtue of a literal and systematic interpretation of the framework regulatory framework, both by reason of the express legislative provision which qualifies the procedure envisaged therein as residual and by the qualified nature of the dissent considered by article 14-*quinquies* of law no. 241/1990, which, as expressed by administrations holding sensitive interests, justifies the application of an *ad hoc* procedure, placed as a particular guarantee of the interests represented by those Administrations<sup>94</sup>.

However, there's a possible overlap between the areas of application of art. 13 and of the art. 14-*quinquies*, where, for the purposes of implementing interventions falling within the PNRR, it is necessary to hold a conference of services which envisages the participation of Administrations holding qualified interests. Think, once again, of the Special Economic Zones (already identified with the acronym ZES<sup>95</sup>), established with the regulation pursuant to Legisla-

sis that goes beyond the trend of the decision-making conference that is the subject of the dispute (where, in fact, the Administrations holding qualified interests had expressed an insurmountable dissent and therefore the danger of prejudice did not exist).

<sup>94</sup> See A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 154.

<sup>95</sup> It should be remembered that the ZES can be established in regions with a per capita GDP of less than 75% of the European average: in Italy these are the regions of Sicily, Calabria, Basilicata, Puglia and Campania, while they are regions in transition (with a per capita GDP between 75 % and 90% of the European average) the regions of Sardinia, Abruzzo and Molise. The Special Economic Zone is defined as a geographically delimited and clearly identified area, located within the borders of the State, also made up of non-territorially adjacent areas, provided they have a functional economic nexus, and which includes at least one port area forming part of the network overview of the trans-European transport networks, defined by regulation (EU) no. 1315 of 11 December 2013. The purpose of the Special Economic Zones is to create favorable conditions in economic terms, financial and administrative, which allow the development of existing businesses and the establishment of new businesses. These companies are required to comply with national and European legislation, as well as with the provisions adopted for the functioning of the ZES itself and benefit from special conditions. In particular, companies that start a program of entrepreneurial economic activities or make incremental investments within the ZES can take advantage of the reduction in the terms of the proceedings and the simplification of the obligations with respect to the legislation in force (see the explanatory documentation of the Chamber at the link [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104404.pdf?\\_1686803468712](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104404.pdf?_1686803468712)). These companies are required to com-

tive Decree 91/2017: art. 5-*bis* of this decree governs the release of the Single Authorization for the implementation of «projects relating to economic activities or the setting up of industrial, production and logistics activities within the ZES, not subject to certified reporting of the start of activity. The single authorization, where necessary, constitutes a variant of the urban planning and territorial planning instruments, with the exception of the regional landscape plan», therefore it imposes itself on the municipal instruments; the Authorization is issued by the Extraordinary Commissioner for the ZES – appointed by the government but, from 2021, «in agreement with the President of the Region concerned»<sup>96</sup> – following a special conference of services to which «all the competent administrations are summoned, also for the protection of the envi-

ply with national and European legislation, as well as with the provisions adopted for the functioning of the ZES itself and benefit from special conditions. In particular, companies that start a program of entrepreneurial economic activities or make incremental investments within the ZES can take advantage of the reduction in the terms of the proceedings and the simplification of the obligations with respect to the legislation in force (see the explanatory documentation of the Chamber at the link [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104404.pdf?\\_1686803468712](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104404.pdf?_1686803468712)).

<sup>96</sup> Specifically, the art. 4, co. 6, first part, Legislative Decree 91/2017, establishes that «The Commissioner is appointed by decree of the President of the Council of Ministers, adopted on the proposal of the Minister for the South and Territorial Cohesion, in agreement with the President of the Region concerned. In the event of failure to finalize the agreement within sixty days of the formulation of the proposal, the Minister for the South and Territorial Cohesion submits the question to the Council of Ministers, which proceeds with a reasoned resolution». The regulatory change regarding the procedure for appointing the ZES Commissioner was imposed by art. 57, co. 1, lit. a), no. 2), decree law 77/2021: this is because the governance of the special economic zones was changed with the budget law for 2020 (art. 1, paragraph 316 of law no. 160 of 2019), establishing that the subject for the administration of the ZES area, i.e. the Steering Committee, is also composed of an extraordinary Government Commissioner, who presides over it. Previously, the Steering Committee was instead chaired by the President of the Port System Authority.

However, the Sicily Region contested the governance system referred to in the 2020 budget law before the Constitutional Court, as the presidency of the Steering Committee – passed precisely from the President of the Port System Authority to the exclusively government-appointed Extraordinary Commissioner –, according to the deductions of the regional body, the principle of loyal collaboration. The constitutional judge, who ruled after the enactment of legislative decree 77/2021, finally took note of the regulatory change («The Sicilian Region complains, in fact, that the principle of loyal cooperation would be infringed by the decision to have the SEZ Steering Committee chaired by a person appointed 'without any agreement' with the Region concerned. The above provisions, on the other hand, introduce a new appointment procedure, in the context of which an agreement with the President of the Region concerned is indeed provided for, which circumvents the alleged breach of the principle of loyal cooperation and satisfies the applicant's claim»), thus rejecting the question of constitutionality (Corte Cost., 24 Sept. 2021, no. 187).

ronment, landscape-territorial, cultural heritage, state property, fire prevention, citizen health and in charge of customs regulations» (art. 5-*bis*, paragraph 4, legislative decree 77/2021). If these administrations or the regional administrations oppose the reasoned decision to conclude the conference, it is up to the delegated political authority for the south and territorial cohesion to convene a meeting to seek a shared solution, the – negative – outcome of which the question is finally remitted to the Council of Ministers in application of art. 14-*quinquies*, co. 6, law no. 241/1990 for overcoming dissent.

For the purposes of a more precise identification of the rather narrow scope of application of art. 13, law decree no. 77/2021, a provision for closing the system was also reported, with which this provision would appear to be compatible: art. 5, co. 2, lit. c-*bis*), law no. 400/1988<sup>97</sup>. In fact, since it is generally attributed to the President of the Council to refer to the Council itself the decision on matters in which conflicts have arisen between the Administrations, the intervention of this provision would seem in any case to allow an intervention of even broadly political nature in the ambit of proceedings governed by specific regulatory provisions relating, in particular, to the construction of infrastructures and strategic works<sup>98</sup>.

---

97 A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 155: «Anche al fine di mantenere un qualche margine di applicabilità della disciplina di cui all'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021, si potrebbe invece ritenere che la disciplina prevista da tale disposizione sia compatibile con quella disciplinata dall'articolo 5, comma 2, lettera c-bis), della legge n. 400 del 1988, che consente al Presidente del Consiglio dei ministri di deferire al Consiglio dei ministri, ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti in ordine alla definizione di atti e provvedimenti. Sembrerebbe, infatti, che quest'ultima disposizione per il suo carattere generale non possa considerarsi uno specifico meccanismo di superamento del dissenso, ma funga anch'essa da norma di chiusura del sistema».

On this point, see also G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, no. 5/2017, pp. 305 ff., in relation to the intrinsic political evaluation of the resolution of the Council of Ministers following the opposition to the final determination of the conference of services carried out by the dissenting Administrations: the provision of law no 400/1988 would therefore be indicative of this matrix evaluation profile essentially politics.

98 In this case it is up to the Department for Administrative Coordination to carry out the preliminary activity for overcoming the disagreement that has emerged between the Administrations. To this end, clarifications are acquired on the positions expressed by the participating administrations and the examination of the documentation received on the subject through the



### 5.2.2. Procedural profiles

Let's get to the procedural aspect.

Almost like a return to the past<sup>99</sup>, the art. 13 distinguishes between two different procedures depending on whether the dissent comes from a territorial or a state administration.

The procedure envisaged in the event of disagreements, denials or oppositions from bodies of Regions, Autonomous Provinces and local bodies, provides that both the political Authority<sup>100</sup> delegated in matters of PNRR or the competent Minister – *ex officio* or on the initiative of the PNRR mission structure established at the Presidency of the Council of Ministers or of the General Inspectorate for PNRR set up within the Ministry of Economy and Fi-

---

holding of in-depth meetings. During the meeting, the possibility of overcoming dissent through an agreement between the administrations is verified. From this stage onwards, the investigation differs according to what is prescribed by the specific legislation: in some cases the decision regarding the resolution of the dissent is taken by the Council of Ministers on the basis of a comparative assessment of the interests, in other cases through a decree of the President of the Republic or of the President of the Council of Ministers. For more information see the form at <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dica-att-supdissensosp/9261>. The Department, regulated by decree of the Secretary General of 13 May 2022 (in [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Presidenza/DICA/Normativa/Dica\\_organisation/DSG\\_20220513-txt.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Presidenza/DICA/Normativa/Dica_organisation/DSG_20220513-txt.pdf)), is a general structure of the Presidency of the Council (established by the d.p.c.m. 1 October 2012, art. 2, co. 3, lett. b), in <https://presidenza.governo.it/normativa/allegati/dpcm20121001.pdf>) for the exercise of coordination functions and, among other attributions, “ensures the functions of the sole representative of the state administrations” in the conference of services (art. 2, paragraph 2, DSG 13 May 2022).

<sup>99</sup> This is underlined by A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 156, for which the art. 13 takes up the version of the general discipline of the conference of services dating back to the text of the law 241/1990 reformed by the law 15/2005, where the art. 14-quater then in force diversified the proceedings according to whether the qualified dissent came from a state administration (and at the time the decision was left to the Council of Ministers), or from a regional administration (thus involving the Permanent Conference for relations between the State, the regions and the autonomous provinces of Trento and Bolzano), or by a local Administration (referring the decision to the Unified Conference referred to in Article 8 of Legislative Decree No. 281 of 28 August 1997).

<sup>100</sup> The original formulation of the law envisaged that it was the Technical Secretariat of the PNRR, also at the instigation of the Central Service for the PNRR, to formulate the proposal to the Prime Minister. The power was then expressly politicized by Legislative Decree 13 of 24 February 2023, today envisaging an initiative by the Minister holding the delegation for the implementation of the PNRR or by the competent Minister, limiting the activities within the competence of the mission structure set up at the Presidency of the I recommend impulse functions only. The impetus role of the Inspectorate General for the PNRR has also ceased, now competent exclusively for the operational coordination on the implementation, financial management and monitoring of the Plan.

nance<sup>101</sup> – to propose to the President of the Council of Ministers, within the following five days, to submit the question to the examination of the Council of Ministers for the consequent determinations.

The provision does not clarify – as can be understood – the dies a quo of the five-day term: it is therefore not clear whether it starts from the expression of dissent, from its communication or notification to the central structures, or from the knowledge by the Minister, the Political Authority or the Mission Structure or by the General Inspectorate.

There is no doubt that the question has a practical relevance, since the general discipline pursuant to art. 14-*quinquies*, law no. 241/1990, which provides that the deadline for proposing the question to the President of the Council of Ministers starts from the communication of the “reasoned decision for the conclusion of the conference of services”, therefore at the outcome of the moment of institutional connection: the remedy provided by the general law is, in other words, posthumous.

In the art. 13, on the other hand, given the urgency of guaranteeing timeliness and speed in the implementation of the PNRR objectives, the remedy has an anticipatory nature, therefore the procedure for overcoming the dissent must logically be carried out before any negative conclusion of the proceduralized conciliation moment. Therefore, it becomes essential to understand when dissent becomes knowable to the governance structures vested with the power to invest the Prime Minister with the related issue. This is to ignore the – perhaps remote, but not impossible – circumstance for which the mere news

---

101 According to the art. 6, Legislative Decree 77/2021, the Inspectorate has «operational coordination tasks on the implementation, financial management and monitoring of the PNRR, as well as control and reporting to the European Union pursuant to articles 22 and 24 of the regulation (EU) 2021/241, complying with the related information, communication and advertising obligations. The Inspectorate is also responsible for managing the Next Generation EU-Italy revolving fund and related financial flows, as well as managing the monitoring system on the implementation of the reforms and investments of the PNRR, ensuring the necessary technical support to the central administrations holders of interventions envisaged in the PNRR referred to in Article 8, as well as to the territorial administrations responsible for implementing the actions of the NRP referred to in Article 9» (our translation).

of the dissent expressed by the State Administration may not be sufficient, since it is not certain that it has the “blocking suitability” of the PNRR intervention, which could also emerge at a later time. In view of the short time limit (five days), it would not be out of place to specify its starting date<sup>102</sup>.

As already noted, «at present, in fact, this term could abstractly start from the expression of dissent, which, however, does not appear to be a fact that is easily known by the central governance structures of the Plan, especially in the presence of measures that envisage a particularly high number of interventions. In the absence of a regulatory intervention, since an obligation to report disagreements cannot be found in the current legislation, it would seem necessary to have to consider as dies a quo that of the effective knowledge of the disagreements themselves by the Presidency of the Council of Ministers»<sup>103</sup>.

Instead, we come to the procedural aspects of the dissent expressed by administrations other than state ones. According to the art. 13, co. 2, where the dissent, refusal, opposition or other equivalent act comes from a body of the Region, or of the Autonomous Province of Trento or Bolzano or of a local body, it is the Technical Secretariat, also at the instigation of the Central Ser-

---

102 Moreover, there is a system of monitoring, reporting and control of the PNRR measures and projects by the Administrations pertaining to the territorial levels of the State, governed by Circular of the State General Accountant n. 27 of 21 June 2022 (in [https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/circolari/2022/circolare\\_n\\_27\\_2022/](https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/circolari/2022/circolare_n_27_2022/)). The circular could be integrated or a modification of the same art could be arranged. 13, Legislative Decree 77/2021 which clarifies the mechanisms for reporting dissent to the central authorities. A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., pp. 156-157, proposes that it might be advisable to amend the regulations in order to provide, as a general rule, for a duty to report disagreements in the first instance on the part of the implementing subjects, who should promptly inform the central Administrations in charge of the interventions, which, in turn, having assessed the impossibility of using further mechanisms to overcome disagreements already provided for by the legislation in force, should report the criticality to the PNRR Mission Structure of the Presidency of the Council of Ministers and to the General Inspectorate for the PNRR of the State General Accounting Department. It would seem, however, advisable for the report to be as circumstantial as possible and for the mere notice of disagreement to be accompanied by an indication as to whether it is likely to preclude, in whole or in part, the implementation of an intervention of the Plan. Only in the presence of such an indication could the five-day time limit for the formulation of the proposal to activate the procedure for overcoming dissent be effectively applied.

103 A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 157.

vice for the PNRR, to propose to the Prime Minister or to the Minister for Regional Affairs and Autonomies, always within the following five days, to submit the question - not to the Prime Minister, but - to the Permanent Conference for relations between the State, the regions and the autonomous provinces of Trento and Bolzano to agree on the initiatives to be taken, which must be defined within fifteen days of the date of convening the Conference. After this deadline, in the absence of mutually agreed solutions enabling the prompt implementation of the intervention, the President of the Council of Ministers, or the Minister for Regional Affairs and the Autonomous Communities in the relevant cases, shall propose to the Council of Ministers the appropriate initiatives for the exercise of substitutive powers<sup>104</sup>.

The differences with respect to the procedure activated for the dissent of the State Administrations are quite marginal: it is evident that, in this case, the activation of the procedure for overcoming the dissent has remained the prerogative of the Technical Secretariat, therefore not of the political body; which, moreover, takes the initiative only if the consensual-conferential procedure in the Permanent Conference has a negative outcome.

Nonetheless, despite the fact that dissent from local authorities is foreseen, the referral of the question to the Unified Conference is not contemplated, the only formal place in which those bodies can institutionally express and discuss about the group of interests that concern them and which is invested by the PNRR intervention<sup>105</sup>.

---

104 A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 157: «The provision therefore refers to the substitutive powers envisaged by the Constitutional Charter and not to the “special” ones envisaged for the implementation of the PNRR, probably in consideration of the circumstance, already indicated, that the conditions for the exercise of the powers in article 12 of the decree-law n. 77 of 2021 as they refer to putting the objectives of the Plan at risk, may prove to be more restrictive in some respects than those governed in general by article 8 of law no. 131 of 2003».

105 M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, no. 3/2022, notes that the absence of a permanent conference venue involving all levels of government is evidence that the participation of the Regions and local authorities in the planning of the PNRR as well as in the implementation of the related interventions is only “graciously granted” or “requested” by the Government optionally.

As noted, “a preliminary phase of dialogue between the administrations concerned aimed at identifying a shared solution is not expressly regulated, which, where compatible with the implementation times of the PNRR, could favor a conciliatory settlement of the expressed oppositions, thus reinforcing the protection of the principles of loyal collaboration and subsidiarity”<sup>106</sup>.

The decisions of the Council of Ministers, taken in the cases of art. 13<sup>107</sup>, act as a moment of closure of the proceeding, sanctioning the definitive overcoming of the dissent through a provision which - not unlike its counterpart provided for by the general discipline - seems to still have, despite the regulatory interventions on the law 241/1990 which removed the express reference nature of an act of high administration<sup>108</sup>.

---

106 A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 158.

107 A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., pp. 158 ss., gives account of a special provision contained in Legislative Decree 77/2021, art. 44, having as its object the activation of substitutive powers and the overcoming of disagreements regarding public works of significant complexity: the mechanism, similar to that referred to in articles 12 and 13, has some peculiarities with respect to the one just examined, since the decisions of the Council of Ministers are immediately effective, are not subject to the preventive legitimacy control of the Court of Auditors and are published, in extract, within five days from the date of adoption, in the Official Gazette of the Italian Republic.

The Author evokes the possibility of extensively applying these rules also to the decisions of the Council of Ministers concluding these proceedings, even though this solution could prove problematic in consideration of the different wording of the provisions.

108 As already anticipated above, the qualification of the determination as an act of high administration - and not, conversely, a political act - decrees its jurisdictional reviewability (albeit limited to the extrinsic control of the vice of excess of power in the particular figures symptomatic of the inadequacy of the procedure preliminary investigation, illogicality, contradictory nature, manifest injustice, arbitrariness, unreasonableness of the choice adopted or lack of motivation, and not extended to direct examination and independent evaluation of the material tending to demonstrate the existence of the relative conditions). On this point, see Court of Cassation, SS.UU., 12 July 2019, n. 18829: «in order to recognize the political character of an act, in order to remove it from the judicial review, it must be impossible to identify a legal parameter (whether legal provisions, and principles of the system) on the basis of which to carry out the judicial review: when the legislator predetermines canons of legality, politics must, in fact, abide by them, in accordance with the fundamental principles of the rule of law. Specifically, when the scope of extension of discretionary power, whatever it may be, is circumscribed by constraints set by legal rules that mark its boundaries or direct its exercise, compliance with these constraints constitutes a requirement of legitimacy and validity of the deed, which can be reviewed, in fact, in the appropriate ways and fora. In the light of these principles, it is quite evident that the resolution of the Council of Ministers, issued as a result of the specific procedure indicated by law n. 241 of 1990, art. 14-quater does not have the requisites to be considered a political act, being, on the contrary, the same expressly qualified as an act of high administration within paragraph 3 of the said provision, as amended by Legislative Decree 133 of 2014, art. 25 converted with amendments by Law No. 164 of 2014. The Resolu-

The provision has not yet had concrete application, or - at least - there is not yet a jurisprudential interpretation deriving from any dispute, above all of a constitutional nature: this is because it would seem that the Regions have for now renounced to claim their prerogatives before the Judge of the laws, “revealing the decisive and unanimous preference of the regional system, first of all on the political level, for maintaining a dialogue and interlocution with government institutions of a fundamentally collaborative and non-oppositional nature”<sup>109</sup>.

On the other hand, the procedural tools of the concerted type - first of all the Conferences and permanent Tables - see a (more than anything else) passive participation of the sub-state bodies, which are given the “only” role of implementers of what has already been decided at headquarters, thus also neutralizing their contribution in the “ascending” phase of the PNRR<sup>110</sup>.

---

tion, which constitutes an expression of the expressed administrative power of the Council of Ministers during the conference of services, therefore remains subject to judicial review».

109 M. CECCHETTI, *L'incidenza*, cit., p. 302, who notes that at the time of the publication of his contribution, only two appeals are pending in the Constitutional Court – nos. 3 and 4/2022 – respectively proposed by the Tuscany Region and the Friuli-Venezia Giulia Region, moreover in port matters (l.n. 121/2021), therefore only broadly attributable to the PNRR.

For A. TABACCHI, *Le procedure*, cit., p. 155, «at the moment there is no application experience of the provisions of the decree-law n. 77 of 2021 which allows unequivocal considerations to be drawn on the effectiveness of the envisaged procedure. If it were deemed useful to overcome the narrow existing margins for the application of this procedure, a regulatory intervention could be considered which envisages its possible extension, directly, to the implementation of the interventions of the PNRR, overcoming the residual nature that currently characterizes it, also in order to ensure greater control of the various procedures by the structures of the Presidency of the Council of Ministers competent for the implementation of the Plan» (our translation).

110 This is confirmed by M. CECCHETTI, *L'incidenza*, cit., p. 295: that is, it is necessary to take note of «two elements of which to assume the necessary awareness in relation to the administrative activities aimed at the planning and implementation of the interventions, elements that seem to restore a decidedly marginal role of the autonomies:

- the territorial autonomies and, in particular, the Regions are almost totally excluded from the tasks attributable to the “ownership” or “responsibility” of the interventions;

- the same bodies are involved exclusively as “implementing subjects”, but they are only partially involved here, together with a large plurality of other national and territorial subjects, and for an overall minority share of resources, although certainly significant if measured on the stock of resources made available for the implementation of the Plan at the territorial level (not so much for the Regions, but above all for the local bodies)».

The Author continues by pointing out the opacity of the PNRR discipline in identifying the distinctive features of the implementing subjects, who, at least in theory, have a role that is anything but marginal since they are the beneficiaries of the loans, as well as those responsible

## 6. Brief concluding remarks: the centralization and politicization of decisions, the deprivation of the powers of the public administrations

The framework just traced expresses a fairly precise idea of our legislator: namely that, in the urgency of speeding up the implementation times of specific projects in order to obtain the promised European funding, any dissent expressed by the Administrations concerned – none excluded – is a forbidden obstacle<sup>111</sup> to overcome.

While being aware that not infrequently administrative power has been exercised by the assignee bodies in the sense of constituting an undue blocking filter on the activities of private individuals, including entrepreneurial<sup>112</sup>, how-

---

for the management and implementation of the individual projects: «it is certainly not irrelevant whether or not a body politically representative of (and responsible to) the community of a given territory plays such a role (starting from the choices concerning the preparation and presentation of projects, to the guarantee that the intervention is carried out in compliance with the regulations in force and the specific rules established for the PNRR, to the accounting management of the resources received, to the fulfilment of the obligations of monitoring, reporting and control for the purposes of achieving the goals and objectives associated with the project)» (p. 296, our translation)

111 The idea that the Administration – its action and its organization – translates into an obstacle between the *intentio legislatoris* and the result to be achieved is by no means new, having led to multiple reform initiatives which now intended to liberalize the private activities – thus subtracting them from administrative control – now simplifying procedures and complexes activities and organization – and therefore reducing and thinning out. The results, however – perhaps also due to the cyclical nature of these allegedly simplifying interventions, which become the priority of every executive who takes office, and therefore do not allow consolidating the certainty of the rules – have not always been successful.

In this regard, F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, no. 2/2013, pp. 357 ff., warns that simplification does not allow to remove all the obstacles linked to the presence of the administration and which are linked to a great variety of juridical institutes (p. 360) and, therefore, reformist attempts often fall on deaf ears because it is difficult to study the Administration as an “obstacle”, or rather as a complex of public bodies which “does not favor or impede the achievement of relevant objectives, or hinders some activities attributable to subjects other than the administration itself” (p. 361).

112 F. FRACCHIA, *L'amministrazione*, cit., himself acknowledges this, where he recalls that the Municipalities have often made use of their planning power «to put a stop to the diffusion of initiatives feared by local communities, such as radio broadcasting systems. In this case, many municipalities have sometimes acted as an obstacle, or, better still, have hindered the achievement of a specific objective (the opening up of the mobile telephone services market, strongly desired by the general legal system), supporting a logic (basically it is a different goal) inspired by the principle *Not In My Back Yard*» (p. 364).

This problem is addressed by the aforementioned regulatory change which left local authorities with the sole power to formulate criteria for the location of radio and telecommunications systems, without being able to introduce any location bans, not even in sensitive sites.

Nonetheless, with the ministerial decree of 10 May 2018, n. 76, the regulation on the public debate was issued, in order to elaborate the criteria to obtain a broad participation of citizens

ever the 2021 legislator's choice to "simplify" the authorization procedures by "skipping" the dissent of the Administrations does not seem to be shared from a systematic point of view.

Often the goal of simplifying procedures has been subservient to the speed of the decisions to be taken, with the side effect of being able to guarantee "the result", but not a qualitatively complete, accurate, impartial decision<sup>113</sup>. The paradox is that, in this way, the result is not achieved in any case, when understood as a "good" result: «The objective pursued can only be a good decision: quick and timely, but, at the same time, also well-formed (fair and reasoned), to the outcome of a production process congruent with the substantial data of the administrative problem»<sup>114</sup>.

It was said at the beginning of this contribution that the simplifying approach just described shows all its weaknesses when the "administrative problem" is "complex": because – to be honest – a complex problem cannot be tackled except through a procedure decision-making and pondering that reflects precisely that complexity. It cannot be avoided.

On the other hand, this is the most correct reading of the institution of the conference of services pursuant to articles 14 ff. of the general law on administrative procedure: born as a tool for spontaneous comparison and coordination between Administrations, it is then institutionalized and continuously reformed by the legislator in search of delicate – and, by their nature, precarious – balances between interests. Yes, it resolves itself into a procedural instru-

---

with respect to the choices of location of public works and thus avoid the occurrence of blocking phenomena. On this point, see G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urb. app.*, no. 5/2018, pp. 604 ff.

113 Among others, D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016, Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Naples, 2017, pp. 225 ff., esp. p. 227, acknowledges this, where, in relation to the conference of services, the A. notes that enhancing the simplification profile alone leads to evaluating the legal discipline with respect to the sole objective of speeding up the decision, and not also that of ensuring its quality. THERE. thus, he invites us to evaluate the services conference as an institution of simplification but also of coordination: its two functions cannot be separated, under penalty of violation of the principle of good performance.

114 Also D. D'ORSOGNA, *Semplificazione*, cit., p. 227.



ment of simplification, but it is intimately complex<sup>115</sup>, although the reforms (most recently, the one carried out with Legislative Decree no. 127/2016) have continually made that same instrument an “object of simplification”<sup>116</sup>.

The current regulatory structure of the services conference envisaged by the general law on the procedure is known: it is still the natural forum for discussions between Administrations, although – for efficiency purposes – both simplifying automatism on the one hand (silence-assent, for example) and, on the other hand, mechanisms for overcoming dissent capable of shifting the decision-making competence to political bodies for the purpose of settling the conflict between the PP.AA. same<sup>117</sup>, have been introduced.

The art. 14-*quinquies*, in particular, provides – as already mentioned – that the Administrations responsible for the protection of qualified interests (environmental, landscape-territorial protection, cultural heritage, protection of citizens' health and public safety), as well as the Administrations of the Regions and of the autonomous provinces of Trento and Bolzano, may – if they have expressed their reasoned dissent in the conference and the conference has equally decided in favor – propose a judgment of opposition to the President of the Council of Ministers.

The opposition opens a new phase of confrontation with the Presidency of the Council and can conclude either with an agreement or with a resolution

---

115 Outlines the framework D. D'ORSOGNA, *Semplificazione*, cit., p. 229, for which the basic idea that imbued the institution of the service conference before the 2016 reform «is the acknowledgment of the (physiological) datum of the substantial (social and institutional) complexity of the administrative problem; which requires, to be managed efficiently, a systemic response: an adjustment of the overall functionality of the administration. In this perspective, the service conference is seen as a tool for simplifying the administrative activity which operates, in a technical sense, thanks to an increase in the “complexity” of the decision-making activity, in the sense that it is integrated and coordinated into the system. Thus marking a transition from “procedural rationality (linear and disaggregated) to complex rationality» (our translation).

116 D. D'ORSOGNA, *Semplificazione*, cit., *passim*.

117 Critical on these aspects is E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra pluralismo e unilateralismo costituzionalmente orientato (a proposito di Corte cost. n. 9/2019)*, in *Federalismi.it*, no. 17/2019; a reference should also be made to ID., *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, also in *Federalismi.it*, no. 10/2016, in which she already detected critical profiles then confirmed by the Constitutional Court in the 2019 sentence.

of the Council of Ministers, which can – alternatively – reject the opposition (and the determination of the conference of services definitively acquires effectiveness) or accept it partially (the determination is thus modified and partially outdated)<sup>118</sup>.

Now, from the general model it can be deduced that the real decision-making seat of the complex administrative problem is still the conference one, in the confrontation between the Administrations, which was also sought and reiterated up to leaving the role of ultimate decision-maker to the Council of Ministers. There is no doubt that – especially with the reform intervention of 2016 – the legislator intended to speed up the work of the conference (the deadlines for reaching an agreement following the opposition are very limited, they do not go beyond thirty days overall understood after the decision of the conference) and orient them, on the merits, in a positive sense<sup>119</sup>: remember that the opposition proceedings can only be brought by the Administrations

---

118 Where the opposition is fully accepted, the provision is not expressed. For D. D'ORSOGNA, *Semplificazione*, cit., p. 247, the silence of the rule can be interpreted in two ways: a) as an expression of a *favor* for the positive decision (the zero option does not seem to be contemplated); or b) in the sense that it was decided to leave discretion to the proceeding Administration on the evaluation of the repercussions of the resolution of the Council of Ministers.

119 The opinion of Cons. Stato, I, 30 September 2019, n. 2534, par. 5-6-7, clearly states it: «nel regime anteriore alla riforma del 2016 [...] il “ricorso” a questo rimedio [l'opposizione, n.d.r.] era infatti riservato, in termini speculari rispetto al regime attuale, non già all'amministrazione contraria alla conclusione positiva della conferenza, bensì all'amministrazione procedente che intendesse superare il parere negativo di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini, parere negativo che determinava un effetto ostativo alla conclusione positiva della conferenza e impeditivo dell'approvazione del progetto, dinanzi al quale l'amministrazione procedente, interessata invece alla conclusione positiva della conferenza, non aveva altro rimedio se non la rimessione dell'affare alla sede “politica” del Consiglio dei Ministri. [...] La *ratio* della riforma di cui al d.lgs. n. 127 del 2016 – che ha ribaltato quel sistema, *privilegiando l'esito positivo della conferenza di servizi* e onerando della rimessione dell'affare al Consiglio dei Ministri non più l'amministrazione procedente, ma quella preposta alla tutela di interessi sensibili il cui parere negativo sia stato giudicato superabile nel meccanismo di prevalenza quali-quantitativa che caratterizza il modulo decisionale della conferenza di servizi – risiede nello snellimento e nell'accelerazione dei procedimenti, con deflazione del carico gravante sul Consiglio dei Ministri, anche in considerazione del fatto che la rimessione dell'affare amministrativo alla suddetta sede “politica” (di alta amministrazione connotata da discrezionalità amministrativa e non più tecnica) dovrebbe costituire l'eccezione e non la regola, trattandosi pur sempre di una deroga alla regola generale di riserva del provvedimento di gestione agli organi amministrativi ordinari e non al vertice dell'indirizzo politico-amministrativo» (our italic).

“in charge” of the protection of sensitive interests, i.e. those that are technically competent to express opinions and technical assessments in the context of proceedings involving sensitive interests<sup>120</sup>.

The legislative choice in the PNRR ecosystem, on the other hand, is much more radical, reserving only a small corner for the confrontation between the Administrations and shifting the competence to the political authority right from the expression of dissent to centralize the decision to the Council of Ministers.

The art. 13, Legislative Decree no. 77/2021, in particular, sounds like the result of a centralizing choice of competences which only apparently leaves the Administrations with the power to decide on the PNRR interventions to be implemented and implemented: on closer inspection, in the arena of comparison between the Administrative authorities concerned minimal space is left. In the hypothesis in which the dissent is expressed by state administrations, it is even completely elided: because it is sufficient that the deed of opposition is suitable to block the realization of the project so that the competence to take «the consequent determinations» is transferred directly to the Council of Ministers by the “political authority” delegated to the PNRR. When, then, the dissent is expressed by a non-state Administration, the convened conference venue – which, moreover, it does not involve the Municipalities, limiting itself to the state and regional levels (or of the autonomous provinces) – it has a limited (not to say unreal) deadline to decide, i.e. fifteen days, before the substitutive powers of the Council of Ministers are activated. This is to say nothing of the

---

120 This has led the Council of State to exclude, in principle, that the Municipalities that have expressed their dissent in the conference of services have legitimacy to propose the opposition proceedings, lacking an attribution of technical skills in the matter of sensitive interests and being – on the contrary – entities with general purposes representative of the community installed in the area. The exclusion of legitimacy, however, is prudent, not absolute or *a priori*: «la vastità e l'eterogeneità delle fonti di possibili attribuzioni di competenze comunali non consentono di enunciare in termini assoluti in questa sede una regola di necessaria esclusione della legittimazione comunale a proporre opposizione; una tale conclusione [...] vale sicuramente in linea di massima, ma non esime dalla necessità di effettuare un approfondimento analitico caso per caso alla luce anche della specifica legislazione regionale applicabile» (cfr. para. 7).

absolute normative undifferentiation of the interests that can, in reality, stand in the way of the realization of a project, some of which – at least in the general law on administrative procedure – receive a differentiated status even in the consensual-conferential setting as “sensitive”.

The overall impression that emerges is that the clause of the “national interest in the prompt and punctual implementation of the interventions” is yet another attempt by the legislator to deprive the public administration of its natural role: that of subject responsible for the protection of public that need to be constantly balanced between them in the place assigned to this, i.e. the administrative procedure.

This practice is, in truth, quite old: the increasingly massive use of the laws-measures<sup>121</sup> addressed to government regulation<sup>122</sup> of specific cases<sup>123</sup>, has

121 On which, among others, see the monographic study of S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milan, 2007, for which the progressive increase of the provisional laws determines the «crisis of the law» and, at the same time, encourages the diffusion of the specular phenomenon «the law of the crisis», pointing out that the flattening of the distinction between legislative and executive with regard to the exercise of the legislative function embodies the prevalence of the effectiveness and immediacy of decisions over the weighting of their content (p. 127).

In classical literature, see also F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato di Diritto Amministrativo*, Milan, 1907, III, p. 94; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milan, 1969; A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1989, II, 1056.

The profound link between law-provision and state of crisis or emergency – and its subversive capacity of the system of sources – is outlined by L. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, no. 3/2019, pp. 1021 ff.: «Gli interventi recenti su segmenti del sistema bancario, quelli relativi ad infrastrutture strategiche, all'esercizio di poteri speciali del Governo rispetto ad acquisizioni di imprese anch'esse strategiche (*golden power*), a bonifiche di siti inquinati sono frequentemente accompagnati ad affermazioni di emergenze che conducono a leggi-provvedimento o – comunque – a consistenti alterazioni del sistema delle fonti e delle garanzie».

122 According to L. PERFETTI, *Legge-provvedimento*, cit., «Con la legge-provvedimento, il gruppo di potere che esprime la maggioranza parlamentare sottrae alle garanzie della giurisdizione una decisione per sua natura amministrativa. Da un punto di vista materiale, si tratta di un provvedimento amministrativo, che dovrebbe avere l'efficacia giuridica propria di questa categoria di atti e poter essere sottoposto al sindacato del giudice – e, se illegittimo, annullato. Da un punto di vista formale, però, la sua approvazione con forza-di-legge lo sottrae a quelle garanzie. È difficile negare che – da un punto di vista istituzionale – la legge-provvedimento non si mostra, nella normalità dei casi, come l'esercizio di una pura volontà parlamentare; piuttosto, è espressione della volontà della maggioranza politica – in cooperazione tra Parlamento e Governo – di rafforzare una sua decisione puntuale in modo da imporla con maggiore vigore».

123 The law-provision is institutionally the one that deals with a single well-identified case and is not susceptible to further application (for example the so-called “Salva Ilva” law); how-

led to frequent raids by the Constitutional Court in order to ensure its compatibility with our constitutional system<sup>124</sup>.

Here there is no escaping that paradigm: the (government) legislator wanted to “simplify and accelerate” the implementation of the PNRR projects, predetermining by law the result to be achieved – precisely, the implementation of the interventions: the provisions do not contemplate the zero option – and entrusting the task to the Administrations which, in essence, become exclusively implementing subjects (read, mere executors), which are, in the end, deprived of their power to balance interests and decide.

It is true that public administration is, not infrequently, an obstacle; but it is equally true that administrative problems exist and are complex, especially when they fall on the territory, and cannot be solved simply by depriving the Administrations of their powers, in the name of a “logic of results” which, in this case, sounds at least distorted, as it is no longer an expression of the constitutional principle of good performance of the Administration. Simply because, here, an Administration seems to be gone.

---

ever, there are also laws that have the same effects as provision-laws but are addressed to “classes of cases”: for example, the legislation on the extension of state-owned maritime concessions, on which see the critical observations of A. DE SIANO, *Stravaganze giurisprudenziali a proposito dell'atto amministrativo (a margine di Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in *Dir. proc. amm.*, no. 4/2022, pp. 823 ff., according to which the reconstruction on the subject carried out by the administrative judge has emptied of content the administrative deeds of extension, defined by the Plenary as «merely recognizing» the effects of the law-measure.

124 See for example the Constitutional Court, 27 July 2020, n. 168 on the so-called “Genoa decree” following the collapse of the Morandi bridge. On the issue of checking the constitutionality of provision-laws see, in general, G.U. RESCIGNO, *Leggi-promeditamento costituzionalmente ammesse e leggi-promeditamento costituzionalmente illegittime*, in *Astrid Online*, 2007.



GLORIA PETTINARI

Assegnista di ricerca presso il Dipartimento delle Arti dell'Università di Bologna  
*gloria.pettinari2@unibo.it*

**THE PUBLIC FUNCTIONING CHALLENGE:  
COLLABORATIVE MANAGEMENT AS A  
GOVERNANCE STRATEGY. THE CASE OF  
«COMMONS» AND THE ITALIAN  
ADMINISTRATIVE SOLUTION**

ABSTRACT

Public activity is called to address public interest and general needs. To respond, today more than ever, the complexity of society calls for multi-level governance, so the public authority is not the only actor in that game. However, reasoning on the newest complex challenge for the public authorities, there may lead to new solution, that is administrative instruments, coming from the practical need approach to answer general interest differently. This kind of approach, from the bottom to the top, may challenge the current legal system.

Following the «commons» issues, this paper seeks inspiring solutions to manage its complexity. This is because, in the «commons» experiences, we can find more groups of interests and new solutions willing to overcome some traditional boundaries between public and private power and their means: collective actions.

The activities implemented for «commons» define a proper collaborative management strategy, particularly important to manage the complexity, such as the multidimensionality framework of relationships among people and authorities, their needs, and their legal instruments. To show how the Italian case of «commons» practices has come to find legal tools to manage the complexity means to show how to involve both citizens, private, and public authorities in a joint agreement, defining a common project.

So, commons and collaborative governance combine in a legal system to change the traditional relationship between actors in the 'public sphere', where the public power has traditionally been mainly authoritative.

The paradigm shifts to a collaborative relationship (from a separate one in a bipolar configuration) thanks to a proper collaborative legal regulation system, starting to recognise «subsidiarity» as a constitutional principle. This also means a cultural change or a development of values that implies legal and administrative formal solutions and organisational strategy.

It can be seen as a good governance strategy for a democracy. Commons management implies dealing with complex interests, powers, and actors' systems. So, on the one side, involving more people in conflicts with each other and on the other side finding a collaborative solution; is the best democratic way to find a *tertium genus* good solution (neither authoritative nor private). There is still a long way to go, but we have started to find legal methods such as administrative agreement, defining goals and responsibilities to share with more subjects in a multi-players context. The practice stimulates some legal solutions only in a democratic context where participation can be guaranteed. It seems to have become a new administration model, an organisation solution for Public Law.

KEYWORDS: commons – subsidiarity – shared administration – cooperative administration – collective action.

INDEX: 1. Preface: pluralism, complexity and administration – 2. Subsidiarity and «shared administration» – 3. From an economic theory to a legal idea of «commons» – 4. Co-operative (management) system and decision-making process – 5. The innovative Italian administrative model – 6. Some conclusion: collaborative governance as a solution strategy.

## **1. Preface: pluralism, complexity and administration**

New public challenges are so wide-ranging that they encompass a multitude of actors in the various field of decision-making and public actions.



Analyse examples of complex processes are useful to understand how to involve many actors focusing on the mechanisms of adaptation that often originated from the bottom<sup>1</sup>.

At the local level characterised from the closest to people needs, can help finding solutions that can address legal tools from an experimental and adaptive method (adaptive management).

Today, more than ever, the complexity of society calls for a pluralism of the decision-making process. Maybe looking for this process can illuminate features of the legal landscape tools.

It is useful to see for example the case of collective actions (that comes from mechanisms of adaptation)<sup>2</sup> relating to collaborative governance of «commons», a *tertium genus* good (neither public nor private)<sup>3</sup>, that defines a method to respond to general needs, including the pluralism of the communities involved that can autonomously act for the common good.

In that case of plurality there are more subjects in different positions, everyone can participate to respond general interests in a multi-level governance, as part of a co-operative strategy.

That is also a method to administrate the complexity in a multi-players system, where authorities still hold the public function, despite they are not the only or main actors in the ('shared') decision «arena»<sup>4</sup>. They play along with civil societies guarantying the impartiality of the action, such as ensuring an equal opportunity to participate to everyone<sup>5</sup>.

---

1 See D. T. HORNSTEIN, *Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law*, Duke Law Journal, Feb. 2005, 54, 4, 917.

2 Action strictly connected to the action of repetition, through which people became expert and found the best solution from an adaptive reaction, see *ibidem*.

3 S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione giustizia*, 2011/5.

4 E. OSTROM, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

5 I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Osservazioni sul rapporto complesso tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Persona e Amministrazione*, 10. 2022..

At the centre of this participation method, there is the idea that no supremacy exists in the definition of the public needs (for anyone<sup>6</sup>) even for the authorities, which can collaborate in the definition of solutions<sup>7</sup>, namely they can co-operate with the civil society in a participating proceeding<sup>8</sup>. This passage allows to elaborate organizational means to manage general needs in a public sphere open to the pluralism of subjects, guarantying the participation of all third parties' actors interested<sup>9</sup>, till the definition of collaboration governance as a human right<sup>10</sup>.

Following the Italian «commons» practices<sup>11</sup>, this paper seeks some inspiring solutions to manage the complexity, following mechanisms of adaptation within complex systems.

So, starting from showing the activities, we can define the concept of «collaborative governance» and, on the other hand, understand how to manage a multiplayer framework based on «subsidiarity paradigm<sup>12</sup>» and «collective action<sup>13</sup>» linked together. By describing the phenomenon, we also met the case and concept of «commons» as practised in Italy (where we find traces of some strategies to manage its complexity).

---

6 G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, 2006.

7 P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in this Review, 1/2017 and a. pioggia, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002.

8 U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento e processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in Dir. amm., 2007.

9 In the complexity discretionary decisions, assessments, perceptions, and judgment instructions for the formulation of the participating procedural is up to the administrative body as its function, in this sense see P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di Intelligenza Amministrativa Artificiale (AAI)*, *Persona e amministrazione*, 2/2020.

10 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.

11 Please, for an exhaustive reading refer to M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (eds.), *L'amministrazione condivisa*, Quaderni della Facoltà di giurisprudenza, Trento, 2022; M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in Gior. dir. amm., 2018.

12 For a clear explanation, please refer to G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI, G. ARENA (eds.), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

13 E. OSTROM, *Collective Action Theory*, *The Oxford Handbook of Comparative Politics*, CARLES BOIX AND SUSAN C. STOKES (eds.), 2009.

It implies a new approach (collaborative paradigm<sup>14</sup>) and a new method of the decision-making process that implies participation at all phases from the decision to the planning till the action, sharing responsibilities among the subjects involved, changing the traditional bipolar paradigm: public or private sphere. It has become a new organisation system that overcome some traditional boundaries between public and civil power<sup>15</sup>.

In the next pages, we analyse the principle of «shared administration» and the application field of «commons» and the principle of «subsidiarity<sup>16</sup> » that finally represents an organisational method to face complexity, which meets constitutional recognition<sup>17</sup>.

This changeset is the result of a cultural evolution and become a practice finding legal solutions. The shared responsibility approach can be seen as a better governance strategy for a democracy to deal with complexity, where collaboration can overcome different power roles<sup>18</sup>. Even though, the method involves more people in turn, more rights, and so responsibilities that create new complexity again, at the same time, collaboration arbitrate conflicts, turning

---

14 M. OLSON, *The Logic of Collective Action*, 1965.

15 F. DE TOFFOL, A. VALASTRO, *Dizionario di democrazia partecipativa*, Centro studi giuridici e politici, Regione Umbria, 2012; A. VALASTRO (eds.), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 141 – 188; A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in Id. (eds), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, 2016.

16 D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013; ID., *Le città collaborative: forme, garanzie e limiti delle relazioni orizzontali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019; F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, 2019; C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019.

17 V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VII, 2003; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario: interpretazioni, estensioni e garanzie*; ID., *Partecipazione come categoria, identità e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative*, A. Valastro (eds), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, Jovene, 2010.

18 OECD, *Local Partnerships for Better Governance*, 2001.

into a *tertium genus* relation between public authorities and society that is a collective action<sup>19</sup>.

## 2. Subsidiarity and «shared administration»<sup>20</sup>

To understand the meaning of «shared administration», we should go back to the first time of its comparison in an essay, written in 1997, by Gregorio Arena<sup>21</sup>. Quoting the words of the theorist: «it is based first and foremost on the assumption that at the current stage of development of Italian society, the conditions exist for structuring the relationship between the administration and citizens in such a way that the latter leave behind the passive role and become co-administrators; by integrating the resources they possess with those of the administration, they take on a share of responsibility in solving problems of general interest<sup>22</sup>».

It means that in a system of power civil society and public authorities can jointly express new energy and resources and put them together at the service of the generality, so everyone (authorities and society) can benefit from it (reciprocity relationship<sup>23</sup>).

The «shared administration» is a different action model to face general interest activities. It is a complex proceeding to answer the (even more) com-

---

19 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012; E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, eds. 2015. ID, *Governing the Commons. The evolution of institution for collective action*, Cambridge, 1990.

20 Translation used by F. CORTESE, *What Are “Common Goods” (beni comuni)? Pictures from the Italian Debate*, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 2, 2017. For the meaning see G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *St. parlam. e pol. cost.*, 1997.

21 This is also the suggestion of F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (eds), *L'amministrazione condivisa*, Quaderni della Facoltà di giurisprudenza, Trento, 2022, 65-66.

22 The translation is from the author of G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit.

23 The constitutional jurisprudence (recently sent. 131/2020) deals with social freedoms that are ascribable neither to the state nor to the market, but rather to those forms of solidarity expressing a relationship of reciprocity. It must be included among the founding values of the legal system, human rights and the basis of social coexistence. See D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (eds), *L'amministrazione condivisa*, 54.

plex question of society, having as a result not an authoritative act, not a synallagmatic relation but a co-operation process and so eventually the sign of an agreement<sup>24</sup>, based on deal among the parties' will.

The proper feature lies in identifying a new function of the administration that consist of sharing its decision-making, planning and design spaces of co-administration with civil society and its actors. alternately, even they, in a sense respond to a public function, they have not only a passive role<sup>25</sup>.

The system allows to involve people to define general interests based on their needs, in lots of topics; for instance, it is typically useful for re- thinking spaces of cities, make urban regeneration, manage and provide different services to child, or otherwise for cultural purposes, and so on. General interest<sup>26</sup> activities can be defined as a care purpose identified as an action that respond to the needs of citizens that they represent participating. This overcome the supremacy of authorities to define the interests to be pursued, based on the authoritative power and its supremacy in defining public interests<sup>27</sup>.

Tuscany regional law defined in the art. 1 'common goods' as «things understood as tangible, intangible and digital goods, expressing utilities functional to the exercise of the fundamental rights of the person, to individual and collective well-being, to social cohesion and to the life of future generations, for

24 This is the idea of the main approach of case law and literature, in this sense also the Corte Cost., sent. 131/2020, even if there is no lack of critical readings, that points out the need to continue reasoning on the value of the agreement, the relationship that is created between administration and citizens, see V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, Quaderni della Facoltà di giurisprudenza, Trento, 2022, 21.

25 See F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

26 According to the liberal theorist Constant, authority derives its power from sovereignty. With this power it is possible to shape the interests to be pursued - political power to identify public choices or the public interest. The nature of this power is collective, but it is in the hands of the authority, in relation to which freedom remains as something essentially individual. Finally, political rights are not conceived by Constant as an actual freedom, but they enable individuals to participate in the formation of the general will; however, the real freedom is able to clash with others to bring out the general interest that will always be the result of a comparison. It is a sort of majority will, the position of the majority. For Rousseau there is much difference between the will of all and the general will: this concerns only the common interest, the other the private and the sum of particular wills. See B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, 1806; J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, 1762.

27 F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in Riv. trim. sc. amm., 1978.

which citizens take action to guarantee and improve their collective enjoyment and share with the administration the responsibility for their care, shared management or regeneration; 'care' as an actions and interventions aimed at the protection, conservation, management and maintenance of common goods; and 'shared management' as public use and collective action for the management of the commons, with inclusiveness and integration». To frame the concept of general interest, refers to State Law on third social sector<sup>28</sup>: «activities carried out on a non-profit basis with civic, solidarity and socially useful purposes and defined pursuant to article 5 of Legislative Decree 117/2017».

In fact, the main regulatory reference in the definition of activities of general interest is the last-mentioned 2017 State of law, which lists these kind of activities: social interventions and services, education, environment condition, interventions for the protection and enhancement of the cultural heritage and landscape, tourism activities, university and post-graduate education, scientific research relevant for social interest; organisation and management of culture, arts, and sport, humanitarian reception and social integration of migrants, social agriculture, and so on other activities; Even though this is not an exhaustive list, it can provide a framework<sup>29</sup>.

Basically, what the law mention is about the function of third sector entities, rather than social enterprises including social cooperatives carry out more activities of general interest for the non-profit pursuit of civic and fair solidarity and social utility. The «shared administration» instruments allow all citizens to contribute, through legal administrative decision to general interest.

---

<sup>28</sup> In the same way also the Emilia Romagna (L. R. 3/2023), Umbria (L.R. 2/2023) and Lazio Region Law (L.R. 10/2019). This latter specifies that commons good is understood as goods, tangible and intangible, functional to individual and collective well-being and to the interests of future generations.

<sup>29</sup> Please, refers to A. SANTUARI, C. GOLINO, *Gli enti del terzo settore e la co- amministrazione: ruolo della giurisprudenza e proposte de jure condendo*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2022; F. GIGLIONI, *principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus* 2/2019; A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi.it* 12/2018; M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos* 2/2018.

The item achieves the fullness of the person, the development of human, the affirmation of his or her dignity as an individual, as established by the first part of the Italian Constitution regards to fundamental right<sup>30</sup>. Thus, the main elements of the system include solidarity and participation. Following the «subsidiarity<sup>31</sup> paradigm<sup>32</sup>» citizens can decide to make themselves available to implement responses (with their own job) they feel they need, and they promote a solution for which the public administration had not thought of, organised, or implemented yet. It is an additional action to that one already planned in the administrative activity, without replacing it<sup>33</sup>.

This capacity for involvement civil society, to give the opportunity to participate and contribute becomes possible, rightful and a proper 'administrative function' thank to the tools of the «shared administration» - creating the necessity to balance with the other features.

This finds direct constitutional legitimisation in the article 118 of the Constitution, which recognises «subsidiarity» as a mean to distributing administrative, decision and action power involving the exponentiality of the community<sup>34</sup>. This legal principle recognises the favour to proximity to firstly be le-

---

30 G. ARENA, *Interesse generale, solidarietà, sussidiarietà*, Labsus, 2015, <https://www.labsus.org/2015/02/interesse-generale-solidarieta-sussidiarieta/>.

31 Italian Constitution forecasts the 'subsidiarity' principle in art. 118, par. 4, according to which active citizens can take care of a general interest, that does not entirely coincide with the public, private or collective interest or with the interest of a specific group. Essentially arises from the participation of the community thanks to the willingness of the parties motivated to collaborate; they take an initiative that implies collaborating with administrative bodies, which can even leave complete 'space' to citizens (principle of horizontal subsidiarity) C. IAIONE, *The CO-City: Sharing, Collaborating, Cooperating, and Commoning in the City*, *American Journal of Economics and Sociology*, 2016.

32 The subsidiarity paradigm is connected to the shared administration, and it is realised through a sphere of rights and freedoms that make up administrative citizenship and the relationship between the state and the administered based on the principle of subsidiarity, G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI E G. ARENA (eds.), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

33 G. PAVANI, S. PROFETI and C. TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco-sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*, Bologna, Il Mulino, 2023.

34 It is the valorisation of proximity F. MERLONI, *Introduzione al diritto amministrativo e ai suoi principi*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2022., V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, agg. ed. VII, 2003, he minds the qualification of general interest as also the product of political social process; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, Il Mulino, 2013. Please, to the 'vertical' concept refer also to F. MERLONI, *Il titolo V, le Regioni e le riforme delle autonomie territoriali*, 1 Ist. del federali-

gitimate to respond to citizen's needs, enhancing the country's autonomies. It regulates relations among the different levels of government, but also those between public territorial authorities and private<sup>35</sup>. «Subsidiarity» dates to the Italian law approved in 2001<sup>36</sup> in revising the Constitution to allocate function, according to the organisational criteria of «subsidiarity, differentiation and adequacy».

This has found recognition by the European Union in the article 5 of the European Union Treaty, that states: «1. The limits of Union competences are governed by the principle of conferral. The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality [...] 3. Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level [...] ».

This is basically the same favour expressed to the local level action, the so-called «vertical subsidiarity<sup>37</sup>» (and we will see it again later on) but additionally the Italian Constitution added the concept of «horizontal subsidiarity» expressed by the paragraph 4 of the article 118 of the Constitution: «the State, regions, metropolitan cities, provinces and municipalities shall promote the autonomous initiatives of citizens, both as individuals and as members of associations,

---

simo, 2021; L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (eds), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, 2017; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002; M.P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, Milano, 2002; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003; G. FALCON (eds), *Lo Stato autonomista*, Bologna, 1998.

35 F. MERLONI, *Introduzione al diritto amministrativo e ai suoi principi*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2022.

36 Art. 4, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, Modifiche al titolo V Cost.

37 D. DONATI, *Le città strategiche. L'amministrazione dell'area metropolitana*, St. di diritto Pubblico, Milano, Franco Angeli; E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004; I. TORCHI (eds), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009; L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (eds), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017; E. CARLONI, F. CORTESE, *Dir. delle autonomie territoriali*, Padova, 2020.



relating to activities of general interest, on the basis of the principle of subsidiarity<sup>38</sup>».

This provision is preceptive, in other words, it requires that public authorities foster the participation - «shall promote» - to define general interest, general needs: «autonomous initiatives of citizens [...] relating to activities of general interest».

It means not only to not obstruct initiative that arrive from the 'bottom' but also to promote them<sup>39</sup>. How to do this? As we will see later, it is the case of recognising to everyone all the possibilities through transparency and publicity of the opportunities and put in place, after evaluation<sup>40</sup>, initiatives through the administrative tools of «shared administration» that become an organisational tool of public authorities<sup>41</sup>. The administration represents various action models that are integrated with each other<sup>42</sup>, such as regulation, procurement, and other administration performances; «shared administration» is a distinctive model, different from authoritative or private (think about the access to the global services marketplace) which is added the others. To understand it better, we should focus on its main purpose: the general interest as a goal to achieve non-profit action with the participation capability from the bottom.

In a «shared administration» model there is a convergence of objectives between the public and the private social actors, and this is what the Constitutional Court at the sentence 131 of 2020 has recognised<sup>43</sup>. For the Court the

---

38 Signed in Maastricht 7 February 1992, European Union, Consolidated version of Treaty on European Union, 2016, Official Journal of the European Union C 202/1, [http://data.europa.eu/eli/treaty/teu\\_2016/oj](http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2016/oj). c. magnani, *Sussidiarietà e Costituzione: pluralismo e diritti. Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino, Giappichelli, 2007, 121-139. See also CE, White Paper on governance, 2001.

39 See Corte Cost. n. 52/2021.

40 An evaluation that is neutral respect of the assessment of public value of the proposal. See F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (eds).

41 M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (eds).

42 G. PAVANI, S. PROFETI and C. TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco- sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*, Bologna, Il Mulino, 2023, 66.

43 See G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, in *Giur. cost.*, 2020.

spontaneous civic collaboration is an enabling condition to activate «shared administration», instead of the other models, because of the disposition is more likely to have preference for subsidiarity approach, as expresses by the Constitution. And it is possible in case of solidary actions and in place characterised for «solidary society» that can offer a response made by their capabilities for the «society of needs»<sup>44</sup>.

The sentence recognise that the Constitution made a systemic implication presenting the «shared administration» as a model, starting from the recognition of the profound sociality of the human person and its possibility for a positive and responsible action for the public.

This, defined as the freedom of post-moderns, is peculiar of a «new citizen» who does not merely participate to the formation and exercise of sovereign power. It allows its holder to express himself or herself actively with personal participation in those occasions of common living, common life that directly and individually may interest and involve him but for the community, following the principle of solidarity<sup>45</sup>.

It was intended to overcome the idea that only the action of the public system is intrinsically suited to perform activities for the general interest. It can be pursued by an autonomous initiative of citizens, identifying a proper sphere of organisation for social freedoms that can be attributed neither to the State nor to the market, but to those forms of solidarity that has been expressed as a relationship of reciprocity<sup>46</sup>. « [...] shared administration, alternative to that of profit and the market: ‘co-planning’, ‘co-design’ and “partnership” (which can

---

44 See Corte Cost. n. 131/2020. See also G. PAVANI, S. PROFETI and C. TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco-sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*

45 This freedom remains closely linked to the assumption of responsibility, like the attitude to respond to general needs because he trusts the community people and counts on the fact that they will adopt the same attitude, recognised to the law – defined reciprocity effect, see M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (eds.), 117. Reference to F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.; G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, 2006, 3.

46 This is the point expressed by Corte Cost. n. 131/2020.

also lead to forms of “accreditation”) are configured as phases of a complex procedure that express a different relationship between the public and private sectors. As phases of a complex process expressing a different relationship between the public and the «private social», so not simply based on a synallagmatic relationship<sup>47</sup>».

The European Union’s case law, he also recognised that in the context of activities with a marked social value, the principle of solidarity, rather than the principle of competition, must be favoured in the awarding of contracts<sup>48</sup>. The social value become a criteria for this organisational model, inspired not by the principle of competition but by the principle of solidarity (provided that non-profit organisations and citizens contribute, under conditions of equal treatment, in an effective and transparent manner for the pursuit of social aims)<sup>49</sup>.

This model is inspired by the so defined «paradigm of subsidiarity<sup>50</sup>», according to which the public sphere is redefined embedding citizens’ participation for definition of general interest. It is linked to the egalitarian principle and the respect of human rights<sup>51</sup>. Article 3 of the Constitution establishes the equality of people and the necessity for the Republic to remove the limits to the same possibilities and to strengthen their capability to participate in the social-political life<sup>52</sup>. The valorisation of citizens’ and thus their contributions, as

---

47 The translation is from the author, see Corte Cost. n. 131/2020, 9.

48 As stated to the mentioned Corte Cost. n. 131/2020 and recently to the Regional Administrative Court (TAR) of Trento, sez. I, 23 May 2023, n.77.

49 «Shared administration» is to achieve the general public interest pursued, see, e.g., TAR Lombardy, Milan, sez. Lombardy Milan, sec. IV, 2 March 2023, n. 538; TAR Lazio Roma sez. III, 8 February 2021, n. 1594.

50 G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. Merloni e G. Arena (eds.), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, Il Mulino, 2013.

51 Art. 2 «The Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, both as an individual and in the social groups, where human personality is expressed. The Republic expects that the fundamental duties of political, economic and social solidarity will be fulfilled», Senato della Repubblica, [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf).

52 Art. 3.2 of Constitution: «It is the duty of the Republic to remove those obstacles of an economic or social nature which constrain the freedom and equality of citizens, thereby impeding the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic and social organisation of the country» Senato della Repubblica,

we mentioned, configure as a proper function, welcoming participation and giving equal opportunities<sup>53</sup>: by organizing themselves can respond to general needs left unmet. The authorities shall internalise participation means as part of the «enabling state<sup>54</sup>»: a model that is the result of a democratic State; its origin comes from the capability of people and organization composing the society, their resources, and the power of organizations of citizens. It originated from the crisis of the Welfare State and caused the diminishing of social protection systems and the capability of local authorities to face all needs<sup>55</sup>. At the same time, the growth of the complexity of society calls for more energy<sup>56</sup>. Therefore, transformation of the Welfare State does not mean its demolition, but maybe its remodelling. The «shared administration» can represent an alternative, or a resilience to manage this ‘transition’. What Niel Gilbert said in 1989<sup>57</sup> can, even if only in part, help to clarify this point, he thoughts the Wel-

Cost. in inglese [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf).

53 Around the theme of equal opportunities please, refer also to G. PETTINARI, *Gender and corruption, a matter of public integrity. Systematic approaches starting with the international framework*, IusPublicum, 2. 2022.

54 In this sense, see S. CASSESE, *Le prospettive*, in L. Torchia (eds) *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, 515; E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO AND F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, Il Mulino, 2017. See also F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (eds), foot note n. 4.

55 The various interests that will be proposed necessarily need protecting and the administration is called upon to protect, that has led to a proliferating of the centres of allocation of responsibilities and the corresponding administrative functions. F. DI LASCIO, *Public Administration as a Complex Adaptive System between Crisis and Conflict*, F. DI LASCIO, M. DE DONNO (eds), *Public Authorities and Complexity. An Italian Overview*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 82. Refer also to G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, Giappichelli, 2011.

56 While social goals are harder to reach, the functionalities and the extent of social spending depend on lots of conditions, demographic changes, economic market supremacy, the role of the State, the level of resources, of poverty, technology, the development of the Country, etc. F. BASSANINI, T. TREU E G. VITTADINI (eds), *Una società di persone?. I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, Bologna, Il Mulino, 2021.

57 The theories of the author have met much criticism because of research method: his criticism to the egalitarianism and his position in favour of the «progressive conservatism. See A. CERRATO, *Never Enough: Capitalism and the Progressive Spirit di Neil Gilbert (2016)*, in B. MAGNI and F. LIVERIERO (eds), *Quaderni di Biblioteca della libertà*, 1/2019. Anyway, in our point of view the approach of the author is useful to build the theme of «Enabling State». See, Neil Gilbert, *The Enabling State*, New York, Oxford University Press, 1, 1989, 171-86. The author said that since the mid-1970s there has been a fundamental change in social welfare in the

fare State were changing to another one, a State of opportunities, the so called «Enabling state». This idea then has found further development and theorists, but it is important to bear in mind the focus on decentralized governance, supported by the State. This is a way for to suggest authorities for advancing a dialogue with civil society actors to shared goals and social policies, coordinated by a multi- level governance, based on a collaboration strategy<sup>58</sup>.

In our reasoning is crucial to focus on the promotion and the bringing together forces of all society especially for individuals. It is possible to guarantee equal opportunities for shared responsibility through a collaborative approach. For this point, «shared administration model» can be a pathway to make social responses accessible to anyone through a co-operation action.

### **3. From an economic theory to a legal idea of «commons»**

The general interest is the main feature of «shared administration model», finding a natural field of application in the management of «common good». There are two main ways to define what are «common goods»: first, it is thinking about what kind of good it is, reasoning on the characteristics of things involved. On the other hand, focus on the action and process, which activates a different administrative model from the «traditional one». From this point is possible to get a reflection on the nature of the resources themselves<sup>59</sup>. The first approach of this classification of goods is applicable in every discipline but most of all followed in the economic approach. The legal science has done both, and we will mention them, but we do finish with the Administrative Law studies of Gregorio Arena that define the status of «things» starting from the practice<sup>60</sup>. We opt mostly for this second approach.

United States. It has shifted from the direct public production of welfare goods and services to the indirect one. This has been accompanied by decentralization and commercialization and it is being transformed into the Enabling State.

58 M. Reijo, *Innovation, Human Capabilities, and Democracy: Towards an Enabling Welfare State*, Oxford, 2013.

59 F. CORTESE, *What Are "Common Goods" (beni comuni)? Pictures from the Italian Debate*, 124.

60 G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, in Riv. it. com. pub., 2004, 1, 23; G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un Patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Milano, 2020.

The main economic theory opposed to the collaboration, and from which basically flowed the idea of «commons» of Elinor Ostrom is «The Tragedy of the Commons». Biologist Garrett Hardin created a metaphor to describe human behaviour: where herdsmen sharing a common pasture put as many cattle as possible out to graze, acting in their own self-interest to run out of land resources.

In that way he wanted to demonstrate the selfishness of men can destroys available and free resources limiting the advantages of all the others.

«Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all» (Hardin, 1968<sup>61</sup>).

For Hardin, the problem of free access and free use of natural resources creates a situation like the one where shepherds feed their flock more than possible at the expense of the community whole. In that sense the metaphor of animals that consume grass faster than the ground can regenerate. The effect of overgrazing is shared by all users, while only one shepherd can benefit from adding extra sheep beyond the possibility of sustainable land usage, gaining an extra profit. Consequently, the depletion of resources is a problem that hampers every future user. After the damage, other herders can add only a few sheep once the grass is restored or preserved. For Hardin, this example explains the exploitation of the world and natural resources. His study wants to demonstrate the inclination of humans to take their own benefit, even at the expense of the common interest.

Hardin's theory has succeeded starting from the increasing interest in environmental conservation and sustainability problems in the 1960s<sup>62</sup>.

The solution that Hardin found to the problem of self-destruction was to put a price and to develop a third subject to monitor the use of the re-

---

61 G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, Science, 162, 1968, 1245.

62 Finally, he explained why overpopulation was causing so much damage to the environment J.M. ANDERIES, M.A. JANSSEN., *Sustaining the commons*, Centre for the study of institutional Diversity, Arizona University, Matthews Hall, 2013.

sources. And this throughout privatisation, to limit just one or few users (the only ones who take benefits) or the public property solution to develop an authorised system to access the land and letting it manage by the authority able to limit any irrational opportunism. In other words, an external power: the «Leviathan» or the market; in that latter excluding some citizens from the use of the natural resources, while excluding them from the decision process or management.

That theory of a naturally selfish approach was already known by that time thanks to the «theory of prisoner»: another frequently non-cooperative model, famous for the “prisoner’s dilemma”, written by A. W. Tucker in 1950<sup>63</sup>. In that case, two prisoners suspected of committing robbery together, are isolated and interrogated to get a confession of guilt. Each one worries about getting the shortest possible prison sentence; they must decide whether to confess without knowing his partner’s decision. Both prisoners are aware of their decisions: (1) if both confess, they will both be sentenced to five years in prison (2) if neither confesses, they will both be sentenced to one year (3) if only one of the two confess and the other keeps silent, the first will be free from prison and the second will get the maximum sentence.

Therefore, the two people involved, who are interviewed separately, can confess to obtain the minimum sentence, but only if both do it. Both players are aware of each other situation, but no one knows what the other player will do<sup>64</sup>.

The players only have control on their own actions. So the evaluation is autonomous because isolated and based on the only benefits for the players.

They can inform the authority of the partner’s misconduct and not reveal about themselves: the most selfish option and this is exactly the one they choose.

---

63 A. W. TUCKER, *The Mathematics of Tucker: A Sampler*, *The Two-Year College Mathematics Journal*, 14, 3, 1983, 228–232.

64 Davis M.D., S. J. Brams, *Game theory*, Britannica encyclopaedia, consulted Jan. 2023.

In these cases, we can find the fundamental of «common dilemmas»<sup>65</sup>: noncooperative behaviour, where a no-cooperative solution is the worst for everybody. In fact, in the prisoner dilemma they report to the police the partner's involvement in the crime, imagining that the other one will do the same. So, they were opting for the more individualistic solution rather than the best solution, the collaborative and rational one: confessing. As a result, they mistrust each other, leading to disadvantageous choices.

The two parables can demonstrate that isolation, the impossibility of communication hinder trust in the players. Reciprocity needs relation and contact, so it should be based on common knowledge, and trust, to have some certainty over other people's behaviour and decision.

The challenge is to pass from an unpredictable situation to a predictable and foreseeable one.

Hardin, in his essay, uses the term «commons», referring to the open-field system that was a situation during the middle-age in Europe, and he took the example of England for his theory. Still, in that case, the meaning of commons is different compared to how we intend today in a democratic context for it. The context was very different. Far away in time, lands for a long period were part of the baron's property. The lands were open for some period of the year for a free using; anyway, none of the users had the right to take care of, manage or exclude other users from the natural resources. There was no involvement of people in the government of the resources, and they had no possibility to change knowledge, as we intend today<sup>66</sup>.

Following the comparison of the Commons dilemma and prisoner dilemma, those demand a social solution, an interaction, and the possibility of collaborating to take a common decision. Giving people the opportunity to

65 G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit.

66 It is not easy and probably is not the point to compare to the concept of commons from the medieval with the current one (J-P. Genet, *La légitimité implicite*, Paris-Rome: Éditions de la Sorbonne, <http://books.openedition.org/psorbonne/6568>, 2015, 207-222) in the contemporary context, J.M. ANDERIES, M.A. JANSSEN., *Sustaining the commons*, Centre for the study of *institutional Diversity*, Arizona University, Matthews Hall, 2013.



share knowledge so that they can make a deal. The solution found by Elinor Ostrom follows this model to challenge the Hardin theory through a collaboration model to have collective benefit<sup>67</sup>.

The solution comes from a complex social system with instruments for having things in common, such as: choice a project, its goals, and rules; basically, a 'shared governance' or as we called: «shared administration».

Several Ostrom ideas come from real examples of communities which have been able to share and defend common resources. Usually, these are models based on the participation of their users that share common knowledge. They have the incentive to report contractual infractions, the functionality the success of their common project. And, on the other hand, some instruments to monitor.

Ostrom claims that neither the State nor the market can successfully enable users to sustain the long-term use of natural resources<sup>68</sup>. That is why there is a call for individuals to protect resources they know as fundamental to themselves and so finding a solution as communities of individuals organised to protect their lives through a collaborative practice.

The cooperative solution seems the most effective option. This is the reason why the best choice is opting for sharing common knowledge to face the future scenario state of scarcity of the resources through people practices. In «Governing the commons», Ostrom, set up a system for a «new institutionalism» where individuals find a role to manage commons that are subtractable, meaning that declines use over time<sup>69</sup>. In other words, there is a rivalry on the consumption, with no exclusion for the consumption. It is the case of overutilization and exhaustion<sup>70</sup>.

67 L. KISER, E. OSTROM, *The Three Words of Action: A Metatheoretical Synthesis of Institutional Approaches*, in E. Ostrom (eds.), *Strategies of Political Inquiry*, Beverly Hills, 1982.

68 E. OSTROM, *Governing the Commons. The evolution of institution for collective action*, Cambridge, 1990.

69 V. BODNIEKS. *The New Institutionalism: A tool for analysing defence and security institutions*, Security and Defence Quarterly. 2020.

70 R. MAYNTZ, *Common goods and governance, Common goods: Reinventing European and international governance*, 2002, 15-27.

Following the UNESCO declaration, commons are kind of a good available for anyone (no cost), non-excludable; all users can take advantage from them, but the resources can reduce over time, so is rivalrous<sup>71</sup>. Most of commons can refer to a broad set of natural and cultural resources, that are shared by many people. Examples are: «forests, fisheries, or groundwater», resources that are accessible to all members of the community<sup>72</sup>. Moreover, there are some intangible goods, so called «cultural commons»<sup>73</sup>.

We may also think about the example of collective properties in Italy, or the indigenous rights on land in North and South America, as well as collective rights of servitudes or use are currently granted by many national laws<sup>74</sup>. In

---

71 As we mentioned, in an economic point of view, «commons» are products from which consumption is possible to exclude no one, but its use is competitiveness. This means that everyone has access to use the good, but the use by one person limits the utilization of the other, K. PRANDECKI, *Common Goods and Sustainable Development*, European Journal of Sustainable Development, 6, 3, 2017.

72 J.M. ANDERIES, M.A. JANSSEN., *Sustaining the commons*, Centre for the study of institutional Diversity, Arizona University, Matthews Hall, 2013.

73 M.R. MARELLA, *The Commons as a Legal Concept*, Law critique, 2016.

74 To investigate the legal history, we should refer to *res extra commercium* in classical Roman law: «Public, sacred and religious things had in common with private things the fact that they fell into the sphere of procedural *res*. However, the trial (and exchange) did not ascribe value to private things. For public or sacred things or, more specifically, for those things whose public or religious purpose had been established as perpetual, sanctuaries and citizens' areas, founding places, their legal classification as *res* did not translate into any estimation of their value. (...) Since these "things" are strictly speaking inestimable (...), injunction proceedings only dealt with their use, and not their ownership». Cit. F. CORTESE, *What Are "Common Goods" (beni comuni)? Pictures from the Italian Debate*, 130.

It is also useful to mention another reference to the past Roman legal category of: *res in usu publico* ('things in the use of the public'), goods that people could use as *uti cives*, *res communes omnium*, based on the availability to the public, because is an asset of the State, or because the goods that are part of collective properties, or finally because the functionality of the good is of public interest. Moreover, the *res communes omnium* was appropriable, nevertheless to the extent that it did not prejudice the uses of the good by the others M. FIORENTINI., *Res communes omnium e commons: contro un equivoco*, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* V. SCIALOJA: quarta serie IX, 2019, pp. 153-181. For some issues concerning the legal management of common resources in the roman legal system, it is possible to find some indication of the status on the judicial remedies established for the protection of commons, T. DALLA MASSARA, A. SCHIAVON, *Remarks on Common Possession Between Law and History*, *Global Jurist*, 21, 3/2021, 561-570.

In the case of public usability of the public good, the judge (*praetor*) would grant the equivalent remedy to whoever made a plea (*quivis de populo*) and everyone (in that case citizen) could make an appeal because of the interest in using the good. In those brief indication we can find the base of the 'collective' nature of these goods, kind of collective co-possession for avoiding the 'monopolistic' paradigm (of property) (Dalla Massara, Schiavon, 2021). Since the paradigm

some cases, they are recognized as formal entitlements, in others they are governed through informal practices<sup>75</sup>.

A «common-pool resource» as Ostrom refers to, is a resource of the environment, something in public domain for which it is impossible to exclude other users altogether, going beyond the legal property status of good<sup>76</sup>.

Recently, in 2011 two important decisions: one made by the Supreme Court of India and the other refer to the Italian Supreme Court, both refers to a system to protect collective rights. The first case was made by a transformation from a public to a private area located in a village in the State of Punjab, which included a lake that was vital for local habitants as a source of water for their life. The Court condemned the widespread practice of the local government and recognise the need to protect common rights to defend the lives of communities (in that case maintaining the public domain).

The Italian decision concerns a case of private fishery willing to buy an area of the Venice Lagoon, and the Court avoid the claim, maintaining the state properties and adding that had to be considered «common goods» when they were for the achievement of people's fundamental rights.

It is evident the right to have benefit of all from the resources.

The first holders of commons in those cases were the public authorities - and in fact most of the cases the public domain is the form that characterise the contemporary commons status<sup>77</sup> - but following Ostrom's theory they can be public or private, this is not a crucial point, rather than their public functionality. It is useful to rethink the traditional dominical categories based on the dichotomy between private property and the public. The starting point for this

---

of commons can also find recognition of legal titles for people concerning the resources involved, that might claim the co-management beyond the traditional property status, T. DALLA MASSARA, A. SCHIAVON, *Remarks on Common Possession Between Law and History*, 561-570.

<sup>75</sup> M.R. MARELLA, *The Commons as a Legal Concept*, Law critique, 2016.

<sup>76</sup> E. OSTROM, *Governing the Commons. The evolution of institution for collective action*, Cambridge, 1990.

<sup>77</sup> F. CORTESE, *What Are "Common Goods" (beni comuni)? Pictures from the Italian Debate*.

reflection could be identifying substantial interests, whose satisfaction is a priority to ensure a quality of life for the associate sustainable development<sup>78</sup>.

«In any case they should guarantee the collective fruition of common goods in the ways and within the limits established by the law. If the holders are public legal persons, common goods are managed by public bodies and are located out of trade and markets<sup>79</sup>».

In that framework, it is interesting to mention the proposal of Stefano Rodotà<sup>80</sup>. The Commission, of which, he was President had a mandate to review the legislation about the legal status of goods contained in the Civil Code. The Commission submitted a propose previewing a new good category: «commons». Inside the review has been include a proper new category, following the proper functionality of these goods, introducing a definition: the category of common goods includes things with functional utility for the exercise of fundamental rights and the free development of the person<sup>81</sup>. The Commission has defined them as part of critics of the legal status of goods because they do not follow the definition of public or private, but they can be instead. That defines commons as useful to exercise fundamental rights and to the free development of the individual. The principle of intergenerational preservation of utilities informs it<sup>82</sup>.

Finally, we should see the definition from an administrative point of view, as the one suggested by Gregorio Arena, which defines commons as all

78 A. SIMONATI, *Per la gestione "partecipata" dei beni comuni: una procedimentalizzazione di seconda generazione*, Prendersi circa dei beni comuni per uscire dalla crisi, Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016.

79 F. CORTESE, *What Are "Common Goods" (beni comuni)? Pictures from the Italian Debate*, 126.

80 The Documentation report is available at [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?facetNode\\_1=0\\_10&facetNode\\_2=0\\_10\\_21&previousPage\\_mg\\_1\\_12&contentId=SPS47617](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previousPage_mg_1_12&contentId=SPS47617). See also U.MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, (eds.). *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*. Bologna, Il Mulino, 2007.

81 «They include, essentially, natural resources, such as rivers, streams, lakes and other waters; air; parks, forests and wooded areas; high-altitude mountain areas, glaciers and perennial snows; stretches of coastline declared an environmental reserve; protected wildlife and flora; other protected landscape areas. It also includes archaeological, cultural and environmental assets. These are assets that - as mentioned above - suffer from a highly critical situation, due to problems of scarcity and depletion and to the absolute inadequacy of legal guarantees».

82 M.R. MARELLA (EDS.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Roma 2012.

those goods for which citizens and administration choose to be together to take care of them, sharing their responsibility for it. This mechanism is sanctioned by their volunteer that finds space in a proper agreement<sup>83</sup>.

«Common goods, in this view, are all those entities - which we might call “catalysts” - that compel active citizens, as per Art. 118, par. 4, Constitution, to take care of a general interest: i.e. an interest that does not entirely coincide with a public, private or collective interest, or with the interest of a specific group, but essentially arises from an alliance of all the parties that are involved at different times and are motivated to protect and promote it<sup>84</sup>». In this case too, the theory of common goods is invoked as a solution to issues concerning the collective actions.

#### **4. Co- operative (management) system and decision- making process**

The collaboration approach<sup>85</sup> as seen above, in legal studies and especially in public administration literature find a definition to the alliance agreement stipulated by citizens and authorities<sup>86</sup>.

As we see in par. 2, the shared administration model is a system to answer much ‘general needs’ emerging from the citizens and organizations. At the same time, it contributes to the complexity of public administration tools, where one of the more complex situations is managing the plurality. Since the subjective positions embedded in the claims have progressively assumed relevance in the legal system<sup>87</sup>, handling all the instances and the various souls of pluralism challenges democratic administration.

---

83 If the property of the good is private, and if the owner agrees to the deal's object, the agreement shall be shared by all of them. G. ARENA, *Dai beni pubblici ai beni comuni*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 3/2022, 647.

84 F. CORTESE, *What Are “Common Goods” (beni comuni)? Pictures from the Italian Debate*, 120.

85 E. OSTROM, *Building trust to solve commons dilemmas: Taking small steps to test an evolving theory of collective action*, Games, groups, and the global good, 2009, 207-228.

86 F. CORTESE, *What Are “Common Goods” (beni comuni)? Pictures from the Italian Debate*, 124.

87 F. DI LASCIO, *Public Administration as a Complex Adaptive System between Crisis and Conflict*, F. DI LASCIO, M. DE DONNO and F. DI LASCIO, *Public Authorities and Complexity. An Italian Overview*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 81.

The challenge launched from Ostrom is to develop theories of human organization based on realistic condition and system of management instruments to put available human capabilities for sharing their richness.

To accomplish that, firstly, communities should share a common necessity (the open access and sustainability of a certain good) and establish the common values to 'translate' in a project of management, so through those guiding criteria, they can self-organizing to manage the good.

In order to do an analysis, Ostrom suggests using a framework adaptable to each single situation; the framework is called the Institutional Analysis and Development (IAD)<sup>88</sup>. The aspects of the social systems, that can be various, depend on the existence of types of social subjects, multiple levels of organization and rules, consequently we should expect differences for each type of context<sup>89</sup>.

Following the IAD model, it is considered important starting to find out: (1) the physical or immaterial subject of the policy, his dynamics that characterised an 'arena', the community involved, the rules used by participants to order their relationships.

Firstly, she suggests to identify community need and various possibilities to tackle the problems within an institutional agreement basing on the outcome to achieve (Ostrom, 2011)- the goal. Second, it is necessary guarantee to «shared understandings among those involved that refer to enforced prescriptions about what actions are required, prohibited, or permitted» and the third point is concentrate on the structure of the more general community within which the decision «arena» is placed.

These are means to evaluate the efficiency of an operating systems, including an overview of the administrative or organizational costs associated, based on set-up model of governance. Moreover, Ostrom define a list of prin-

---

88 E. OSTROM, *Background on the Institutional Analysis and Development Framework*, The Policy Studies Journal, 1/2011.

89 J.M. ANDERIES, M.A. JANSSEN, *Sustaining the commons*, Centre for the study of institutional Diversity, Arizona University, Matthews Hall, 2013.

principle to support projects of «commons» and it comes from practical examples of success with the use of commons studied to inspire a model of governance; they are the following: (1) clearly defined action possible and not, the boundaries of the resource to have a sustainable system to share<sup>90</sup>, a quantitative of resources and proportional equivalence between benefits and costs of their use to an open access conditions. For a collective-choice practices: rather than the object and the condition of usability, it is useful establish 'instruments' of deliberative mechanism: rules and processes to respect and modify norms.

Furthermore, it aims to define individuals' role of responsibility and supervisor. A system of monitoring: choose the transparency and accountability rules. Some graduated sanctions, if users violate rules and so conflict-resolution mechanisms to solve conflicts among or between users and officials' organization. Last, the model should be guarantee how to organize and manage themselves - as organization or groups of citizens - having co-operation power with public authorities, so there are multiple layers of organisation for appropriation, delivery, monitoring, enforcement, conflict resolution and governance<sup>91</sup>.

Ostrom theory indicates where it is possible to create a new institutional system, and how to do it, starting from the community, that does consider its necessity according to the resource through a set of power. Actions and decisions on the commons involve a multiple level governance including in the phase of decisions and practice lots of subjects and potentially all the community. In this sense, it is important to highlight that most of all the main field of application is local level, where, as we mentioned, the closeness to the citizens and between citizens support the model of collaboration<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> E.g., natural such as the irrigation system or fishery or not material, such as data or knowledge and the individuals or people involved, with rights to resource are clearly defined.

<sup>91</sup> For resources that are part of larger systems. That last point opens up the possibility to reflect on a global scale of commons, that is out of the edge of this paper. Please, refer to a E. Ostrom, *Governing the Commons. The evolution of institution for collective action*, Cambridge, 1990.

<sup>92</sup> For a critic to the Ostrom theory please refer to A. KAUFFMANN, *Les limites de la généralisation du modèle d'Ostrom de gouvernance des biens communs: le cas du transport fluvial*, Logistique & Management, 2019.

This principle is reinforced by the subsidiarity one and so the explicit reference to the primary role of municipalities in responding to the interests of their citizens.

According to the principle of «horizontal subsidiarity», all administrative functions are primarily the responsibility of local authorities<sup>93</sup>.

In turn, local authorities must foster citizen participation and social self-organisation, the equilibrium is well described for the Decree 267/2000 art. 3, para. 5, Local Authorities Law: communities, organised into municipalities and provinces, are autonomous [...] hold their own functions and those conferred on them according to the principle of subsidiarity. They perform their functions also through the activities adequately exercised by the autonomous initiative of citizens and their social groups.

## **5. The innovative Italian administrative model**

«[W]hile legitimacy of the commons on legal grounds remains problematic» as a new category of goods, the Italian system offers an administrative set of rules for the collaboration management of commons between the public authorities and the private subject involved on the actions<sup>94</sup>.

Following the administrative practice participants can be formal organizations or informal organizations, including free and spontaneously interested citizens as «horizontal subsidiarity» previews through a promotion of autonomous initiative of citizens, both individuals and associated, to carry out activities of general interest.

In this sense, commons are goods that are recognized by society or community, but they are considered from the authority basing on their collective interest.

LABSUS, «Laboratory for Subsidiarity», a network to sustain the development of collaborative governance approach for municipalities and their cit-

---

<sup>93</sup> C. TUBERTINI, *Gli strumenti del diritto*, in Id et al. (eds.), *Le città collaborative ed eco- sostenibili. Strumenti per un percorso multidisciplinare*, cit.

<sup>94</sup> M.R. MARELLA, *The Commons as a Legal Concept*, *Law critique*, 2016.



izens<sup>95</sup> - which has become a proper input for lots of municipalities, that joined the network for promoting collaboration – following some practises in the Country, de facto actions that respond to widespread will, suggested to legalised the proposal throughout: a ‘Collaboration Agreement’ («Patti di collaborazione»). A document to the definition of the agreement between the administration and citizens which falls within the scope of public law. Provided in article 11 of Law 241/1990 and titled: «supplementary or substitutive agreements of the measure».

In order to make an agreement the interested parties should sign a deal with the municipality, the institutional level where usually most of commons are situated. The agreement is made to define the subject of the goals to share.

LABSUS also promotes a type of «Regulation for common goods» («Regolamento beni comuni») for public authorities that aims to indicate the general and strategic policy line to develop relationships among various society subjects to develop initiative on commons.

It is the «sharing paradigm» for a collaborative system that involves public authorities and citizens and become an organization model.

Therefore, the spectrum of application goes beyond cities and involves non-urban areas<sup>96</sup>. Anyway, city and municipality found fertile ground in the field of urban regeneration; Bologna was the first city to approve the Regulation in 2014 (renewed in 2023<sup>97</sup>) and signed lots of various «agreement» for the urban regeneration, mutual utilities services, cultural projects, and so on<sup>98</sup>.

---

95 See the concept of «amministrazione condivisa», G. ARENA, cit.

96 A. GRETTER, et al., *Trento Social Commons. Community Engagement as Tools for New Physical and Cultural Relationships Between Rural and Peripheral Spaces*, Journal of Alpine Research, Revue de géographie alpine, 2018.

97 A. ARCURI, *La dimensione territoriale dell'amministrazione condivisa, i casi del Comune di Bologna e della Regione Toscana*, in Istituzioni del Federalismo, 3/2022; D. DI MEMMO, *Commento al nuovo regolamento di Bologna sull'amministrazione condivisa*, in [www.labsus.org](http://www.labsus.org), 23 gennaio 2023.

98 See, article 1 of the new Regulation of Bologna published in January 2023 about the subject of the norm: «The care and regeneration of urban commons is a way of carrying out activities of general interest characterised by the active involvement of the community on the basis of the recognition by its actors of a functional link between the protection of these goods and the concrete conditions for the full expression of the human personality». Translated by the author.

Even though the debate on the nature of the agreement remains open, they are basically signed in base of art. 11 of L. 241/1990<sup>99</sup>, as mentioned, and 12, about provisions attributing economic advantages. Grants and subsidies, typically to implement the agreed objectives; for example, think of accident insurance or any materials for use out of the market logic, without any procurement processes or invitations to tender but it is made only through a proposal in accordance with transparency and publicity ruling, as accountability and participation guarantees.

The advantages that we can imagine are many; first, the social impact of involving the population in local policies, the evaluation of the asset to work for, the contrast effects of degradation, limiting the damage and negative externalities through ignorance of the issue, the consensus approved to manage the activity, the trustiness between the authorities and third parties able to collaborate. A new dimension of collective emerges from the theory, practical and regulation that defines the state of the relationship between public power and citizens, based on co-operative, causing the widening of the public sphere, encompassing new actors: citizens. So, it is a model that favours the participation of individuals through a collective project<sup>100</sup>. Anyway, the owner of the public function is the public administration entrusted, that should be organised for supporting «shared administration». That means the public administration should have an organisation structure to solve these problems, which, citizens choose to act. This way to foster the formation of appropriate frameworks to deal with the complexity of the problems ensure the expectations of the participants to look after<sup>101</sup> the general interest. So that supposed to base on a political choice and a proper direction too. For example, publicity and transparency

---

<sup>99</sup> Fare riferimento a V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in M. BOMBARDELLI, G. ARENA, cit.

<sup>100</sup> Here emerges the interpretative need to 'look' at the subject of public goods beyond a purely patrimonial - proprietary view to a personal - collectivist perspective. See Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 14-02-2011, n. 3665.

<sup>101</sup> A. PIOGGIA, *La cura nella Costituzione. Prospettive per una amministrazione della cura*, in M. BOMBARDELLI, G. ARENA, cit.

must be ensured in order to make the widest possible amount of information acquired in the field of shared knowledge<sup>102</sup>, monitor the action and favour the equal participation – mostly online available information –, as collective action approach indicates<sup>103</sup>.

## **6. Some conclusion: collaborative governance as a solution strategy**

We saw the «commons», the Ostrom approach and the Italian administrative legal solution to find a new administrative model based on cooperative action and collaborative solutions.

The perspective outlined shows that increased participation and protection of interests leads to an increase in the complexity of the organisation and administrative activities<sup>104</sup>.

Because «shared administration system» are composed of heterogeneous subjects with their own willingness, connected in a multi-level processes and dynamics; where the interactions between components assume the value of a successful collaboration project and their agreement is the real base for their job. Collaboration as well as so co-operation is the key for manage this complex system<sup>105</sup>. The practice showed what can be considered good governance instruments<sup>106</sup>, capable of responding to the call for participatory democracy. With the aim of guaranteeing the legal translation of practice or the proposal

102 Lazio regional law, n. 10/2019, art. 5, co. 2.

103 See par. 4.

104 A. MOLITERNI, *Note minime in tema di complessità amministrativa*, in A. CARBONE (eds), *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici*. Scritti per V. CERULLI IRELLI, Torino, Giappichelli, 2021, 813.

105 See F. DI LASCIO, *Public Administration as a Complex Adaptive System between Crisis and Conflict*, F. DI LASCIO, M. DE DONNO (eds). and her references in footnote 27, such as on administrative complexity M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, *Dir. Pubbl.*, 3/2015; G. ROSSI, *La complessità amministrativa*, *Ridiam.it*, 24 January 2018; M. BOMBARDELLI, *Alcune considerazioni sulla complessità amministrativa (...che è diverso dalla complicazione!)*, *Ridiam.it*, 9 March 2018; S. TORRICELLI, *La dinamica degli interessi a protezione necessaria e la complessità amministrativa*, *Ridiam.it*, 7 May 2019; F. MONCERI, *Complessità e semplificazione nell'azione amministrativa* Torino, 2020; A. MOLITERNI, *Note minime in tema di complessità amministrativa*, cit. at 21; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto: osservazioni sul "rapporto complesso" tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Pers. Amm.*, 2022.

106 C. ANSELL, *Collaborative Governance*, in D. LEVI-FAUR (eds.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2009.

of citizens and so the assumption of responsibilities, the administration can sign an «agreement» with parties involved, regulate the question through a statutory and finally have a proper organization staff implements this collective action, starting from publish all the information as prerequisite for action.

The agreement contains the protection of public value (general interest pursuit) and whose contributions. This second phase therefore takes place starting by an assessment of the proposal and a comparison between a plurality of interests that maybe in conflicts. If there is any competition inside the project between more than one proposal, it will be necessary to find a compromise to a collaborative solution with the ability to reduce the number of conflicts to draft a deal.

In addition, the approval of a General Regulations is intended to impartially recognise to all residents the same right to participate, getting the same opportunities to collaborate with each other. In other words, guarantying «general rules of governance referable to each situation of interest<sup>107</sup>».

Even though the system is still linked and subject to a single decision of the entities (and their capabilities), the system of «shared administration» find anchorage into the article 118, para. 4 of the Constitution, that allows without legislative intermediation to be implemented directly by all levels of government by all institutional levels, first by the local one.

Citizens, through conscious adherence justifying the claim for general interest through a collective action and legitimise the role of the public power on that, still owner of the administrative function. The phenomenon, that born inside the society and its practice, is a systemic mechanism, starting for the affirmation of «horizontal subsidiarity»; extended to be a proper method alternative to the others, as recognised by the Constitutional Court.

«Shared administration» has been extended beyond the «commons» and the technicality for manage those goods, it becomes a principle, as stated at the

---

107 F. DI LASCIO, *Public Administration as a Complex Adaptive System between Crisis and Conflict*, F. DI LASCIO, M. DE DONNO (eds), 85.

art. 1, paragraph 2-bis of Administrative Procedure Act which established, by amending the general law<sup>108</sup>, the cooperation and good faith<sup>109</sup> as new criterion for regulate the relations between citizens and administration.

The introduction has been made by Law on «Emergency Response to Digital Simplification and Innovation» (Simplification Order)<sup>110</sup>, in 2020.

---

108 Art. 1, par. 2- bis of Law n. 241/1990, the Administrative Procedure Act.

109 G. VETTORI, La buona fede nella 'nuova' legalità plurale, in this Review, 11/2022.

110 Law n. 120/2020.



ROSA CALDERAZZI

Associate professor of economic law

at the Department of Economics, Management and Business Law, University of Bari

*rosa.calderazzi@uniba.it*

## **THE COMPLEXITY OF BANKING RISK GOVERNANCE DECISIONS**

### ABSTRACT

Banking law is increasingly subject to a many regulations, making it complicated for intermediaries to navigate through them. Compliance costs often become a significant problem, especially when the principle of proportionality is disregarded. Therefore, more organized and coherent regulatory interventions would be desirable.

However, these aspects impact the need to avoid cumbersome, conflicting, and overly abundant interventions.

Complexity carries a different meaning: it encompasses plural and dynamic interests that require protection.

The multiform reality in which banks operate represents not a limitation but rather a testament to the relevance of their very activity and a place where fundamental rights find their protection, and their complex solutions are "spectacular evolutions," indispensable for better safeguarding.

KEYWORDS: - complexity – banks – risk governance – governance and control – risk and sustainability

INDEX: 1. Complexity in the field of economics: some reflections as a premise for the investigation. – 2. Reasons for complexity. – 3. An example of complex decision-making processes: risk governance. – 3.1. The relationship between risk and control. – 3.2. The relationship between individual claims and collective interests. – 3.3. The relationship between risk management and sustainability. – 4. Concluding remarks.

### **1. Complexity in the field of economics: some reflections as a premise for the investigation**

A decision becomes complex when it must address diverse realities in which multiple and dynamic interests are at play. This dimension finds fertile

ground in the field of economics, which appears complex in relation to what it entails. It encompasses various phenomena that require different legal models aimed at defining the relationship between public authorities and economic activities and a multitude of sources of legal norms.

Complexity first manifests through the multi-level dimension of regulatory sources, leading to an overlap between soft law and soft regulation, on one hand, and primary, sub-primary, and secondary sources, on the other hand<sup>1</sup>.

Financial globalization creates a global legal space, with an expansion of entities participating in rule-making<sup>2</sup>, introducing elements of complexity between member states and the European Union. Soft law and soft regulation become means of managing and coordinating relationships between public authorities, while the use of soft law leads to a shift of regulation at the supranational level<sup>3</sup>. This is because significant decision-making moments often occur beyond the scope of individual states<sup>4</sup>. Directives are frequently supplemented

---

1 F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 547 e ss.; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 391; ID., *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e "mission" del diritto dell'economia*, in *Il Diritto dell'economia*, 2016, p. 339; ID., *La regolazione pubblica delle banche*, cit.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 265 e ss.; ID., *Oltre lo Stato*, Bari, 2006; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Torino, 2001.

2 G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, in *P.A. Person and Administration*, 2020, p. 132, states that the uncoordinated evolution, at different times, of the regulations in various sectors of the financial market (insurance, banking, and securities) and the push to align with the European Union's guidelines "have favored the multiplication of regulatory centers and then made it evident that it is necessary to foresee forms of integration and coordination to maximize the result of their work and, at the same time, reduce their negative impact on supervised entities... the coordination processes have developed in two directions: along an internal line within the field, through "structural" normative interventions that have affected entities with competence in safeguarding the same interest, albeit at different levels; along an external line outside the field or "specific public interest," mainly through the provision of agreements between holders of powers when supervisory authorities - by regulatory choice - establish a relationship of complementarity or competition with each other." On the multiplication of market regulations and new public intervention, see S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 34.

3 On this topic, see G. ROSSI, *Il mercato dell'azzardo*, Bologna, 2008; ID., *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 929, who warns about the dangers of heterodirected democracies.

4 S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit.



by centers producing legal norms, such as guidelines, best practices, protocols, and expectations. This creates a complex relationship with the rule of law, questioning traditional paradigms of transposing regulations into national legal systems.

The combination of constitutional, legislative, regulatory, guidelines, and directive provisions leads to a proliferation of centers of production and a "complexification" of the legal system, inundated by a magma flow of rules, many of which are not determinative. This has intensified the overall burden of regulation, both in terms of costs and potential systematic inconsistencies<sup>5</sup>.

Various and heterogeneous measures and actions are adopted, influencing the delicate relationship between public powers and economic activities. These actions encompass both public law interventions and private law actions, creating a complex relationship between new techniques of public intervention and private discipline. As a result, there is a reevaluation of traditional concepts, profound changes in the relationships between authorities and law, and the adoption of new schemes.

On the side of private autonomy, contractual freedom operates within different boundaries due to the emergence of new interests<sup>6</sup>. It appears sur-

---

5 F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 314.

6 L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Naples, Esi, 2003, p. 71, emphasizes that emerging private law is "conditioned by the market as it is directed towards the regulation of the market itself and influenced by society, which carries its own legally protected interests". On the concept of private autonomy, see *ex multis*, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Naples, Jovene, 1986, p. 126 (for whom autonomy is "will productive of effects with respect to the system"); F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milan, Giuffrè, 1950, p. 449; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Turin, Utet, 1950, p. 520 (both placing autonomy in the area of contractual freedom, among fundamental rights; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milan, 1980; ID., *Negoziio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989, Padua, 1991, p. 289 ff.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padua, Cedam, 1994; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 229 ff.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sec. civ.*, I, Turin, Utet, pp. 517 ff.; ID., *Contratto, autonomia, mercato*, in R. Sacco and G. De Nova, *Il Contratto*, in *Trattato dir. civ.* directed by R. Sacco, Turin, Utet, 2005, pp. 16 ff.; M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milan, Giuffrè, 1993; S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milan, Giuffrè, 1983, p. 14; V. ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-atti-giuridici\\_%28Enciclopedia-delle-scienze-](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-atti-giuridici_%28Enciclopedia-delle-scienze-)

rounded by rules that come from the outside and serve to protect interests that may be different from the interests of the decision-maker.

The dialectical relationship between private autonomy and public intervention results in an invasion of the parties' freedom and alterations of negotiation and organizational autonomy. Some private law subjects may be subject to public regulation if they engage in activities of public interest and a plurality of subjects, considering the type of public interest, is heavily regulated<sup>7</sup>.

Consequently, despite continuing to use the private law model, the connotation of general interests that the model carries influences the contractual organization and its regulation, becoming a point of convergence for different interests that are no longer absorbed solely by social interest<sup>8</sup>.

The composition of multiple interests and the need to protect them impose on the legislator and the regulator a response that ends up creating a complex system. This reaction obliges the recipients of the regulations to a difficult task of orientation regarding the rules to follow and the organizational structure to be prepared.

In this context, first of all, we want to reflect on the reasons for the close correlation between multiple interests, complexity, and rigidity. Subsequently, we want to verify whether the complex solutions that the legal system implements in response to this system represent the only possible option.

## **2. Reasons for complexity**

Regulatory law presents itself as a complex legal field. The complexity is certainly linked to the heterogeneity of sources; however, it would be simplistic and misleading to identify the complexity of regulatory law solely with the

---

*sociali*%; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 55 e ss.

<sup>7</sup> On this point, L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in this *Review*, 2019, p. 28.

<sup>8</sup> R. RORDORF, *Le società pubbliche tra inquadramento privatistico e normativa pubblicistica*, in *Magistratura giustizia società*, Cacucci Bari, 2020, p. 310.

overlapping of primary and secondary sources, soft regulation interventions, and the increasing involvement of various entities in rulemaking.

Undoubtedly, the law of the economy, particularly regulatory law, exhibits peculiar characteristics that explain the diverse interventions. Firstly, the ever-changing market demands require generality, immediacy, dynamism, flexibility, and uniformity in regulations. Secondly, the technical nature of regulatory law involves the incorporation of technical criteria and parameters that must be developed with the assistance of industry experts (for instance, in banking law with rules on capital set by the Financial Stability Board and then the Basel Committee, or technical standards setters) <sup>9</sup>.

However, resorting to regulators does not cause the complexity of regulatory legislation; rather, it represents a response to a complex phenomenon.

The use of frequent emergency or derogatory rules also does not constitute the cause of complexity, even though it may introduce distorting effects on the theory of legal sources and introduce objective elements of complexity. These emergency interventions are dictated by the need to address contingent or specific circumstances, often not amenable to further applications, and as such, they deviate from the general rules in place.

In banking law, this phenomenon manifests itself with full force, as the legislation has slowly become layered with emergency interventions. These interventions take the form of derogatory measures concerning the general discipline, justified by the spaces granted by primary legislation (consider, for instance, the regulations on state aid). Additionally, specific provisions are enacted for individual cases (e.g., the d.l. n. 1/2019 concerning urgent measures to support Banca Carige S.p.a.).

---

<sup>9</sup> S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini, 2018, p. 32, in addition to mutability and technicality, adds the concept of "structural syncretism," which refers to the constitutive coexistence of legal "materials" (concepts, institutions, procedures, prescriptive acts) of different origins, be they from private law, public law, or even general theory.

The use/abuse of emergency law stems from the spread of emergency powers that are often accompanied by derogations from ordinary rules, leading to a progressive deformation of the rule of law<sup>10</sup>.

In this context, emergency law primarily originates from secondary sources or soft regulation to address contingent issues. An example is the entire set of capital requirements provided in various Basel Accords, which are revisited whenever there is a need to address emergency situations.

Emergency law also raises concerns about the equal treatment of the protection of subjective positions, not only among the subjects affected by these provisions but also among those who, as compensation for the limitation of their rights, only receive damages (e.g., banking resolution procedures).

Due to these reasons, exceptional interventions end up impacting the legitimacy of power, the hierarchy of sources, and the safeguards connected to issued measures<sup>11</sup>.

However, the reasons for complexity are not solely found in the heterogeneity of sources or the number of emergency or derogatory measures.

---

10 L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenze, giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1021, recalls how a State of emergency, emergencies, and the utilization of the law to address specific issues are both natural and frequent in contemporary legal systems because of the mistaken belief that authority's command cannot violate personal liberties, and the democratic form of the State cannot be overthrown by those responsible for governance from time to time. The author emphasizes that the conceptual core in which the law provision must be observed is one that links emergency, sovereignism, *rule-of-law* crisis, and guarantee of inviolable rights; ID., *Il governo dell'arbitrio*, Rubettino, 2021, *passim*, where references to emergency as rule and the resulting crisis of democracy. On emergency law, see most recently, AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, edited by M. Irrera, 2020, Torino; P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 125; A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *this Review*, 2020, I, p. 185, as well as all contributions hosted on the emergency by *this Review*, 2020, II. During the pandemic, in particular, lawmakers and regulators intervened by implementing various measures. Some were developed by the government to support individuals and businesses, and indirectly involved banks as credit providers. Other measures were prepared at the international level by technical committees and, at the community level, in the form of primary legislation (by the European Parliament) or secondary legislation (by supervisory authorities), and directly affected banks.

11 For an in-depth discussion of these issues, let us refer to R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 94 ff.

The complexity of regulatory instruments arises from the need to respond to a complex system. In banking law (but these considerations can be extended to all regulated sectors), the interests to be protected cannot be confined to the classic categories of private law or public law.

The emerging needs have a supra-individual and global scope, capable of influencing broader interests. The emerging needs lead, on one hand, to the development of new forms of public intervention in the market. On the other hand, they require a different role for private law as it no longer solely guarantees private interests<sup>12</sup>.

Common law norms become inadequate as they primarily protect private individuals interacting in a context that is not exclusively governed by private law. There is a perceived necessity for regulatory tools to address the asymmetry of subjective positions<sup>13</sup>.

The presence of interests that cannot be strictly categorized as either public or private and the need for their protection, therefore, lead to the develop-

---

12 F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, cit., p. 314, t highlights how contracts go beyond merely conveying individual preferences but also contribute to the realization of systemic values such as competition and efficiency.

13 On the relationship between private autonomy and legislative intervention in the economy, see T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in *Diritto dell'economia*, 1956, p. 1238, according to whom, "the problem raised by the contrasts between private autonomy and legislative intervention in the economy is not intelligible unless in relation to the scope of various measures and at a specific historical moment". L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale I, Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Bari, 2005, pp. 68 e 69, highlights that, in commercial law, the increasing intervention of public authorities is no longer a sporadic and exceptional occurrence but a constant feature of the new discipline that extends beyond the realm of private law alone. The novel aspect lies in the convergence and interpenetration of public law and private law. However, it argues against promoting a sort of publicization or administrativeization of the subject, as commercial law remains the law of businesses and entrepreneurs. Therefore, the terms "autonomy" and "specialty" of commercial law should continue to be used as they were understood even under the Commercial Code of 1882. More recently, in relation to the interactions between "common law" and "special rights," concerning the intervention of public authorities in the dynamics of the economic process, refer to G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit. For a development on the debate on economic law, see F. CAPRIGLIONE, *Riflessioni a margine del diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito di ricerca*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3, I, 2021, pp. 385 ff.; A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, p. 1, as well as ID., *Il diritto dell'economia: "dispute metodologiche e contrasti di valutazione"*, in *Rivista di diritto comm.*, 2021, vol. 4. p. 743.

ment of a complex regulatory framework, resulting in the proliferation of regulatory bodies and the use of emergency law as a consequence.

After clarifying the reasons for complexity, it is crucial to examine whether the proposed remedies represent the only viable path forward. In other words, it is necessary to explore whether there are alternative approaches to address the complexities of the regulatory system and achieve the desired objectives of protecting diverse interests effectively.

### **3. An example of complex decision-making processes: risk governance**

An example of a complex decision-making process is found in the governance of risk in banks. Due to the peculiarities of these financial intermediaries, their activities, and the critical role they play, there is a crisis in private autonomy, leading to the need to identify a regulatory response for the protection of public interest.

The regulatory framework established for risk governance in banks is multifaceted in several aspects.

Firstly, it stems from the heterogeneity of sources (which, as mentioned earlier, is not the cause but rather a consequence of complexity). The architecture of the risk governance system is structured through a combination of legislative interventions (primary, secondary, and sub-primary sources) and includes recommendations, expectations, and guidelines that force recipients to the difficult task of compliance.

On the other hand, the regulatory framework also encompasses the entire organizational structure of the bank. This is not only because banks, like all business activities, must manage the element of risk but also because, in their typical function of providing credit, they need to consider a multitude of aspects in which risk becomes particularly relevant.

The management of risk has shown its fragility during the banking and financial crises that have occurred over the years due to the inability of ban-

king institutions to accurately define their risk position and contain it within acceptable limits.

Achieving this outcome requires the bank's awareness, consistency, and management through an integrated approach, which necessarily involves complex and articulated processes.

In this context, there are at least three profiles of interest within the realm of risk that are being referred to here, aiming to confirm the complexity of the interests at stake and the decision-making processes connected to these interests that revolve around them.

### **3.1 The relationship between risk and control**

The bank must be capable of governing the risk management process by establishing an adequate system of controls that sets rules, procedures, and resources to identify, measure, prevent, monitor, and mitigate risks undertaken or assumed in different segments<sup>14</sup>.

An appropriate system of controls represents "the crucial hub of the articulation of corporate power and accountability rules"<sup>15</sup>: the provision of rules and procedures derived from primary and secondary regulations, as well as self-regulation by intermediaries (consider the rules drawn from the code of self-discipline), serves to create a complex and organized system within the bank's organization that promotes making informed decisions aimed at safeguarding the social capital, efficiency of business processes, and reliability of information provided to governing bodies and the market.

The strengthening of control occurs on different levels: first and foremost through hyper-regulation, which assigns an increasingly important role to European and national supervisory authorities, with tools that from the outside directly impact the internal organization of the bank (consider, for example,

---

<sup>14</sup> On the relationship between risk and control let us refer to R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, Turin 2018, *passim*, where bibliographical references.

<sup>15</sup> P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 936 ff.

the intervention powers attributed by Article 53 bis of the Banking Act) and restricts the scope of contractual autonomy. Therefore, in exercising its power, supervision not only influences the authorization process and structural and organizational aspects of the supervised entities but also impacts the discipline of acts and activities.

Alongside this function of inter-subjective control, special attention is given to the function of intra-subjective control, which encompasses both the classic instruments of corporate law and banking governance and the internal functions within the banking structure<sup>16</sup>. The connection between these two areas is established through a pyramidal structure that places the company's governing bodies at the top, entrusted with managing, administering, controlling the organization, and being responsible for risk management processes. At the base, following a hierarchical order, there are various types of horizontal and vertical controls that involve exchanging information flows among them<sup>17</sup>.

---

16 On the relationship between internal controls and corporate governance, see G. FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitense ed italiana a confronto*, in  *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p.113; M. LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in *La governance delle società bancarie - Convegno in memoria di Nicolò Salanitro*, a cura di V. Di Cataldo, Milano, 2016, p. 63 ff.; S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, in *La Riforma del diritto societario. Atti del convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 27/28-9-2002*, Milano, 2003, p. 164, who believes that, with the reform, a dangerous mixture of assembly, management and control competences has been created; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2014, p. 1; P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi: omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 325; R. L. FURGIUELE, *Funzioni di controllo e procedimento nei sistemi di amministrazione della società per azioni: prime considerazioni*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni, Scritti in onore di Giovanni Furguele*, edited by G. Conte e S. Landini, 2017, Mantova, t.1, p. 617; P. SCHWIZER, *Le nuove regole di Corporate governance e dei Controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *Banca Impresa Società*, 2015, p. 7; S. BAINBRIDGE, *Corporate governance after the financial crisis*, New York, 2012, p. 167. R. JONES-M.WELSH, *Toward a public enforcement model for directors' duty of oversight*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012, v. 45, p. 346.

17 There are three levels that involve the participation of different company structures. Firstly, there are the line controls (so-called "first-level controls") aimed at ensuring the correct execution of operations. Responsible for the risk management process are the operational structures that identify, monitor, and report risks arising from ordinary business activities (typically incorporated into information procedures). Line controls are divided into first-instance line controls (procedural, IT, and behavioral checks carried out by those performing a specific activity) and second-instance line controls (carried out by those with supervisory responsibilities); the latter can further be categorized as functional second-instance controls, exercised by independent company structures from those subjected to control, and hierarchical second-in-



The complexity of this articulation, which appears not dissimilar to other entrepreneurial structures, in this case, is regulated by a comprehensive set of regulations that detail the functioning and coordination through a diversity of normative references. Just to mention a few examples, consider the requirements for the appointment of company officers, which are laid out in a detailed set of regulations scattered across the Banking Consolidation Act, the Civil Code, ministerial decrees, supervisory provisions, and codes of self-discipline. Compliance with these regulations entails the observance of complex procedures and controls that the officers themselves must adhere to, following the requests of supervisory authorities.

Furthermore, the allocation of functions within the board of directors plays a crucial role, where the separation between the authority to administer and the actual exercise of that authority becomes significant. Banking regulations structure corporate governance not with reference to corporate bodies but with a functional approach (management function and strategic supervision function)<sup>18</sup>.

For these reasons, the President of the Board of Directors is precluded from assuming executive roles to allow for a clear distinction of roles and a balance of powers that enable sound and prudent management. It is also required that all directors have sufficient time available to fulfill their entrusted tasks. Non-executive directors are obligated to act with full awareness and informed decision-making. Consistent jurisprudence asserts that the duty to act

---

stance controls, carried out by roles that are hierarchically superior. Then, there are risk and compliance controls (so-called "second-level controls") that ensure the correct implementation of the risk management process, adherence to operational limits assigned to functions, and compliance with regulations. Finally, we have internal review controls (so-called "third-level controls") aimed at identifying procedure and regulatory violations, periodically assessing the completeness, adequacy, functionality, and reliability of the control system and information system.

18 . F. CAPRIGLIONE, *Considerazioni a margine del volume Il tramonto della banca universale?*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, p. 13; C. FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano*, in AA. VV. *Regole e Mercato*, edited by M. Mancini - A. Paciello -V. Santoro - P. Valensise, Torino, 2017, t. I, p. 45 ff.; ID., *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "organo con funzione di supervisione strategica"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 485 ff.

in an informed manner, as prescribed by Article 2381 of the Civil Code (which translates into the obligation to take action to prevent, eliminate, or mitigate known critical situations within the company and to inform themselves so that the choice to act or not act is conscious), “is especially significant for directors of companies engaged in banking activities, as they carry not only contractual responsibilities towards the company's shareholders but also regulatory responsibilities towards supervisory authorities”<sup>19</sup>.

According to the judges, "the peculiarities of the banking sector have led to the affirmation of the principle that the Board of Directors of banking companies has particularly important duties." Each member of the Board of Statutory Auditors, given the complex structure of the organizational setup of an investment company, can be sanctioned for omissive complicity "quoad functione" since each member has the obligation to exercise supervision, not only to safeguard the interests of shareholders against abusive management by directors but also to verify the adequacy of methodologies aimed at internal control within the investment company, in accordance with procedural parameters dictated by Consob regulatory provisions, guaranteeing investors. Additionally, there is a legal obligation for immediate reporting to the Bank of Italy and Consob<sup>20</sup>.

From the perspective of the banking institution, the regulator is concerned with ensuring coordination, collaboration, and continuous exchange of information, requiring intermediaries to establish proceduralization of organizational structures and integration of the entire system. Roles, tasks, responsibilities, coordination and collaboration methods, and information exchange must all be defined in detail. In other words, all decision-making processes must be formalized, defining boundaries and avoiding conflicts.

The provision of an integrated and coordinated system becomes the tool for aggregation and coordination of the entities involved to achieve the objec-

---

19 Thus Cass. n. 16275/2022; n. 19556/2020.

20 Cass. n. 1602/2021.

tive of system functioning, through actions consistent with the intermediary's entire activity<sup>21</sup>.

The establishment of such organizational structures, with rigid formalization of roles and the allocation of a variety of tasks and interventions, makes the entire banking control system extremely complex.

The analysis of the relationship between risk and control proves useful for this investigation as it confirms that the complexity of the control system is not solely due to the presence of a composite, heterogeneous, and at times convoluted and redundant regulatory framework, nor the intervention of numerous measures aimed at addressing emergent cases. Instead, it is driven by the interests that the banking institution, like the entire regulated world, seeks to protect. Here, control and consequently the applicable regulations and established procedures take on profound significance as they enable the establishment of a balance between potentially misaligned interests.

The further consideration is that the presence of a strict and pervasive discipline represents the most effective response for the protection of interests.

### **3. 2 The relationship between individual claims and collective interests**

A second profile from which elements of complexity emerge in the governance of banks' risk management is represented by the relationship between individual claims and collective interests.

In banks, the relationship between the company, shareholders, and third parties takes on particular characteristics: the classical distinction between "social" and "non-social" relationships fades due to a reduction in the peculiarities of social investment, in the sense that capital no longer represents a differenti-

<sup>21</sup> The Risk Appetite Framework (RAF) plays a crucial role as it defines the bank's risk appetite, risk tolerance thresholds, risk limits, risk governance policies, and the necessary reference processes required to establish and implement them consistently with the maximum acceptable risk, business model, and strategic plan. Additionally, the "tableau de bord" also holds significant importance, where each control function, according to their respective competencies, indicates verification activities, critical areas, potential corrective actions, process owners, and completion timelines.

ating criterion between shareholders and third parties. The management of the company must find a balance not only between the interests of shareholders but also of creditors subject to bail-in<sup>22</sup>, who end up being considered as "internal components of the company and the enterprise, and therefore must be immediately taken into account in management decisions"<sup>23</sup>.

The shareholder is not only someone who has made an equity investment and is therefore entitled to the sole claim for reimbursement or return on the investment made, but also becomes the recipient of a set of safeguards that the legislator/regulator prepares to protect all savers.

The multifaceted relationship that the shareholder assumes with the bank affects the number of claims he holds, creating a complex and articulated relationship with the company. For these reasons, the financial and administrative prerogatives can legitimately be understood by the supervisory authority, which ends up weakening the individual positions recognized to shareholders (e.g., the power of removal of corporate executives or the power to convene collective bodies or make certain decisions).

In other words, the management of business activities cannot ignore the presence of interests beyond just social ones and ends up affecting the organizational value of individual claims. For example, consider the entrepreneurial

---

22 On the relationship between interests, D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, p. 269; ID., *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle autorità europee*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 3, 2017, p. 93; G. SANTONI, *Osservatorio la nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 619; as well as M. SEMERARO, *Principio di condivisione degli oneri e tutela del risparmio. Scritto per il convegno "salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 1 e ss.; EAD., *Rischio d'impresa e discipline recenti*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 857, the author highlights that the reasonableness of the rule that imposes the burden of distress risk on shareholders and creditors must be evaluated in light of the principles of property protection, savings protection, and protection of reliance. For a recent in-depth analysis of the issues raised by banking crises, please refer to L. FARENGA, *Crisi bancarie e disciplina della risoluzione. In particolare il bail-in*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, p. 412; AA.VV., *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti processi implicazioni nei rapporti con la clientela*, edited by V. Troiano, G. Uda, Milano, 2018, in particular, F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, p. 3 e S. AMOROSINO, *Individuazione e tutela dell'interesse pubblico nella regolazione delle crisi bancarie*, p. 165.

23 C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 769.

choices of administrators who may not necessarily take into account the shareholders' expectations for the return on their investment because they prioritize the sound and prudent management that the bank must pursue<sup>24</sup>.

However, while the individual prerogatives of shareholders may be limited, they gain collective value as they also manifest towards collective and social dimensions<sup>25</sup>.

The complexity of the relationship with the bank is also evident from the investor's perspective, as they navigate in a composite dimension.

Protecting their personal interests faces socio-economic disparities, leading to organizational and informational asymmetries that require particular attention. Traditional responses provided by private law discipline become inadequate and lead to a shift away from the traditional concept of private autonomy. Thus, a discipline emerges that transcends the individual investor's situation while still considering the reasons of the individual investor, moving from the individual sphere to the supra-individual, becoming collective. Consequently, autonomy gives way to public protections<sup>26</sup>.

The investor's claims, on the other hand, contain other elements that go beyond the individual's position and, once again, place them in a collective dimension - that of safeguarding savings. The protection of individual investors' savings certainly encompasses individual protection, constitutionally safeguar-

---

24 G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 795; G. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, 2007, p. 47. In banking companies, the interest in remuneration becomes subordinated and recessive, as it takes a back seat to the interest of sound and prudent management. On this matter, please refer to G. FERRI, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, I, p. 1 ff; G. GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e governance delle società bancarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 241.

25 Already L. MOSSA, *Diritto commerciale*, Milano, 1937, notes how the law of the economy differs from typical commercial law due to its strong emphasis on the public interest. In this context, there is a tendency for economic relationships to shift towards a collective and social dimension.

26 On this topic see L. R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'unione europea*, in *Aida*, 2012, p. 352, nonché ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 114.

ded, which serves the enjoyment of individual rights and all the fundamental prerogatives that derive from them. However, each individual claim also contains a segment of public interest that projects not only towards the protection of the stability and efficiency of the entire banking system but also towards safeguarding in a meta-individual and collective dimension.

The multifaceted nature of individual claims, encompassing collective interests, confirms the complexity of the interests involved in banking activities and provides further explanation for the close correlation between the complexity of interests, heterogeneous regulations, and the rigidity and invasiveness of procedures. The complexity of these claims necessitates a balance between different interests and the enjoyment of a dimension of rights that would not be immediately attainable without the provision of a more impactful and comprehensive regulatory framework. This leads to greater rigidity in the internal organization of bank governance and external intervention by the authority as a means of protecting rights.

### **3.3 The relationship between risk management and sustainability**

An area in which the entrepreneurial choices of a bank are characterized by elements of profound complexity is sustainability.

In all business activities, the pursuit of sustainability impacts the organizational function of the business, the structuring of processes, the definition of strategic lines, and the reporting of activities.

ESG factors (Environmental, Social, and Governance) become the focal point for rebuilding institutions and organizational structures and, at the same time, become ultimate objectives towards which stakeholders must strive. These objectives become constituent elements of a new entrepreneurial paradigm that forms the basis for building a new corporate sociality<sup>27</sup>. The fo-

---

<sup>27</sup> F. CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, p. 6.

cus shifts from short-term profit margins to a long-term vision in which the aim is to "create socially shared and responsible value"<sup>28</sup>.

The banking enterprise is not exempt from pursuing these objectives; it must also align itself towards creating values that encompass respect for the environment, the territory, and human resources.

However, the phenomenon becomes even more complicated when these needs are applied to the discipline of banking activity: the complexity is linked to the very nature of banking activity, which, on the one hand, carries out its own business activities like any other business, and on the other hand, extends credit to its customers.

In this context, banks become a channel for directing financial flows and take on a guiding role in the ecological transition of the economy<sup>29</sup>: it is no longer sufficient to adopt green behaviors in the non-financial reporting, but it is necessary to use ESG factors as a lever for strategic repositioning.

The integration of climate and environmental risks into decision-making processes and operational organizational structures poses a delicate balance with risk management and, more generally, with the pursuit of the principle of sound and prudent management. It is necessary not only to identify<sup>30</sup>, measure, prevent, and mitigate climate and environmental risks but also to consider the impacts they have on traditional prudential risks. These impacts include credit risk due to the deterioration of the creditworthiness of counterparties exposed to physical risks in specific geographic areas or economic sectors; market risk due to the volatility of pricing of securities issued by counterparties affected by adverse climate events; operational and reputational risk due to the potential disruption of intermediaries' operations caused by extreme climate risks; and

---

28 M.E. PORTER, M.R. KRAMER, *Creating shared value*, in *Harvard Business Review*, 2011, p. 62 e ss. To this effect M. STELLA RICHTER JR, Long termism, in *Riv. soc.*, 2021, p. 30 ff.

29 For a discussion of the concept of economic transition, see AMOROSINO, *Il futuribile. Governare le transizioni "economiche"*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, edited by M. Passalacqua, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 497.

30 On the difficulty of data retrieval see S. CAPPIELLO, *Impresa società e mercato finanziario sostenibili: chi decide e sulla base di quali informazioni?*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022, p. 477 ff.

liquidity risk since customers may be forced to withdraw their deposits due to adverse climate events.

In this context, the regulatory framework is characterized by a plurality of normative references, including the 2016 Paris Agreement, the European Commission's 2018 Action Plan, the UN 2030 Agenda, the 2019 European Green Deal, the 2021 Fit for 55, the 2020 Taxonomy Regulation, the Disclosure Regulation, the Benchmark Regulation, the European Directives, the Guidelines, the ECB's 2020 and Banca d'Italia's 2022 Supervisory Expectations on Climate and Environmental Risks, and the 2023 Universal Standards of the Global Reporting Initiative (GRI), among others. These interventions have been issued in a kind of upward climax<sup>31</sup>.

In this area, the regulatory tangle and multilevel government oversight emerge in all their complexity, to which intermediaries must conform.

The normative stratification, which is rapidly evolving, and its marked heterogeneity are the result of the recognition that, in the banking enterprise, the dimension of sustainability becomes more complex due to the plurality of needs and interests that the banking activity must satisfy. This complexity extends not only to the typical business activities, not dissimilar from those of other entrepreneurial activities, but also to the inherent function of providing credit to customers.

Therefore, banks find themselves having to apply ESG (Environmental, Social, and Governance) factors to all relevant regulations, just like any other business activity. Additionally, they must comply with regulatory requirements that designate banks as guiding agents in the transition and demand that sustainability goals and climate change mitigation be integrated into the strategic

---

<sup>31</sup> Thus expresses N. ABRIANI, *La corporate governance responsabile e sostenibile*, in *Corporate governance*, 2022, p. 3. For a timely normative reconstruction on the European regulatory pillars of the ecological transition, see BROZZETTI, *profili evolutivi della finanza sostenibile: la sfida europea dell'emergenza climatica e ambientale*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, edited by M.PASSALACQUA, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 197 et seq. as well as ASSONIME, *Doveri degli amministratori e sostenibilità*. Rapporto Assonime (Note e Studi 6/2021), in *Riv. soc.*, 2021, p. 387.



planning process and implemented through an organizational system and operational processes that define responsibilities in relation to climate and environmental risks.

The complexity of sustainability in the banking sector is not only evident in the challenging reconstruction of applicable regulations but also in identifying coherence between pursuing sustainability and its compatibility with the banking business model. As banks are considered public service entities, they must, on the one hand, manage their business activities in line with the principle of sound and prudent management. On the other hand, they must ensure the constitutional protection of savings, avoiding discrimination against those who face difficulties in transitioning and amplification of inequalities.

Regarding the relationship between sustainability and sound and prudent management, the debate has shifted to the compatibility between the entrepreneurial purpose and the pursuit of sustainability, as companies are now "obligated to pursue objectives beyond profit"<sup>32</sup>.

The focus on corporate sustainability has revitalized discussions about social interest and the compatibility of profit-driven purposes with sustainability strategies<sup>33</sup>. However, what is important to highlight here is that the pres-

---

32 S. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, cit., p. 67 e 83 excludes that company directors have a legal obligation to pursue social, environmental, sustainability, ethical, social responsibility, or interests of third parties as autonomous objectives of the company's operations, except in organizational forms that permit such pursuits. The author argues that the sole purpose of the company is to generate profit for its shareholders, and, therefore, the pursuit of profit represents the true ethical commitment of the entrepreneur. In other words, the focus on profit is considered the primary ethical responsibility of the business owner.

33 The Italian legal system has, on previous occasions, introduced forms of accountability for businesses towards broader interests beyond those strictly related to shareholders. This is exemplified by the case of "società benefit" (benefit corporations). For more information on this topic, please refer to M. STELLA RICHTER JR., *Società benefit e società non benefit*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 271 e ss.; D. CATERINO, *Denominazione e labeling della società benefit, tra marketing reputazionale e alterazione delle dinamiche concorrenziali*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 787; EAD., *Sostenibilità e diritto commerciale: dalla responsabilità sociale d'impresa alle società benefit*, in *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, a cura di A. Buonfrate e A. Uricchio, Padova, 2023, p. 591 ff; A. DACCÒ, *Le società benefit tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2021, I, p. 40; E. CODAZZI, *Società benefit (di capitali) e bilanciamento di interessi: alcune considerazioni sull'organizzazione interna*, in *ODC*, 2020, p. 589; S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e*

ence of a comprehensive framework concerning ESG factors allows companies to orient their activities within the constitutional perimeter, ensuring that their actions respect social utility, health, the environment, security, freedom, and human dignity.

In banks, the pursuit of sustainability must be reconciled with the principle of sound and prudent management, which represents a rule of conduct and judgment in the entrepreneurial management of the banking institution.

If we agree with the considerations made so far, that banking activity is characterized by a multiplicity of services and activities that define its public service role and that the entities involved in this sector are subject to multiple demands, it becomes evident that management cannot overlook interests beyond purely social ones because individual claims take on collective value and contain a segment of the public interest. Therefore, the choice to prioritize sustainability goals aims to satisfy a public interest, just like the principle of sound and prudent management, which becomes a manifestation of it.

Regarding sustainability and inequalities, the complexity arises from the fact that banks are obligated to direct financial resources towards companies that are more deserving, including from an environmental perspective.

However, it is clear that all business activities and their organization must take place within the constitutional perimeter outlined in Article 41 of the Constitution, and the role of the bank should be to support actions aimed at enjoying fundamental rights. Hence, the economic activity of banking must be regulated with a focus on equality. These considerations lead to the conclusion that prioritizing business activities that adhere to ESG factors represents an opportunity to ensure constitutionally protected rights.

The relationship between risk management and sustainability also confirms the argument put forward so far: the pursuit of sustainability encompasses a wide range of nuances that, from the banking business perspective, must

---

non profit, in *Nuove leggi civ.*, 2016, p. 995.

take into account compatibility with the principle of sound and prudent management, and from the perspective of credit provision, safeguarding savings in line with the principle of equality.

Sustainability, therefore, becomes the interpretive key for the purposes that a banking enterprise must pursue in its activities. It represents a complex concept that embodies diverse and dynamic interests. In this context, the complex response of the legal framework meets the need for protection.

#### **4. Concluding remarks**

The considerations made so far have highlighted how risk governance contains elements of complexity: the connections between sources are complex, the procedures adopted by intermediaries are complex, and the tasks and functions that the involved parties must undertake are also complex because of the diverse interests that revolve around banking activities.

This reconstruction allows the interpreter to use the polyhedral nature of interests as a prism through which to coherently read the entire discipline of the banking world.

The presence of diverse and sometimes conflicting interests is unquestionable, and it becomes essential to balance them with rules that ensure respect for underlying values and general interests.

It is legitimate to question whether the complex answers provided by the legal system end up becoming a limitation and whether there are other ways to ensure coherence in the system. However, even in this aspect, the profiles examined on risk governance have provided reassuring answers.

There is no doubt that banking law is increasingly subject to a flood of regulations, making it complicated for intermediaries to navigate through them. Compliance costs often become a significant problem, especially when the principle of proportionality is disregarded. Therefore, more organized and coherent regulatory interventions would be desirable.

However, these aspects impact the need to avoid cumbersome, conflicting, and overly abundant interventions.

Complexity, on the other hand, carries a different meaning: it encompasses plural and dynamic interests that require protection.

Giorgio Parisi, Nobel Prize in Physics in 2021, in his book "In a Flight of Starlings. The Wonders of Complex Systems," observes that the collective behavior of a flock of birds cannot be deduced from the sum of the behaviors of individual birds. The physicist notes that the birds adopt group behaviors to defend themselves against aerial predators, particularly the Peregrine falcon: "some of the most spectacular evolutions of starlings are precisely caused by their attempts to evade the repeated attacks of the Peregrine falcon, which must make a large number of attempts before catching a prey." The protection occurs within the group and with continuous movement, as the starlings perform beautiful choreographic figures in the sky, they are actually defending themselves from the Peregrine falcon through the group, as the complex movement allows them to protect the birds.

These reflections can be effectively relevant for a positive jurist.

In the banking sector, rules and regulations become the result of an evolutionary process that is embedded within a constantly changing economic and social context. The rigidity of norms and the multitude of interventions are expressions of a complex organizational process, serving to ensure not only the bank's entrepreneurial interest in risk minimization but also, and primarily, the pursuit of a sound and prudent management of its activities. This is done with the aim of safeguarding all the rights that the exercise of banking activities allows to achieve.

The multiform reality in which banks operate represents not a limitation but rather a testament to the relevance of their very activity and a place where fundamental rights find their protection, and their complex solutions are "spectacular evolutions," indispensable for better safeguarding.

BENEDETTA CELATI

Dottore di ricerca in Diritto pubblico e dell'economia nell'Università di Pisa  
e in Scienze economiche nell'Université Paris-Est  
*benedettacelati@gmail.com*

**MANAGING COMPLEXITY: THE EFFICIENCY OF  
ADMINISTRATIVE PERFORMANCE AND THE RE-  
EMERGENCE OF ECONOMIC PLANNING FOR THE  
RECONCILIATION OF STRATEGIC INTERESTS OF  
TERRITORIES**

ABSTRACT

The convergence of multidimensional crises has contributed to change the framework of strategic choices that impact the present and the expected future. The boundaries of climate and environmental action define the new margins of manoeuvre for political and administrative institutions, shaping an institutional system increasingly influenced by the need to provide rapid regulatory responses to emergencies (from pandemics to energy) as well as to the challenges posed by the demographic crisis and economic recession. This scenario requires an administrative decision-making process adapted to the management of a complex reality, in which the role of scientific knowledge and technical skills (particularly the digital technologies) – for its ability to reengineer the administrative machine – are assuming a crucial importance. Hence efficient administrations capable of knowledge and foresight, rather than simply reducing procedural steps, are needed. The efficiency of administrative performance, meant as the suitability of the organisation to best serve its purpose, is therefore fundamental not only to ensure that the administration is able to respond to the needs of the citizen, in the mediation of different interests, but also to legitimise public intervention, in observance of Article 97 of the Italian Constitution. Starting from this assumption, the paper intends to investigate how the fulfilment of the public interest of administrative action – namely the efficiency of public administration – can be declined in the territories, in the form of

the principles of adequacy and rationality, i.e. in the construction of the most adequate and effective responses to the needs expressed in the various contexts. Strategic decisions in the energy field (as in the case of the procedures for the installation of regasifiers and floating gas storage terminals) represent in this sense a specific prism of analysis, being the point of fall of simplification logics aimed at the achievement of objectives of national interest as well as of deep conflicts at local level that call into question the issues of ecological democracy and the ability to make the choices made by the administration adequately comprehensible, between security and environmental concerns. In this sense, planning activity is becoming increasingly central, in its triple dimension, now also approved by the European institutions, of economic, environmental and spatial planning at the same time. The protection of the environment, the fight against climate change and the objective of biodiversity, beyond the traditional model of sustainability, seem in fact to provide the foundations, in a perspective of positive territoriality, to realise experiences already attempted in the past of a development-oriented administration, i.e. capable of stimulating the production of value (social, cultural, environmental, economic) from the specific potential resources of a territory.

**KEYWORDS:** efficiency; administrative performance; strategic decisions; economic, environmental, and spatial planning; land use management.

**INDEX:** 1. Complexity, the role of digital technologies and the efficiency of administrative performance. – 2. Good performance and legitimacy of administrative decisions in the “emergency society”. – 3. Strategic energy decisions between calls for simplification and conflict management in the territories. – 4. Sustainability and resilience in the perspective of the legal definition of the concept of territoriality. – 5. Planning as a public intervention technique for managing complexity. – 5.1. Strategic planning: new horizons to reconcile economic development and land use?

## **1. Complexity, the role of digital technologies and the efficiency of administrative performance**

Complexity is a concept that implies the possibility of describing the unity (of a system, of an environment, of the world, etc.) using the distinction between the elements and relationships of which it is composed. Social com-

plexity<sup>1</sup>, more specifically, is linked to the notion of legal postmodernity, a conceptual and methodological category that, assuming detachment from faith in rational thought as the founding vehicle of human existence and juridicity, precludes the affirmation of a more relational and relative conception of life and life and law<sup>2</sup>.

The transition from modernity to post-modernity appears marked by a gradual erosion of formal rationality<sup>3</sup> in favour of a more pragmatic and substantive vision of administrative action, as well as of an increasingly active role of the Courts. The scenario thus delineated is that of a plurality of institutional actors variously involved in the decision-making process.

In recent years, this has become even more evident due to the convergence of multidimensional crises<sup>4</sup>, which has contributed to change the framework of strategic choices impacting the present and the expected future. The boundaries of climate and environmental action define the new margins of manoeuvre for political and administrative institutions, shaping an institutional system increasingly influenced by the need to provide rapid regulatory responses to emergencies (from pandemics to energy) as well as to the challenges

---

1 On social complexity, see N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1984; G. PASQUINO (ed.), *Le società complesse*, Bologna, il Mulino, 1983; AA.VV., *Complessità sociale e identità. Problemi di teoria e di ricerca empirica*, Milano, Franco Angeli, 1985; D. ZOLO, *Complessità e democrazia*, Torino, Giappichelli, 1987.

2 See S. FAVARO, *La teoria della complessità sociale e il postmoderno nel diritto. Un esempio paradigmatico: la teoria della rappresentanza di Salvatore Pugliatti*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, III, 2, 2011, pp. 4-23. C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2018, p. 872.

3 According to Weber, the distinctive element of modern (i.e. rational) law consists in its “calculability”, the possibility, contemplated in it, to predict with certainty the rule applicable to the concrete case. See M. WEBER, *Economia e società*, vol. II, Torino, Einaudi, 1999; N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, p. 987 ss.; A. CARLEO (ed.), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, il Mulino, 2018. The relationship between legislative power and political decision-making is based on certain cornerstones such as the rule of law and the principle of legality, rational law having a function of guaranteeing the formal and egalitarian application of the law. In the modern State, therefore, relations with the bureaucratic apparatus are conducted according to predictable rules and, above all, without regard to the individual. See F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2016, p. 420.

4 The period 2020-2022 has been marked by dramatic events of global significance: from the Covid-19 to the Russian invasion of Ukraine, to the welding together of the economic crisis with the urgent of the energy crisis.

posed by the demographic crisis and economic recession. In this context, it becomes necessary an administrative decision-making process adapted to the management of a complex reality in which the role of scientific knowledge and technical skills – particularly the digital technologies, for their ability to reengineer the administrative machine<sup>5</sup> – are assuming a crucial importance.

Sustainability of ecosystems, as the goal of the European climate neutrality strategy<sup>6</sup>, seems moreover to entail a broadening of legal thinking, changing the very idea of environmental protection, no longer understood as merely necessary to correct a negative market externality but as an objective in itself<sup>7</sup>.

In this sense, a gradual evolution can be envisaged from an anthropocentric interpretation, based on the need to safeguard health and the natural environment, leaving intact the sectorialisation of areas of intervention and risk management competencies for the mere legitimisation of economic production, to a biocentric or “ecocentric” approach.<sup>8</sup> The latter, aims at the conservation of ecosystems and thus works towards a primacy of ecology<sup>9</sup> over economics, considering the interconnection between multiple objects of observation and for a longer time span than the present<sup>10</sup>. This change also appears consistent with the recent reform of Articles 9 and 41 of the Italian Constitution<sup>11</sup>.

---

5 See B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello Government as a platform*, in A. LALLI (ed.), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 1-44.

6 Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) 401/2009 and (EU) 2018/1999 (European Climate Law).

7 See E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2022, p. 468 ss.

8 See B. CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Padova, Cedam, 2021.

9 See E. CHITI, *op. cit.*, *passim*.

10 See S. MESSINA, *Il costituzionalismo “globale” alla prova del cambiamento climatico e della crisi ecologica planetaria. Per una possibile metamorfosi del diritto ambientale internazionale*, in A. ANDRONICO, M. MELI (ed.), *Diritto e antropocene. Mutamenti climatici e trasformazioni giuridiche*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2020, p. 154 ss.



Such an orientation far from legitimising a paralysis of the administrative decision, implies its adaptation to the need to consider the complex retroactions and indeterminacies reflecting a multiplicity of points of observation, relating the “context” with a “systemic” dimension. This brings out a further component of complexity, particularly evident in times of crisis, that of “contradiction”, which finds in the territories, as a synthesis of the plurality of interests that gravitate there, a privileged place of expression, often resulting in conflicts<sup>12</sup>.

The ability to foresee and manage the various interests at stake therefore assumes the role, together with speed of response, of key element in managing complexity. Two themes come to the fore in this respect: digitisation and administrative efficiency.

Regarding the former, the digital transition is identified as one of the cornerstones of European and national recovery and resilience strategies, promoting a process of integral rethinking of the administration, embracing both the organisational/managerial and the functional/processual dimensions, ultimately involving the entire system of economic and social relations, according to a logic that has been defined “ecosystemical”<sup>13</sup>.

As far as administrative efficiency in performances is concerned, in the territorial management it takes on a specific declination, which is that of adequacy, deriving from the principle of responsibility and responding to proportionality, i.e. the ability to know the problem to be addressed and to be able to decide accordingly<sup>14</sup>, meeting the needs of the community.

---

11 Constitutional Law no. 1 of 11 February 2022, Amendments to Articles 9 and 41 of the Constitution on environmental protection

12 One only has to think of the difficulties involved in bringing together a merely local and an abstractly global dimension, the particularisms of the community with the universalism of climate and environmental issues.

13 See B. BOSCHETTI, *Transizione digitale e amministrazione (eco)sistemica*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 209, 2021, pp. 53-80.

14 See P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 19.

## 2. Good performance and legitimacy of administrative decisions in the “emergency society”

In a broader sense, efficiency is linked to the concept of the capacity for administrative action, and in particular to the principle of good performance (art. 97 of the Italian Constitution), which thanks to the National Recovery and Resilience Plan (NRRP) – an instrument which contributes to post-pandemic reconstruction by setting up a legal and institutional architecture capable of allowing both adequate reactions to emergencies, in the immediate term, and coherent responses to accompany structural changes, in the medium and long term.<sup>15</sup> – acquires new relevance.

The principle of good performance indeed has been interpreted as a typical expression of “public efficiency”, with reference to its organisational meaning<sup>16</sup>, as well as in functional terms, being designed to improve the performance of the public apparatus. In line with NRRP, considered in this perspective, it requires the administration to have recourse to the most appropriate instruments and means in order to achieve the administrative result.<sup>17</sup>, i.e. the synthesis between the need to realise the public interest and the utmost attention to the uniqueness of the concrete event<sup>18</sup>. Digitalisation, promoted by NRRP, seems then to provide an opportunity in that respect, allowing the re-discovery of the principle of good performance, in its procedural sense.<sup>19</sup>, in

---

15 On the nature of NRRP, see M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *www.astrid-on-line.it*, July 2021.

16 See M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale – Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 223 ss.; ID., *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Ius publicum*, 2011, p. 33.

17 The result, from time to time, has been configured in economic terms, either as material satisfaction of the citizen's claim, or as a satisfaction of legally founded claims, or as taking into account all the interests at stake. The result has been also conceived as being outside the perimeter of legality.

18 See S. DETTORI, *Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento (a proposito di un recente saggio di Massimo Monteduro)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2021, p. 467.

19 See G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 2022, pp. 103-125.

the light of the close relationship between the procedure under Law 241 of 1990 and the administrative decision.

The NRRP indeed transforms public administration in a «key resource to propel the country into the post-pandemic future»<sup>20</sup>, with the provision of contextual and enabling reforms, planned, and managed as investments, emphasising the need for an efficient and “result-oriented” government.

From a dimension in which the principle of cost-effectiveness prevail and condition to certain degree the capacity of the entire government – with the exaltation of savings as an absolute value.<sup>21</sup> – we are thus moving towards a new idea of administration as an organization which must be able to spend resources well and promptly.<sup>22</sup>

What is needed, above all, is the capacity for knowledge and forecasting<sup>23</sup>, using technical skills as a tool to strengthen the administrative discretion of decisions<sup>24</sup> in sectors that increasingly condense a plurality of interests.

An emblematic case in this regard is the energy field, in which issues of emergency, health, climate and land governance intersect.

Several measures in the NRRP concern energy and are mainly allocated in the in mission two, entitled «Green Revolution and Ecological Transition», which provides for investments in the «circular economy and sustainable agriculture», «land and water protection», «energy efficiency», «renewable energy, hydrogen, networks and sustainable mobility».

---

20 See B. BOSCHETTI, B. CELATI, *La Buona amministrazione*, Istituto Toniolo, October 2022.

21 As affirmed by the Constitutional Court in Judgment no. 247 of 2018, in the teleological articulation of the constitutional precept as amended, «good performance also presupposes that the positive financial result is matched by a correct and optimal provision of social services and benefits rendered to the community».

22 See F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2021.

23 See D. DONATI, *La strada da fare. Appunti per l'amministrazione dopo la pandemia*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1, 2021, pp. 127-153.

24 On administrative discretion see L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (ed.), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, *Atti del convegno Salerno, 14-15 novembre 2014*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.

The Plan, to facilitate the start-up of economic activities and the installation and upgrading of facilities, provides for a set of administrative simplification mechanisms concerning proceedings deemed strategic in environmental matters.

The strategy followed seems to be that of attempting to rationalise the complexity of administrative decision-making, either by sterilising the potential conflict of interests of constitutional relevance or by drawing the decision to a centralised level<sup>25</sup>.

One may wonder, however, whether simplification is really the only strategy for shaping administrative decisions with a view to “public efficiency”, i.e. to foster the emergence of administrations capable of performing their tasks effectively.

Simplification is in fact interpreted as synonymous with acceleration, as it is believed that the dysfunctions of our administrations are due to the interminable protraction of decision-making processes, the fragmentation of competences, with the associated conflicts, and the overload of prescriptions accumulated<sup>26</sup>.

However, the paralysis of authoritative processes is caused by the difficulty of balancing interests and values, rather than the time needed for closing procedures.

As stated by the doctrine, in fact, a correct discourse on administrative simplification should consider the physiological complexity of government, which stems from factors such as the interaction of public interests, the importance of private interests and institutional pluralism. The result is a normal complexity of rules, which must contemplate the different interests at stake – e.g. the construction of facilities, environmental protection and landscape pro-

---

25 See S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2023, pp. 59-95.

26 See S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 4, 2022, p. 261 ss.

tection – and define the relationships between the different public and private actors, otherwise they fuel litigation.<sup>27</sup>

The litigation arises from uncertainties, not least because the legislator often does not unravel the knot of which primary interest (development of renewables, environmental protection, landscape protection) the authorities should pursue in the concrete case, taking other interests into account. Uncertainties, more generally, are the consequence of the difficult relationship between science and law, especially when law is called upon to endow with certainty what is uncertain for science.<sup>28</sup>

At the same time, a conditioning role is played by the practice of “Nimby” (not in my back yard) or by the absolute prevalence of landscape protection. This is what happens in the case of the dispute between State and Regions, which is particularly heated in relation to the location of plants powered by renewable sources.<sup>29</sup>

Regarding more specifically the first aspect, the defence of the territory from works and activities of public interest also seems to derive from the lack of planning in the location of renewable energy plants. The programming activity is in fact crucial to shift the balancing of conflicting interests upstream by the identification of suitable and unsuitable areas for plant installation.

As emphasised in a recent recommendation of the European Commission,<sup>30</sup> indeed, «The lack of public acceptance of renewable energy projects is another significant barrier to their implementation in many Member States. To address this, the needs and perspectives of citizens and societal stakeholders should be taken into account at all stages of renewable projects development – from policy development to spatial planning and project development – and

---

27 See B.G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid-on-line.it*, November 2019.

28 See M.A. CABIDDU, *La nozione giuridica di territorio*, in *Territorio*, 47, 2008, pp. 195-199.

29 See S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, p. 66.

30 Commission Recommendation (EU) 2022/822 of 18 May 2022 on speeding up permitting procedures for renewable energy projects and facilitating Power Purchase Agreements.

good practices for ensuring just distribution of the various impacts of installations among the local population should be encouraged».

It is also a question of framing this type of decision - linked to the management of complex problems in what can be defined as a true “emergency society” - within a broader and more coordinated vision of the territory as a place of collective interests that must be taken into account by the system, but also of conflicting resistances and reactions, making the participation of the inhabitants, individually and collectively, in the choices on the destination and use of the territory indispensable.

In the light of these observations, the hypothesis that this paper intends to test is that an efficient and “result-oriented” administration – where the result becomes a parameter of legitimacy – requires a new planning activity specifically of a strategic nature, which pivots on the territory as a connecting element between law and economy.

### **3. Strategic energy decisions between calls for simplification and conflict management in the territories**

Strategic energy decisions raise social and political challenges. Indeed, the location of energy technologies entails environmental impacts that often provoke growing local opposition, requiring that national interest and environmental compatibility be held together in harmony with the local community and all stakeholders.

Moreover, the direction indicated by the European institutions is precisely that of compatibility and convergence between development and environmental protection<sup>31</sup>, creating a sustainable energy system that guarantees sufficient energy resources for economic growth and is able to mitigate the impact on the environment.

This approach assumes that the environment should be considered as a complex organised system of interacting elements.

<sup>31</sup> See G. ROSSI (ed.), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici per il concetto di ambiente per lo sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2020.

Included in the concept of system are those of complexity – which requires the adoption of management mechanisms rather than simplification – and of relationship, the latter well expressed by the legal principle of integration<sup>31F</sup><sup>32</sup>.

Strategic energy decisions also call into question the issues of institutional relations between public authorities and of the “negotiability” of public interventions.

In this sense, they represent a specific prism of analysis, being the drop point of simplification logics aimed at the achievement of objectives of national interest as well as of deep conflicts at the local level that imply the ability to make the choices made by the administration adequately understandable, between security and environmental concerns.

The government acts implementing the NRRP are perfectly framed within such a scenario, establishing the simplification of authorising procedures and of environmental impact assessments (EIA) in order to facilitate the ecological transition.

With the former, the administration defines the rules of the concrete case according to a regulatory logic, which can be interpreted as conditional, presupposing the conformation of the conduct of a given private operator through specific prescriptions whose purpose can be traced back to the need for adequate and effective protection of one or more interests<sup>32F</sup><sup>33</sup>. The prescriptive-conditional clause can be considered an instrument for managing conflict within the decision-making dynamic favouring the attainment of a balance realised in the perspective of a protection that has been defined, also in the light of the constitutional jurisprudence, as “systemic”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> For a complete analysis of these issues, see V. DI CAPUA, *L'autorizzazione integrata ambientale. Verso una tutela sistemica dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2018, p. 713 ss.

<sup>33</sup> See F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008, p. 395 ss.

<sup>34</sup> See, for this reflection, E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2017, p. 447 ss.; ID., *La clausola condizionale nei provvedimenti am-*

An example of an authorisation with a conforming function is the integrated environmental authorisation (IEA)<sup>35</sup>, the purpose of which is mainly emission control; the object is therefore represented by the operation of the plant, not by its location and construction, which are instead covered by the EIA, concerning projects that may have significant and negative impacts on the environment and cultural heritage<sup>36</sup>.

The environmental impact assessment is for its part of critical importance in the authorisation process for renewable energy installations, being a substantial prerequisite for the single authorisation<sup>37</sup> and, as such, capable of halting the procedure if it ends in a negative outcome<sup>38</sup>. It is the site of a real political confrontation and therefore the epicentre of potential conflicts. Thus, the legislator has provided for various mechanisms, procedural, or organisational, suitable to “defuse” conflicts that arise during environmental impact assessments<sup>39</sup>.

In order to promote the development of renewable energies, the construction and operation of plants are in particular regulated according to special simplified and accelerated procedures.

In this regard, among the implementation measures of the NRRP, those introduced as a matter of urgency by Decree-Law no. 77 of 31 May 2021, con-

---

*bientali*, Bologna, il Mulino, 2019.

35 See V. DI CAPUA, *op. cit.*; G. DE GIORGI, *Le procedure integrate*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014.

36 See R. FERRARA (ed.), *La valutazione di impatto ambientale*, Padova, Cedam, 2000; ID., *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amministrativo TAR*, 2010, p. 3179 ss.

37 Introduced by Article 12, legislative decree no. 387/2003, it is aimed at the issue of the single authorisation measure by the Regions or Autonomous Provinces or the Ministry of Economic Development. It is only in this procedure that «the synchronic assessment of the public interests involved and deserving of protection can and must take place, in comparison both with the interest of the private economic operator and also (and not least) with further interests of which individual citizens and communities are holders, and which find their provision and protection in the constitutional principles» (Constitutional Court, Judgment no. 221 of 27 October 2022).

38 See S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, p. 72.

39 See M. D'ANGELOSANTE, *Il PNRR e le semplificazioni in materia di valutazioni e autorizzazioni ambientali, fra sviluppo economico sostenibile e protezione ambientale sostenibile*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1, 2022, p. 252 ss.



verted by Law no. 108 of 29 July 2021, as well as by Decree-Law no. 17 of 1 March 2022, converted by Law n. 34 of 27 April 2022, and by Decree-Law no. 36 of 30 April 2022, converted by Law no. 79 of 29 June 2022, assume particular relevance.

More specifically, articles 12 and 18 of Law Decree no. 17/2022, entitled respectively *Simplification for renewable plants in suitable areas* and *Identification of additional suitable areas for the installation of plants powered by renewable sources*, have updated the regulations set out in Legislative Decree 199/2021 for the identification and installation of plants powered by renewable sources in suitable areas to be identified by decree.

To make the European principle of maximum dissemination of renewable sources<sup>40</sup> effective, it is also provided that plants may be located in any part of the territory, except if grounds for incompatibility are identified. However, the list of areas considered by the law to be suitable for the installation of systems is extended, as the installation of photovoltaic and thermal solar systems covering an area no greater than sixty per cent of the industrial area of relevance is also permitted in areas for industrial use, as an exception to municipal urban planning instruments<sup>41</sup>.

The implementing legislation of the NRRP has also affected the organisational profile establishing a Technical Commission composed by experts called upon to operate full-time, for environmental assessment procedures in relation only to the projects included in the National Recovery and Resilience Plan and those implementing the integrated national energy and climate plan.

Moreover, also in relation to favouring renewable energies, if an EIA falls within the competence of the State, it is provided that it may be replaced by a resolution of the Council of Ministers and, furthermore, that any sub-

---

40 See Constitutional Court (Judgment no. 224 of 11 October 2012).

41 Art. 10-*bis*, inserted by Art. 1, par. 1, Law no. 34/2022 converting Decree-Law no. 17/2022.

sequent silence on the part of the competent administration is equated with the granting of authorisation<sup>42</sup>.

Besides renewables (wind, sun wave motion, surface emissions of gaseous vapours, biomass, waste, and hydrogen), the energy sources considered compatible with the transition objectives by the EU are nuclear and gas (albeit temporarily). The latter's role in the decarbonisation of global energy use is considered unequivocal, which is why, in addition to access to existing gas infrastructure, the construction of onshore facilities to receive LNG and regasify becomes necessary.

In this respect, Decree-Law n. 50/2022 lays down several provisions for the construction of new regasification plant, establishing an even more special and accelerated procedure. Art. 5, in particular, defines the works aimed at increasing national regasification capacity by means of floating storage and regasification units to be connected to the network existing at the date of issue of the decree, including the related infrastructures, «strategic interventions of public utility, not deferrable and urgent».

For their construction, provision is made for the appointment by decree of the President of the Council of Ministers of one or more extraordinary government commissioners. The commissioner issues the authorisation required by law<sup>43</sup> following a single procedure. For environmental assessments of works and related infrastructures, after notification to the European Commission, the exemption referred to in Article 6(11) of Legislative Decree n. 152 of 3 April 2006 applies.

The authorisation has the effect of a variant of existing urban planning instruments, as well as of approval of the variant to the port master plan, where necessary.

---

<sup>42</sup> Art. 7, paragraphs 1-3, Decree-Law no. 50/2022.

<sup>43</sup> The authorisation provided for in Article 46 of Decree-Law no. 159 of 1 October 2007, converted, with amendments, by Law no. 222 of 29 November 2007.

Decree-Law n. 57 of 29 May 2023 containing *Urgent measures for territorial entities, as well as to ensure the timely implementation of the National Recovery and Resilience Plan and for the energy sector* also intervened on the subject.

Art. 3, entitled *Supplements to the rules on the realisation of new regasification capacities*, in particular, states that: «within 60 days of the date of entry into force of the decree, interested parties may submit new applications pursuant to Article 5, paragraph 5, of Decree-Law n. 50 of 17 May 2022 to the extraordinary governmental commissioners already appointed pursuant to paragraph 1 of the same article». The authorisation for the construction or operation of the infrastructures is issued by the competent extraordinary commissioner of the Government following a single procedure, including the environmental assessments referred to in Title III of Part Two of the decree Legislative Decree n. 152 of 3 April 2006, with a maximum duration of two hundred days from the date of receipt of the request, carried out pursuant to Article 5 of the same Decree-Law n. 50 of 2022.

The strong promotion of regasifiers, by creating a separate track from ordinary procedures, stems from the known difficulties of Russian gas supply<sup>44</sup>, at the same time the installation of this type of plant is at the origin of a series of conflict dynamics in the different areas involved.

A significant case is that of the Municipality of Piombino, in Tuscany, which presented a precautionary request to the Lazio Regional Administrative Court against the installation a new regasification facility (floating storage and regasification unit - FSRU facility), which takes liquefied gas (LNG) transported by carriers, returns it to a gaseous state and then feeds it into the gas network. The judges rejected the request stating<sup>45</sup> that: «even in the same way as

44 In its REPowerEU proposal of March 2022, the Commission explained that the EU imports 90 per cent of its gas consumption (about 45 per cent of which comes from Russia) and set as a priority goal the termination of Russian fossil fuel supplies “well before 2030”. REPowerEU Plan asked member countries to make an additional effort beyond the Ready for 55 percent package, that is to increase the percentage of energy from renewable sources from 40 percent to 45 percent and energy savings from 9 percent to 13 percent compared to the 2020 scenario.

45 Regional Administrative Court of Lazio, Order no. 7917 of 22 December 2022.

the reconciliation of the opposing interests involved» there would not be «the conditions for the granting of the precautionary measure».

More specifically, the Municipality of Piombino has challenged Commissioner Order n. 140 of 25 October 2022, concerning «Art. 5 of Decree Law no. 50/2022: issue of single authorisation pursuant to Article 5(2) for the construction of the work, and related infrastructure, called “FSRU Piombino” and connection to the national gas pipeline network - proposer: SNAM FSRU ITALIA».

As underlined by the judges, the procedural modalities for the authorisation of the initiative in question are governed by a regulation (Articles 5 and 14 bis of Decree-Law n. 50/2022) that is characterised by being eminently emergency and by relating to interventions that, already in the declaratory statement, appear to be marked by a high degree of specificity, thus falling within the scope of application of Article 2(4) of EU Directive 2011/92 (exemption from the EIA) and of Guideline Act C/2019/8014, OJ C 386 of 14.11.2019.

The hearing on the merits, scheduled for 8 March 2023 before the Regional Administrative Court of Lazio, was postponed to 5 July, but in the meantime, transshipment operations of the LNG cargo at Snam’s new regasification terminal in Piombino have begun, and the first quantity of gas from the new regasifier has subsequently been injected into the Italian network.

The choice of the single authorisation as a simplification mechanism with an accelerating function, in the light of the need to implement strategic interventions of public utility, which cannot be postponed, does not, however, appear to completely eliminate uncertainties with a view to the administrative result, since, as seen in the case of Piombino, the outcome of the procedure is always exposed to possible judicial review, even by local administrations or committees.

The complexity of the decision, in short, does not seem to be solvable by speeding up proceedings alone.

Furthermore, there is a clear risk that in situations such as this, the necessary participation of citizens can only find space through the possibility of legal recourse, i.e. in an oppositional and precisely conflictual phase. On the contrary, the participatory moment should be considered as a space not so much for compromise as for achieving consensus<sup>45F</sup><sup>46</sup>, which is indispensable to give legitimacy to administrative choices.

These processes in fact, due to their complex nature, must be framed in the broader reflection on the transition from the concept of “environment-protection” to that of “environment-production”. As recalled by the doctrine<sup>47</sup>, it is a distinction that evokes Giannini’s well-known opposition between “protection-agriculture” and “production-agriculture”<sup>48</sup>.

This parallelism is opportune precisely because even for the ecological transition there seems to be a legislative “sector” characterised by the legislator’s favouring of certain productive activities, namely the operation of renewable energy production facilities (as is the case with agriculture, considering both the Italian Constitution and European legislation).

The idea of “environmental-production”, i.e. the construction of energy infrastructures as a function of the ecological transition, requires inevitable coordination between production needs and the protection of other territorial interests.

This coordination presupposes the conformation of the activities carried out in the territories with a view to achieving general systemic objectives but also in order to ensure adequate protection of relevant sensitive interests.

In addition to authorisations with a conforming function, the planning instrument, increasingly configured according to ecological purposes, is also relevant in this respect.

---

46 See J. BLACK, *Proceduralizing regulation*, in *Oxford journal of legal studies*, 2000, p. 597 ss.

47 See S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 261 ss.

48 See M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 232.

After all, when Giannini coined his famous image of “agriculture-production”, he laid the foundations, through his lucid intuition, for an intertwining of economic planning in agriculture and territorial planning, i.e. for the reversal of the principle according to which territorial planning should direct economic activity by conditioning its outcomes on the planned territory, thus implementing a logic of functionalising the transformation of agricultural land to the needs of agricultural production<sup>49</sup>.

Similarly, it can be argued that the interests of ecological transition should be organised together with spatial planning choices.

#### **4. Sustainability and resilience in the perspective of the legal definition of the concept of territoriality**

This idea of the functionalisation of spatial arrangements in the name of ecological transition<sup>50</sup> entails a new reading of the concept of territoriality, in antithesis to what has been called «the spatiality of the economy and technology», extolled by the European Treaties, which aim to form: «not a wider and more extensive territory (which would always be a new territory), but a space, i.e. a seat of exchanges, which transcends<sup>51</sup> the territories of individual States»<sup>52</sup>.

Physical space once again becomes relevant for the economy as some territories are, in terms of development planning, more optimal than others. The territory, in this sense, acquires a specific legal value as a strategic resource for development, for its material assets but also for its capacity to produce so-

---

49 See P. URBANI, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 3, 2016, p. 227 ss.

50 See Constitutional Court no. 267 of 2016 on the regulation of wind power plants, which considers a regional regulation illegitimate as in conflict with, among others, Article 41 of the Constitution, in that, by imposing terms and time limits, it places an obstacle in the way of free private initiative as 'functionalised' to environmental interests by the specific State legislation.

51 See S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 261 ss.

52 See N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impresa*, 2, 2000, p. 668.

cial, cultural, environmental, and economic value through the synergic integration of local actors among themselves and with supra-local actors<sup>53</sup>.

The “environment-production” formula developed to highlight the promotion of a perspective based on supporting renewables as energies drawn from the environment “for environmental protection” and ecological transition appears congruent with this idea of territoriality, which is also enriched by the contribution of the legal definition of the concept of resilience<sup>54</sup>.

The latter indeed is increasingly associated with the need for a law called upon to ensure proactive adaptation to climate and environmental change, capable of beating its negative effects in time<sup>55</sup>. Science plays a key role in this regard, validating and supporting both innovation processes and public regulations<sup>56</sup>. This implies going beyond the mere objective of sustainable development, already complemented by the idea of enhanced protection in the form of “sustainable protection”<sup>57</sup>, to outline a model based on protecting the integrity of ecosystems as such<sup>58</sup>.

The precautionary and preventive approach in this dimension must be read as the basis for the production of positive externalities through economic activities, in a proactive and not merely conservative manner, also thanks to the new European principles of “do no significant harm”<sup>58F</sup><sup>59</sup> and “energy efficiency first”.

Therefore, the objective must no longer be an economic exploitation of the ecosystem compatible with the need for protection, but, in an inverted per-

---

53 See G. DEMATTEIS, F. GOVERNA, *paper per il seminario Territorialità e delocalizzazione nel governo locale. Traccia per una discussione*, Imola, 2002.

54 Art. 2 of EU Reg. 241/2021.

55 See B. BOSCHETTI, *Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, in *DPCE online*, 2, 2022, p. 1153 ss.

56 See E. CHITI, *op. cit.*, p. 468 ss.

57 See E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, *cit.*, p. 447 ss.

58 E. CHITI, *op. cit.*, p. 468 ss.

59 The “do no significant harm” principle is based on what is specified in the “Taxonomy for Sustainable Finance” (EU Regulation 2020/852) adopted to promote private sector investment in green and sustainable projects and to help realise the objectives of the Green Deal.

spective<sup>60</sup>, the creation of economic value through a land use that is increasingly suitable for not altering environmental values, balancing as antagonistic instances the consumption of natural resources and the benefits for the community<sup>61</sup>.

The new wording of Article 41(3) of the Italian Constitution<sup>62</sup> also seems consistent with this reading, imposing a positive constraint on economic activity, i.e. directing production and consumption patterns towards environmental protection (“produce to improve the environment”)<sup>63</sup>.

Indeed, as the Italian Constitutional Court ruled, even before the constitutional amendment was made, «it is a choice of planning policy that the general interest objective of building alternative energy plants, instead of being entrusted exclusively to public hands, is deemed pursuable through private economic initiative, when other interests of a general nature do not preclude it»<sup>64</sup>. According to the Court, the relevance of an economic initiative involving the allocation of private capital in a production process aimed at the creation of material resources of strategic public interest would not be affected by the fact that the private purpose is profit oriented. More precisely, the judges define free private initiative as “functionalised” for the care of environmental interests by specific State legislation.

The territory becomes, in this scenario, an expression of the fundamental need for balance between the protection of resources and their exploitation, with a view to the well-being and economic and civil progress of the community settled on it.

In this sense, planning activity is becoming increasingly central, in its triple dimension, now also approved by the European institutions, of economic,

---

60 See Council of State, Sec. VI, 16 November 2004, no. 7472.

61 See Council of State, Sec. VI, 22 February 2007, no. 933.

62 *The law determines the appropriate programmes and controls so that public and private economic activity can be directed and coordinated for social and environmental purposes.*

63 See F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2022, p. 779 ss.

64 Constitutional Court no. 267 of 2016.



environmental, and spatial planning at the same time. The protection of the environment, the fight against climate change and the objective of biodiversity, beyond the traditional model of sustainability, seem in fact to provide the foundations, in a perspective of positive territoriality, to realise experiences already attempted in the past of a development-oriented administration, i.e. capable of stimulating the production of value from the specific potential resources of a territory.

Moreover, the doctrine also recognises a “planning” function to certain measures of the authorisation type, which can be traced back to a preventive logic, identifying with the concept of prescriptive conditionality, as already emphasised, their capacity to affect the development modalities of authorised activities<sup>65</sup>.

The dialogue between public and private interests is, however, the key component of planning-type dynamics, according to regulatory mechanisms typical of conformation activity, in this case ecological.

## **5. Planning as a public intervention technique for managing complexity**

Planificatory methods allows to avoid a potential conflict embedding the opposing interest in fertile dialogue that is part of the procedure: in this way complex administrative decisions, economic activity and spatial transformation find a place for mediation.

Planning can also be seen as the principle by virtue of which interventions aimed at creating a link between the need for conservation (of certain resources) and the need to promote activities carried out in the name of the general interest can be regulated in the territories<sup>66</sup>.

One can say that in the transformative scenario described, the joint consideration and connections between the economic and territorial spheres are now fundamental activities.

---

<sup>65</sup> See E. FREDIANI, *op. cit.*, p. 447 ss.

<sup>66</sup> On this topic, See N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico in economia tra piani e regole*, Bologna, il Mulino, 2007.

It may also be recalled that illustrious doctrine has already emphasised that «urban planning (and land government) could be placed in a context of economic assumptions considered by the Constitution as that on which the regulation of the economy must operate; and urban planning is normatively associated with the latter, as an instrument for the implementation and imposition of social aims on property, and, in particular, of the aims of transforming existing and inadequate socio-economic assets to be modified and arranged in a more rational manner and more in keeping with the needs of social justice, wellbeing, dignity and freedom of the individual, improving the relationship between man and the environment»<sup>67</sup>.

However, recovering the legacy of what happened in the past, some insights seem to be emerging.

Worthy of attention are the experiences of the so-called “Quadroter<sup>68</sup> project” of 1992<sup>69</sup>, a research programme of the CNR, defined as “strategic” by its very authors, aimed at the construction of a “territorial framework reference for environmental planning”<sup>70</sup> and of the “Project ‘80”, the most organic but unimplemented government initiative to make administrative action consistent with the real shape of the territory, through both economic and spatial planning, attentive to the environmental factor<sup>71</sup>.

In both cases, spatial planning was of fundamental importance. One of the reasons for the latter’s lack of implementation, however, would have been the separation of the economic and urban planning aspects, in the sense that «often purely morphological spatial models with no time paths have been for-

---

67 See A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963.

68 Quadroter was a “Framework for spatial policy”.

69 See F. ARCHIBUGI (ed.), *Eco-sistemi urbani in Italia. Una proposta di riorganizzazione urbana e di riequilibrio territoriale e ambientale a livello regionale-nazionale*, CNR Progetto strategico Quadroter, Roma, Gangemi editore, 1999.

70 See F. DINI, A. D’ORAZIO, *Città metropolitane e questione dell’ente intermedio in Italia: tassonomie di soluzioni possibili*, in *Federalismi.it*, 20, 2022, p. 315 ss.

71 See *Il riordino territoriale dello Stato*, Scenari Italiani 2014. Rapporto annuale della Società Geografica Italiana Onlus, 2014.

mulated – in regulatory terms – alongside econometric models with no spatial content»<sup>72</sup>.

Another relevant aspect of Project '80 was the search for a connection between the different levels of territorial government, with 30 metropolitan systems proposed as a basis for the orientation of regional planning. For the first time, indeed, in relation to the essential method of programming, reference is made to the need for a development-oriented administration, not referred to specific areas or individual cities, but to “multi-municipal” complexes, structured so as to ensure a strong relationship between municipalities<sup>73</sup>.

With regard to planning as a tool for the ecological shaping of economic development, this need for connection between the various levels of territorial government is highly topical. In particular, it appears necessary to involve local and regional authorities in the ecological transition process, balancing, through planning, the different interests at stake.

The usefulness of a tool for territorial policy, suitable for regulating the close link between green economic growth and (consequent) transformations of the territory, emerges in particular with regard to the issue of energy installations. Indeed, this is the field in which the greatest conflicts arise, both between the different territorial authorities and with the communities concerned.

Suffice it to think of the regulation of the authorisation regime for energy plants from renewable sources, which falls not only within the State subject matter “environmental protection” but also within the concurrent regional legislative competence, insofar as it relates to “production, transport and national distribution of energy” pursuant to Article 117, third paragraph, of the Italian Constitution, the fundamental principles of which are contained in the provisions of Legislative Decree n. 387 of 2003, in the “Guidelines” pursuant to

---

72 See F. FIORELLI, *Assetto territoriale e Mezzogiorno nel “Progetto ‘80”*, in F. FORTE (ed.), *Il progetto '80, Atti degli incontri di studio promossi dal seminario di Urbanistica della Facoltà di Architettura di Napoli diretto da Giulio De Luca, Napoli 14-15 dicembre 1969*, Napoli, Guida Editori, 1970.

73 See D. DONATI, *Città strategiche. L'amministrazione dell'area metropolitana*, Milano, Franco Angeli, 2023.

Ministerial Decree of 10 September 2010 and in Legislative Decree n. 28/2011.

Regional competence has also recently been reaffirmed by administrative jurisprudence, which stated that municipalities – including those of regions with a special statute – cannot preclude the installation of photovoltaic plants in agricultural green areas due to the mere use of the site and cannot do so, in any case, by resorting to ordinary local regulatory powers. The relative power is in fact attributed to the regions, which, in compliance with the limits imposed by Ministerial Decree 10/09/2010 (Guidelines for the authorisation of plants powered by renewable sources) and Legislative Decree n. 199/2021, indicate the areas “not suitable” for the installation of plants. It is therefore up to the regional act – and not the local rule – to identify the incompatibilities of certain areas, in relation to the type and size and, therefore, also the power of the plants<sup>74</sup>.

The denial, in this sphere, of the decision-making autonomy of local authorities and the high degree of complexity in the regulation of legal relations called into question by the authorisation procedures – just think once again of the case of the regasifier in Piombino, which pitted region and municipality against each other –, impose the search for a suitable instrument to reflect the close interdependence between territorial planning, economic development and territorial transformations, which these procedures invoke.

### **5.1. Strategic planning: new horizons to reconcile economic development and land use?**

Integration and coordination between economic and physical planning are linked to the idea of efficiency as the rational use of land, especially in light of the need, with constitutional and European coverage, to address the current energy crisis through the production of energy from renewable sources, while preserving the environment and landscape.

---

<sup>74</sup> Regional Administrative Court of Sicily, Palermo no. 299 of 2 February 2023.

The planning of “functionalised” public policies – such as those involved in the design of the ecological transition of territories – requires the adoption of ad hoc tools capable of governing their economic, social, and environmental outcomes.

In particular, the importance of a specific type of planning, so-called “strategic planning”, emerges.

Strategic planning can be interpreted as an ordering element of the spatial effects of the incipient long-term ecological transition, capable of enhancing the synergies that reside in the cooperation rather than in the competition between the various entities, inserting itself in the dynamics of connection between municipal and regional authorities.

In this sense, it physiologically refers to the concept of the “vast area” as a territorial sphere of reference in which close collaboration between the various local identities can be established.

Moreover, the horizon of strategic planning is not exhausted in the realisation of a work, or an activity, but proposes a representation of territorial development to be realised by successive phases and progressive objectives, over a long period of time, having a structural rather than operational nature<sup>75</sup>.

The planning of energy plants, as already pointed out, is well suited to this specific framework, since it must be considered as an integral part of a territorial economic development project, based on the ability to enhance the local interests of the area, thus bringing any conflicts back into the decision-making process, with a view to better administration of results.

Indeed, the fight against climate emergencies increasingly orients administrative action in an ecological sense, determining the need to efficiently manage (i.e. with a view to results) the balancing of the different interests that the affirmation of certain principles, such as that of the maximum diffusion of alternative energies, entails.

---

<sup>75</sup> See D. DONATI, *Città strategiche. L'amministrazione dell'area metropolitana*, cit., 134.

In this sense, the strategic planning model appears to take on the function of a reference paradigm, as an adaptive and dynamic tool, based on the continued close connection between planning and decision-making, but also of constant correction in relation to a specific set of sensitive interests in mutual tension, allowing a systemic balance point to be identified.

At the same time, it must be emphasised that planning of this kind, being linked to a broad time projection, poses certain difficulties with regard to measuring the outcomes of the administrative action.

Indeed, and this is perhaps the aspect that most needs to be problematised, it is increasingly essential in a scenario of complex decisions, involving also the so-called “future generations”, to prefigure an administration that is able to measure its action over time against its development objectives, becoming the monitoring of results, also in line with the new course initiated (with difficulty) by the NRRP, a crucial factor to assess the good performance of government.

DONATO VESE

MA (Catholic University of Milan), LL.M. (Trinity College Dublin), Ph.D (Sant'Anna-Iuss),  
Assistant Professor in Law and Economics, University of Pisa, School of Law  
*donato.vese@unipi.it*

## JUDICIAL REVIEW OF TECHNICAL DECISIONS: THE EU DAMAGES DIRECTIVE IN THE CONTEXT OF ITALIAN LAW

### ABSTRACT

The main argument of this paper\* is that the Italian legal system does not – in its current form – allow adequate judicial review of technical decisions. Yet, taking seriously the interpretation of Article 6, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights and Article 24 of the Italian Constitution as key norms establishing the right to a fair trial and the right to a defence as its starting point, I suggest that such legal orders can provide better protection for individuals through a theoretical paradigm shift rather than through positive law.

KEYWORDS: EU Damages Directive; private and public antitrust enforcement systems; judicial review of technical decisions and ECtHR case-law; Articles 6(1) ECHR and 24 of the Italian Constitution.

INDEX: 1. Introduction. - 2. The judicial review system for the protection of rights and legitimate interests in Italy - 3. The private antitrust enforcement in EU legal system and the binding effect of competition authority decisions. - 4. Rethinking judicial review on the protection of rights in the European and Italian legal order. - 5. Towards better judicial review of technical decisions: the case-law of the European Court of Human Rights - 6. Judicial review of technical decisions in the light of Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 24 of the Italian Constitution. - 7. Conclusion: A theoretical paradigm shift towards the sovereignty of the people

---

\* This article is based on two years of research (2019-2021) undertaken at the Centre for Socio-Legal Studies (School of Law, University of Oxford). I am extremely grateful to Professor Denis Galligan of Wolfson College for his insightful suggestions and comments on an earlier draft of the manuscript. There are many friends and colleagues I met at Oxford to whom I would like to express my gratitude for extraordinary discussions, and I would like to thank at least Andrea Dolcetti, Giovanni di Gregorio, Marina Kurkchyan and Bettina Lange. I would also like to thank the editor of this prestigious journal, Luca Perfetti, for reading and deciding to accept the proposed article, and the anonymous reviewers for their invaluable comments and suggestions. Professor Adrian Bedford oversaw the proofreading of my article and I thank him sincerely for his attention to every detail of the manuscript.

## 1. Introduction

In the Italian legal system, the transposition of Directive 2014/104/EU (the so-called 'Damages Directive'), into Legislative Decree No. 3 of 2017, with a view to improving the effectiveness of both 'follow-on' and 'stand-alone' legal actions in private and public antitrust enforcement, has highlighted the problem of the judicial review of National Competition Authority (from now on 'NCA') technical decisions.

The Damages Directive established its own 'binding effect' in order to increase the effectiveness and procedural efficiency of actions for harms in the Member States<sup>1</sup>. In particular, the binding effect, as envisaged by the European Union seeks to ensure that an infringement of competition law, established by a final decision of the NCA or a court of judicial review, is deemed to be irrefutably acknowledged for the purpose of bringing an action for damages before national courts under Article 101 or 102 TFEU or under national competition law. However, in terms of accomplishing this objective, the provision introduced into Italian law by Article 9(1) of the Directive becomes problematic when set against the current system of judicial review of NCA decisions in Italy, potentially undermining the effectiveness of the legal protection afforded to the individual.

Within the Italian legal system, a question of constitutional legitimacy emerges in relation to the ability of judicial review to protect the rights of individuals subjected to decisions of the NCA.<sup>2</sup> As for the EU law perspective, we intend to focus on the Damages Directive, which concerns rules governing actions for damages in cases of infringement of competition law under Articles 101 or 102 TFEU. In particular, according to Article 9(1) of the Damages Di-

---

1 R. BARRY et al., *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, 1<sup>st</sup> edn., Oxford University Press 2018, 3. For a critical analysis on Directive 2014/104/EU see also D.I. BAKER, *Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement that We Would Recommend to Others?*, 16 *Loyola Consumer L. Rev.*, 379, 2004.

2 G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo* [The verification of the competition law infringements and the administrative judicial procedure], 5 *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 999, 2016.



rective, 'Member States shall ensure that an infringement of competition law established by a final decision of a NCA or by a court for review is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 TFEU or under national competition law'.

The legal provisions of the Damages Directive are of particular importance insofar as they state that the NCA's decision cannot not subject to judicial review by a national court if it is not challenged or, should it be challenged, is not annulled. We specifically refer to Chapter III, entitled 'Effect of national decisions, limitation periods, joint and several liability' of Article 9(1) of the Damages Directive, entitled 'Effect of national decisions'.

From the point of view of the Italian legal system, as mentioned above, the Damages Directive has been transposed into Article 7(1) of Legislative Decree No. 3 of 2017. This provision, relating to actions for damages before a national court (*i.e.* a civil court), states that 'for the purposes of an action for damages it is considered that the defendant has been definitively ascertained to have committed a competition law offence as established by a decision of the NCA under Article 10 of law No. 287 of 10 October 1990, and no longer subject to appeal, or else by an appeal court judgment that has become final'.

Moreover, in accordance with the Damages Directive, Article 7(1), the first phrase, of Legislative Decree No. 3 (2017) states that the binding effect of assessment carried out by the NCA during a public antitrust enforcement procedure concerns the nature of the infringement and its material, personal, temporal, and territorial scope.

Thus, the provision introduced to Italian law by Article 9(1) of the Directive has raised several problems concerning the judicial protection of applicants whose interests have been harmed by the NCA's decisions. In transposing the Damages Directive, the Italian legislator affirmed that fact findings and technical assessments can no longer be subjected to the civil court's review in

the context of compensation for damages if the NCA's decisions are not challenged before an administrative court or, if challenged, these are not annulled by the same court. It should be clear that, if the civil court cannot review these kinds of decision, only the administrative court will have the authority to review them.

The problem concerns the judicial review of NCA decisions, which might therefore be addressed by extending the administrative court's review to the NCA's fact findings and technical assessments<sup>3</sup>. However, judicial review of the technical aspects of administrative decisions and – more generally – on 'technical discretion'<sup>4</sup> is rejected by a significant part of Italian case law<sup>5</sup> and scholarship.<sup>6</sup> From this perspective, a severe restriction of the administrative court's judicial authority to review NCA decisions emerges when bodies of the public administration, such as the NCA, exercise discretionary power.<sup>7</sup> In addition, Article 7(1), second phrase, of Legislative Decree No. 3 (2017) now establishes that 'judicial review by the administrative court involves the direct verification of the facts underlying the challenged decision and also extends to the technical aspects that do not present an objective margin of doubt, whose examination is necessary to judge the legitimacy of the decision itself'.

---

3 See, recently, the interesting book J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN, S. LAVRIJSSEN (eds) *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Springer 2019.

4 Italian legal scholarship distinguishes between 'administrative discretion' and 'technical discretion' under the influence of M.S. GIANNINI, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione* [*The Discretionary power of the administration*], 74-79, Giuffrè 1939. On the difference, see the traditional scholarship, E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica* [*Discretion and technical discretion*] *IV Giur. it.*, 15, 1910.

5 For example, see the recent *Consiglio di Stato*, 19 February 2019, Case No. 1160; *Consiglio di Stato*, 12 October 2017, Case No. 4733; *Consiglio di Stato*, 14 October 2016, Case No. 4266; *Consiglio di Stato*, 10 December 2014, Case No. 6050.

6 For example, the recent F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)* [*Due process of law, judicial review of the antitrust's decisions and fact findings (after binding effect of Article 7, Legislative Decree 19 January, 2017, No 3)*], 4 *Dir. proc. amm.*, 1207, 2018.

7 However, regarding the administrative court's full jurisdiction, see L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione* [*The full jurisdiction as a problem. Effective judicial protection and theories of public power, judicial process and constitution*], 2 *P.A. Persona e Amministrazione*, 237-261, 2018.

Here, a paradox arises: if the civil court's judicial review of the NCA's decisions is not permitted by law, and the administrative court's judicial review is not recognised either in case law or scholarship, no court will be able to scrutinise the NCA's fact findings and technical assessments. Nevertheless, it should now be clear that this outcome contrasts with the principle of effective judicial protection, as laid down in Article 6(1) of the European Convention on Human Rights (from now on 'ECHR') and Article 24 of the Italian Constitution (from now on 'the Constitution').

Fundamentally, I contend that the Italian system does not in its current form allow adequate judicial review of decisions of the NCA. Hence, taking as its point of departure the interpretation of Articles 6(1) ECHR and 24 of the Constitution as fundamental norms establishing the 'right to a fair trial' and the 'right to a defence', this article seeks to propose a solution to the problem of full judicial review of the NCA's decisions by advocating a strengthening of the administrative court's powers from a theoretical perspective. To be sure, from this standpoint, the article will seek to argue that, by adopting a different stance on the legal powers assigned to administrative courts, the judicial review of expressions of technical discretion in NCA decisions should always be a possibility.

Rethinking the nature and function of the powers of the public authorities in the light of the theory of the sovereignty of the people, the article concludes with a proposal to intensify scrutiny of NCA decisions by the administrative courts through rigorous judicial review, which, *inter alia*, would allow the administrative court to challenge the NCA's fact finding and technical assessments in order to ensure the individual's right to full legal protection.

## **2. The judicial review system for the protection of rights and legitimate interests in Italy**

In doing so, first of all, a brief explanation of the Italian administrative justice system may be in order to clarify the distinction between the roles of

the administrative and civil courts in Italy and examine the powers of review the administrative courts enjoy.<sup>8</sup> Lastly, we explore the options available in the Italian system for the addressees of an infringement ruling to challenge a decision that goes against them.

In the Italian legal system, the court system is divided at macro level between ordinary and administrative branches.<sup>9</sup> Article 113(1) of the Constitution establishes that ‘the judicial protection of rights and legitimate interests against acts of the public administration before the organs of ordinary or administrative justice is always permitted’.<sup>10</sup>

Administrative courts aim to ensure that government bodies protect the principle of rule of law and safeguard individual rights and legitimate interests in relations with public powers. Appeals against administrative decisions are examined by the court, with regard to the scope of the complainant’s interest and the arguments presented to the court by the claimant. Courts may not introduce new arguments *ex officio* because the purpose of administrative justice is not to verify proper functioning of government bodies in general but to determine whether the alleged abuse of power in fact violated the complainant’s rights or interests.

Historically, administrative courts only had the power to quash unlawful and invalid administrative decisions.<sup>11</sup> Since 2000, however, they have also acquired the general power to order government bodies to pay compensation for

---

<sup>8</sup> May we refer to D. VESE, *La revisione giudiziaria delle decisioni antitrust* [The judicial review of administrative antitrust measures], in *Diritto e Processo Amministrativo*, 3, 2019, 687-730.

<sup>9</sup> For an historical perspective, see, for example, B.G. MATTARELLA, *Administrative Law in Italy: An Historical Sketch*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1009-1053, 2010; F.G. COCA, *Administrative Justice in Italy: Origins and Evolution*, 1 *It. J. of Publ. L.*, 118-161, 2009.

<sup>10</sup> For the traditional scholarship see, for example, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana* [The Administrative Justice in the Italian Constitution], Giuffrè 1966.

<sup>11</sup> See, for example, F.G. COCA (ed.), *Giustizia amministrativa* [Administrative Justice], Giappichelli 2014; A. SANDULLI (ed.), *Diritto processuale amministrativo* [Administrative Judicial Review], Giuffrè 2013; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa* [Handbook of Administrative Justice], Giappichelli 2014; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* [Administrative Justice Lessons], Giappichelli 2014.

any damage caused.<sup>12</sup> In particular, when administrative courts annul an administrative decision, they do not expressly order the administration to do – or to abstain from doing – something; rather, in the rationale for their decisions they indicate what the body must or must not do during the review process leading to a new administrative decision.<sup>13</sup>

Essentially, it is a consolidated principle that courts cannot take the place of administrative bodies, but they may certainly direct them to ensure full compliance with judgments. Nevertheless, Article 34(1) of Legislative Decree No. 104 (2010) (the so-called ‘Code of Administrative Process’, from now on CAP)<sup>14</sup> now provides that when an administrative court annuls an act, it can, within the limits of the petition brought before it, specify suitable measures to ensure that the judgment is executed, including the appointment of a provisional administrator, with an *ad acta* commissioner, to implement a given decision. The CAP regulates all aspects pertaining to the range of authority and duties of administrative courts. In addition, partly following some solutions already indicated in case law, it has increased the range of decisions that can be pronounced by administrative courts.

Along with the traditional action of annulment, Article 30 CAP regulates judgments ordering compensation for damage, payments of sums, and actions to be taken. These actions can be filed at the same time as another action, or they may be filed autonomously but only in cases of exclusive jurisdiction. Thus, claimants can seek the annulment of an administrative act as well as re-

---

12 M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, [Horizons of a Necessary and Possible Reform of the Administrative Process], *Riv. dir. proc.*, 249, 1978; see also M. CLARICH, *La riforma del processo amministrativo* [The Reform of Administrative Process], *Giorn. dir. amm.*, 1069, 2000; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)* [The judicial legal protection (in Italy, under the EU influence)], *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte gen, vol. II, Giuffrè 2007, 1031.

13 R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo* [Annulment between Tradition and Innovation: The Problematic Flexibility of Administrative Court Powers], *Dir. proc. amm.*, 1273-1397 (2012).

14 See, for example, F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo* [The Code of Fair Administrative Trial], *Dir. proc. amm.*, 1-24, 2001; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa* [The Code of Fair Trial and Overcoming of Administrative Justice], *Dir. proc. amm.*, 100-132, 2011.

dress for damages, or the restitution of wrongfully paid sums of money all at the same time. The annulment of an administrative decision (e.g. the adjudication of public contracting) may have an indirect effect on a contract that the administrative body has entered into, leading to its nullity or ineffectiveness, subsequently obliging the authority to either enter into a new contract with the petitioner or start the process again from the start, according to Articles 121-124 CAP.

Hence, as we have seen, the Italian system contemplates both ordinary courts (civil and criminal) and administrative courts, with different benches. They are specifically regulated by the Constitution. The ordinary civil and criminal courts and tribunals of first instance are presided over by 'justices of the peace' (lay magistrates), whereas the Appeal Courts, with career magistrates, have jurisdiction at second instance, and the Supreme Court at third (and last) instance.

The Administrative Courts of first instance are the Regional Administrative Tribunals (TARs), operating in each Region.<sup>15</sup> The judicatory body of second and last instance is the Council of State. The Supreme Court has competence in matters of jurisdiction and, only on this matter, may constitute a court of third instance in matters of litigation with the public authorities. The Constitutional Court is empowered to settle disputes not only concerning a law's constitutionality, but also concerning 'conflicts of power' between the various State powers (legislative, jurisdictional, administrative), between the Central Government and the Regions, and between the Regions themselves. In this area, it can adjudicate on administrative decisions that have led to conflict.

In Italy, more specifically, jurisdictional oversight of the work of the public authorities is carried out as follows: in accordance with Article 103 of the Constitution, the Council of State (court of second and last instance pursuant

---

<sup>15</sup> M. NIGRO, *L'ordinamento della giurisdizione amministrativa e l'istituzione dei Tribunali amministrativi locali* [The Organization of Administrative Jurisdiction and the Establishment of Local Administrative Courts], *Cons. Stato*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè 1996, 743.

to Article 6 CAP and the other administrative courts of first instance, the TARs (pursuant to Article 5 CAP) have jurisdiction over legally protected interests in matters involving public authorities and individual rights in the specific areas laid down by the law.

As a rule, the judicial review of administrative decisions does not fall within the jurisdiction of the ordinary courts but that of the administrative courts pursuant to Article 103 of the Constitution and Article 7 CAP.<sup>16</sup> According to Article 5, Law No. 2248 of 20 March 1865, annexure E,<sup>17</sup> ordinary courts are powerless to quash administrative decisions. This authority belongs to administrative courts only. Ordinary courts may examine administrative acts only incidentally, when pertinent to disputes coming within its authority concerning subjective rights, disapplying them, if unlawful, thus declaring them devoid of effects in the specific case. There are, however, some matters where ordinary courts (*i.e.* civil courts) have jurisdiction over administrative decisions: for example, in the case of administrative monetary sanctions (Law No. 689 of 1981) or denial of asylum and international protection where subjective rights are at stake.

According to Article 103 of the Constitution, administrative courts have jurisdiction over legally protected interests in matters regarding the public authorities and individual rights in the specific areas laid down by the law pursuant to Articles 7 and 133 CAP. They have general jurisdiction regarding appeals against administrative decisions. According to Article 103(1) of the Constitution, administrative courts have jurisdiction over legally protected interests in matters regarding the work of the public authorities and individual rights in the specific areas laid down by the law (*i.e.* exclusive jurisdiction).<sup>18</sup> Legitimate in-

16 A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria* [Administrative Jurisdiction and Limits to Ordinary Jurisdiction], Giuffrè 1975, 133.

17 The law of 20 March 1865 No. 2248, annexure E, abolished the boards of review and invested the ordinary courts with jurisdiction over all disputes which concerned public administration and involved private or public subjective rights.

18 L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridefinisce l'ambito* [On the Characteristics and Limits of Exclusive Jurisdiction: the Constitutional Court Redesigns its Scope], *Dir. proc. amm.*, 214, 2004.

terests (so-called *interessi legittimi*) may be defined as the subjective situations granted to an individual who is subject to the exercise of power by a public body.<sup>19</sup> Legally protected interests involve the possibility of contesting the improper exercise of administrative power<sup>20</sup> (or the possibility of influencing the proper exercise of administrative power) seeking the invalidity of an act and compensation for damages.<sup>21</sup>

In order to assign jurisdiction to an administrative or an ordinary judge, the CAP follows two criteria: *i*) type of interest; *ii*) type of subject (secondary criterion). In accordance with Article 7(1) CAP, the administrative courts have jurisdiction over the protection of legitimate interests against the public authorities and, in specific matters laid down by law, such as the protection of subjective rights concerning administrative decisions, acts, agreements or behaviours adopted by public administrations, as long as they are related (even indirectly) to the exercise of a public authority<sup>22</sup>. Administrative courts enjoy exclusive jurisdiction in matters pertaining to public services, urban planning and construction, public proceedings for awarding contracts for public works, supplies and services, competition law, and the actions of independent authorities such as the NCA. The list of areas of exclusive jurisdiction is set out in Article 133 CAP.

Finally, Article 30 CAP establishes that administrative courts can order the authorities to compensate for damage suffered by an individual due to un-

---

19 E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)* [Interest (Administrative Law)], *Enc. Dir.*, vol. XXII, Giuffrè 1972, 1; B. SORDI, *Interesse legittimo* [Legitimate Interest], in *Enc. dir., Ann.*, II, 2, (Giuffrè 2008); F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo* [Essay on Legitimate Interest], Giuffrè 1990, 2-83; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia «non amministrativa»* (sonntagsgedanken), [In Search of the Rule of Law - For «non-Administrative» Justice], Giuffrè 2005, 159; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria* [The Legitimate Interest: History and Theory], Giappichelli 2017.

20 G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, [Legal Protection against Public and Private Powers: Common Perspectives and Problematic Aspects], *Dir. pubbl.*, 475 ss., 2003.

21 E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi* [Compensation for Damages for Lesions of Legitimate Interests], Chieti 1984.

22 G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa* [For the Unity and Effectiveness of Administrative Justice], *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1815, 1972.



lawful administrative activity. Administrative courts can quash illegal or invalid administrative decisions, while ordinary courts can only disapply invalid administrative acts.

### **3. The private antitrust enforcement in EU legal system and the binding effect of competition authority decisions**

We could conceivably argue that Article 9(1) of the Damages Directive constrains the legal scholar to a specific interpretation. It should be borne in mind that this interpretation requires the *acquis européen* to confer upon the NCA's decisions (through which this authority carries out its technical assessments and ascertains fact finding, ascribing to it a specific legal determination) a binding *erga omnes* efficacy with regard to national courts for compensation of damage in the private antitrust enforcement system. This occurs when an administrative decision *i*) is not challenged before an administrative court and becomes incontestable with regard to the fact findings and technical assessments carried out by the NCA, or *ii*) is not annulled, despite having been challenged before an administrative court.<sup>23</sup>

The decision of an administrative court is implicitly tantamount to *res judicata* in relation to the fact findings and technical assessments carried out by the NCA in proceedings that have not been brought before an administrative court. For these reasons, a domestic court can no longer decide the case to hand independently and has to decide exclusively on the basis of the fact findings, technical assessments, and other legal determinations with which the NCA established the infringements of competition law in the first instance.<sup>24</sup> Similarly, in proceedings for compensation for damage caused by breaches of

---

<sup>23</sup> For a detailed exposition, please refer to D. VESE, *On the Administrative Judge's Judicial Review over AGCM's Decisions. Full Jurisdiction and Protection of the Fundamental Rights*, in *Civil Procedure Review*, 11, 2, 2020, 69-144.

<sup>24</sup> ECJ (Third Chamber) 13 July 2006, Case C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*. For a comment, cf. J. Basedow, *Private Enforcement of EU Competition Law*, 19, *Kluwer Law International* 2007; see also E. DE SMITJER & D. O' SULLIVAN, *The Manfredi Judgment of the ECJ and how it Relates to the Commission's Initiative on EC Antitrust Damage Actions*, 3 *Compet. Policy Newsletter*, 25, 2006.

competition law, the final decisions handed down by administrative courts that have not annulled the NCA's decisions will be binding, so that the fact finding, technical assessments, and other legal determinations will be implicitly confirmed.

However, the situation described above is only one of the angles from which the EU Damages Directive may be critiqued. In fact, there is another point, strictly related to the first, connected with a problem concerning judicial review of NCA decisions in the private antitrust enforcement procedure. This stance suggests assessing the consistency between the binding effect of the NCA's decisions laid down in Article 9(1) of the Damages Directive and the general principle of the applicant's right to a defence from the point of view of temporal considerations. It should be considered that an undertaking accused of breaching competition law does not have one, but a plurality, of interests leading it to challenge the measure adopted by the same authority. Furthermore, it is inconceivable to rule out the possibility that some of the interests of an undertaking could hypothetically come to light successively and therefore at a time that does not correspond to the adoption of an administrative measure by the NCA.

It should be observed that it might be in the interests of an undertaking under NCA investigation in a public antitrust enforcement procedure for anti-competitive agreements pursuant to 101 TFEU or abuse of the dominant position according to 102 TFEU not to challenge any sanctions before an administrative court. In fact, this occurs if the agreement is no longer of strategic interest, or dominant position has no significant economic value for an undertaking. However, although the said undertaking may have no interest in challenging NCA sanctions for the aforementioned reasons, it may well have an interest in not being subjected to claims for damages by injured parties who have disputed the anti-competitive agreement or the abuse of a dominant position in the private antitrust enforcement procedure.

In this case, it is clear that the NCA's decision only regards the interest of an undertaking seeking to challenge an administrative measure with a view to the cancellation of related sanctions; on the other hand, what is not so clear is the interest of an undertaking to dispute the legality of the administrative measures of the NCA in order not to jeopardise its position in a lawsuit. From this point of view, the interest in challenging the NCA's decision is not particularly significant; in fact, it is not a "current" interest because there is no certainty that a civil action will be brought before a domestic court anyway, so such an action may also not be brought by adverse parties hypothetically damaged due to breaches of competition law ascertained during the NCA public antitrust enforcement procedure.

It should now be clear that Article 9(1) of the Damages Directive not only causes a loss of legal protection, as we have attempted to argue above, but also an anticipation of this loss when some interests are only hypothetical. This, in particular, equates temporally non-homogenous interests, in turn creating a problem regarding the right to bring an action before an administrative court. This undermines the principle of legal certainty, representing a risk for undertakings subjected to punitive proceedings in terms of their right to a defence before the administrative court, jeopardising in particular the possibility of bringing an appeal before the administrative court in order to avoid compromising the undertakings' right to a defence in the event of one or more third party claims (by competitors and consumers) in the course of private antitrust enforcement procedures.

Returning to the central issue, we will consider the last European reform concerning relations between the public and private antitrust enforcement systems. EU law, as we have seen with the Damages Directive, affirms that Member States must ensure that an infringement of competition law declared in a final decision from the NCA or a court for review is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before national

courts pursuant to Article 101 or 102 TFEU or according to national competition law.<sup>25</sup> Hence, EU law has essentially made the NCA's decision binding on compensation proceedings through which it ascertains an infringement of competition law.<sup>26</sup> In particular, with this reform EU law aims to promote legal certainty, avoid inconsistency in the application of Articles 101 and 102 TFEU<sup>27</sup>, increase the effectiveness and procedural efficiency of actions for damages, and to improve the functioning of the internal market for both undertakings and consumers.<sup>28</sup>

This also comes about through the Damages Directive, which highlights the importance of the procedural stability of a decision of the NCA or an administrative court in order to promote legal certainty and to 'increase the effectiveness and procedural efficiency of the actions for damages'.<sup>29</sup> In this sense, the rule of the aforementioned recital provides that the decision with which the NCA or the administrative court establishes an infringement of competition law cannot be questioned in subsequent actions for damages. However, the achievement of efficiency, effectiveness, and legal certainty by the most recent European legislation within the private antitrust enforcement system is not without problems.<sup>30</sup> As we have seen before, this problem concerns the limitation of the right to bring an action and be defended on the part of applicants who seek to demonstrate, using all the procedural tools that the legal systems of Member States offer, that an infringement of competition law

---

25 For an analysis of the Spanish legal system, see F. GASCON INCHAUSTI, *Procedural issues of antitrust damages claims: Some notes in the light of the 2014 directive and the proposal for its transposition into the Spanish legal system*, 9 *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 139 (2017).

26 B. CARAVITA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, 2 *Italian Antitrust Review*, 48-49, 2015.

27 E.N. TRULLI, *Will Its Provisions Serve Its Goals? Directive 2014/104/EU on Certain Rules Governing Actions for Damages for Competition Law Infringements*, *SSRN Electronic Journal*, 6-7, 2016.

28 S. PEYER, *Compensation and the Damages Directive*, 12 *European Competition Journal*, 92, 2016.

29 Recital no. 34 of Damages Directive.

30 C. MIGANI, *Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and an Effective Private Competition Law Enforcement*, 7 *Global antitrust Review*, 91, 2014.

has not been committed, contrary to the *prima facie* assertion of the NCA during the public antitrust enforcement procedure.

It must be said that the European legislation does not represent an absolute novelty in this regard. Rather that it seems to represent a point of arrival for a wider and more complex path completed by the European legislator involving some important regulatory steps. One of the most important of these was the approval of Council Regulation No. 1/2003 of 16 December 2002, concerning the application of competition rules pursuant to Articles 101 and 102 TFEU. Article 16(1) of Council Regulation No. 1/2003 on 'Uniform application of Community competition law' provides that national courts, when called upon to rule on an infringement of Article 101 and 102, on which a decision has already been taken by the European Commission, may not reach opposing decisions. Article 16(1) of Council Regulation No. 1 of 2003, concerning the implementation of rules on competition laid down in Articles 101 and 102 TFEU, affirms that national courts 'must also avoid giving decisions which would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated'. In this sense, we must refer to recital No. 22 of Council Regulation No. 1 of 2003 where the European Council highlights the effectiveness of the decisions and procedures of the European Commission on national courts and the competition authorities of the Member States. This is in order to ensure compliance with the principles of legal certainty and the uniform application of the community competition rules in a system of parallel powers, also in order to avoid conflicting decisions.

#### **4. Rethinking judicial review on the protection of rights in the European and Italian legal order**

In the pages to follow, starting from an overview of fundamental norms in EU and Italian law and considering the case law of the European Court of Human Rights,<sup>31</sup> the aim is to demonstrate how full knowledge of the fact

---

<sup>31</sup> E.A. ALKEMA, *The European Convention as a constitution and its court as a constitutional court*, in *Protecting Human Rights: the European perspective* 41, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L.

findings and technical assessments (*i.e.* technical discretion) constitutes an essential element of the administrative court's full jurisdiction. In doing so, it will be seen that the possibilities for protecting legal entities (individuals and undertakings) in relation to the exercise of administrative power depend on the correct interpretation of the concepts of judicial process and judicial review.<sup>32</sup>

This issue needs to be addressed from a theoretical point of view. Indeed, it is not unreasonable to claim that the problem of full jurisdiction of administrative courts is largely of a theoretical and cultural nature, namely one of defining contents and interpretative perspectives. In order to offer a solution, we must start from positive law, with a view to refuting through the interpretation of legal principles any claim that, with regard to NCA decisions, restricts judicial review and limits the legal protection of individual rights through the exercise of its power.

Before doing so, there is a point requiring brief clarification. With regard to the problem of the protection of legal entities' rights, it is clear that undertakings will be directly affected by the NCA's decisions whereby the public authorities ascertain antitrust infringements, such as anti-competitive practices, agreements and decisions pursuant to Article 101 TFEU or the abuse of a dominant position according to Article 102 TFEU, all of which restrict competition in the EU. The administrative court's judicial review should be thought of as the legal protection of all entities' rights thus safeguarding those of both individuals and private individuals. Consequently, since the issue concerns the legal protection of entities' fundamental rights when the applicant is an undertaking, reduction of legal protection in this case is also not without effects in relation to the statutory rights of individuals (e.g. consumers). This attenuation,

---

Wildhaber eds., Carl Heymans Cologne 2000.

<sup>32</sup> P. CRAIG, *Judicial Review, Intensity and Deference in EU Law*, in *The Unity of Public Law* ch. 13, D. DYZENHAUS ed., Hart 2004; see also M. BARAN, *The scope of EU Courts' jurisdiction and review of administrative decisions - the problem of intensity of control of legality*, in *Research handbook on EU administrative law* 292-315, C. HARLOW, P. LEINO & G. DELLA CANANEA eds., Edward Elgar 2017.

in itself, derives from limitations to the general principle of the administrative court's judicial review.

Having established the general scope of this article, we turn now to the available normative data to be examined in the next section, starting from the elements found in current EU law. The main regulation governing judicial process and judicial review comes from Articles 6(1) and 13 ECHR, and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter). Through Article 47 of the Charter, EU law ensures the right to effective judicial review before an independent and impartial tribunal as well as to a fair trial. In particular, Article 47(1) provides that individuals 'whose rights and freedoms guaranteed by law of the Union have been violated' must have access to an 'effective remedy' before a judge. To this end, Article 47(2) provides that cases must be fairly, publicly, and within a reasonable time examined and judged before an 'independent and impartial tribunal, previously established by law', and each individual may be 'advised, defended and represented'. Article 13 ECHR, entitled 'right to an effective remedy', provides that individuals whose rights and freedoms have been adversely affected have the 'right to an effective remedy before a national authority' also when the infringement has been committed by a person acting in an official capacity. In accord with the two previous rules, the Article 6(1) ECHR provision concerning the 'right to a fair trial' guarantees that 'everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time'. Examination of the case regarding an individual must necessarily be submitted to 'an independent and impartial tribunal, established by law' which is called upon to analyse on 'the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him'.<sup>33</sup>

In Italian law, the principles concerning concepts of judicial process and judicial review are found in the coordinated reading of the legal provisions re-

---

<sup>33</sup> R. NAZZINI, *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective*, 49 *Common Market L. Rev.*, 971, 2012.

ferred to in Articles 24, 111 and 113 of the Constitution.<sup>34</sup> In particular, the fundamental principle referred to in Article 24(1) of the Constitution affirms that ‘anyone may bring a case before a court of law in order to protect their rights under civil and administrative law’. Furthermore, Article 24(2) of the Constitution also provides a right to a defence as ‘an inviolable right at every stage and instance of legal proceedings’. Article 111(1) of the Constitution states the principle of ‘due process’ and the rule on the basis of which ‘the jurisdiction shall be implemented through due process regulated by law’. This goes hand in hand with the precept laid down in Article 111(2) of the Constitution whereby ‘all court trials shall be conducted with adversary proceedings and parties shall be entitled to equal conditions before a third-party and impartial judge’. In the same way, the norm referred to in Article 113(1) of the Constitution set up ‘judicial protection of legitimate interests and rights against acts of the civil service before bodies of ordinary or administrative justice’.

It may be observed, on the basis of an examination of the above-mentioned provisions, that it is not difficult to identify some normative reference points on which to ground a correct interpretation of the concepts of judicial process and judicial review in relation to the administrative court’s full jurisdiction.<sup>35</sup> In European law this is true of the right to a fair trial as provided for by *i*) Article 6(1) ECHR, which states that each case must be made public and examined within a reasonable time, *ii*) Article 13 ECHR, which establishes the right to an effective remedy, and Articles 47(1) and 47(2) of the Charter, where it is recognised that everyone has the right to an effective remedy before an independent and impartial court, previously established by law. This is also the case of Italian law, where the right to an effective remedy and defence at trial are laid down in Articles 24(1), 111(1) and 111(2) of the Constitution, where

---

<sup>34</sup> See *English version of the Italian Constitution supervised by the Senate International Affairs Service* (Aug. 30, 2019) [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_INGLESE.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_INGLESE.pdf).

<sup>35</sup> G. ZHU, *Deference to the Administration in Judicial Review. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law* 3 ss., Springer 2019.



the principle of due process regulated by law is established, as is the reasonable duration of proceedings. Lastly, Article 113 of the Constitution recognises judicial protection before the civil or administrative courts with regard to acts by the public authorities. In reality, Article 24 of the Constitution is sufficient to affirm that the principle of effective judicial protection – understood here as the capacity of judicial process to ensure the rights of an individual to a fair hearing as recognised by law – is already provided for in this principle, which establishes that all are entitled to initiate legal action to uphold their rights. Nevertheless, in my opinion, it would see necessary to refer in any case to the other provisions of the Italian Constitution just mentioned.

It could be argued that the European and Italian norms give a certain legal value to the concepts of judicial process and judicial review. It is reasonably clear by way of contrast that these concepts are in conflict with recent readings significantly limiting the administrative court's jurisdictional powers over the NCA's decisions. This applies in particular to powers that allow the court to have full access to the facts of the case and to review the NCA's decisions, including technical assessments. On the other hand, it would appear to be true that the legal value of the concepts of judicial process and judicial review emerging from the aforementioned norms proves that full knowledge of the fact finding and technical assessments constitutes an essential element in the administrative court's full jurisdiction. This would also appear to be supported by a significant part of European Court of Human rights case law, as we shall see below.

## **5. Towards better judicial review of technical decisions: the case-law of the European Court of Human Rights**

An influential address of the European Court of Human Rights<sup>36</sup> affirmed that, from the perspective of full jurisdiction, a judge must know and re-

---

36 P. CRAIG, *The Courts, the Human Rights Act and Judicial Review*, 117 *L. Quart. Rev.*, 589 (2001); L. WILDHABER, *A constitutional future for the European Court of Human Rights?*, 23 *Human Rights L. J.*, 161-165, 2002.

view all the questions of fact and law relevant to the solution of cases.<sup>37</sup> In this sense, we cannot speak of full jurisdiction if the court is considered not to have powers to review administrative decisions in relation to fact finding and technical assessments.<sup>38</sup> According to the case law of the Strasbourg Court, the court would not seem to be assured independence, as required by the ECHR, nor the power to review administrative decisions from the point of view of technical discretion. From this perspective, it has been observed that only an institution with full jurisdiction and able to satisfy a number of requirements, such as the independence with regard to both the Executive and the parties, can to be considered to be a tribunal within the meaning of Article 6(1) ECHR<sup>39</sup>. Furthermore, the full jurisdiction of the administrative courts can be deemed to be in line with the legal precepts of Article 6(1) only if proceedings coming before it are subject to subsequent control by a judicial body with full jurisdiction.<sup>40</sup> This aspect too characterises the theory of full jurisdiction.<sup>41</sup>

A significant body of the Strasbourg Court's case law establishes that in order to be a court with full jurisdiction, an administrative court must always be entitled to review the administration's reconstructions of the fact finding

---

37 More recently, for example, ECtHR, 11 January 2018, Case No. 38334/08 and 68242/16, *Haralambi Borisov ANCHEV v Bulgaria*, para. 131; less recently, cf. ECtHR 28 January 1983, Case No. 7299/75, *Albert and Le Compte v. Belgium*, para. 29; ECtHR 17 December 1996, Case No. 1996-VI, *Terra Woningen B.V. v the Netherlands*, para. 52; ECtHR, 10 July 1998, Case No. 21322/92, *Tinnelly and Sons Ltd and others and McElduff and others v the UK*, para. 48; ECtHR, 24 November 2005, Case No. 49429/99, *Capital Bank AD v Bulgaria*, para. 98; ECtHR, 31 July 2008, Case No. 72034/01, *Družstevní záložna Pria and Others v the Czech Republic*, para. 107 and 111; ECtHR, 2 December 2010, Case No. 38780/02, *Putter v Bulgaria*, para. 47.

38 The scope of judicial review in administrative decision-making in the UK is set out in the ECtHR, 14 November 2006, Case No. 60860/00, *Tsfayo v UK*, paras. 25-33.

39 ECtHR, 16 July 1971, Case No. 13, *Ringeisen v Austria*, para 95; ECtHR, 29 April 1988, Case No. 132, *Belilos v Switzerland*, para. 64; ECtHR, 24 November 1994, Case No. 296-B, *Beaumont v France*, paras. 38-39; ECtHR, 23 June 1981, Case No. 6878/75 and 7238/75, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, para 55; ECtHR, 13 February 2003, *Chevol v France*, Case No. 49636/99, para 76.

40 ECtHR, 17 April 2012, *Steininger v Austria*, Case No. 21539/07, para. 49, where the requirement of full jurisdiction 'will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised sufficient jurisdiction or provided sufficient review in the proceedings before it'; see also ECtHR, 21 July 2011, *Sigma Radio Television Ltd v Cyprus*, Case No. 32181/04 and 35122/05, paras. 151-152.

41 ECtHR, *Sigma Radio Television Ltd. v Cyprus*, *supra* n. 39, para. 157.

and technical assessments. From this point of view, it may be useful to observe that for a court to satisfy Article 6(1) ECHR, on the determination of civil rights and obligations, it must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute.<sup>42</sup> The approach of the Strasbourg Court is significant in that it proves that no obstacles may prevent a court having full jurisdiction over all matters, of fact and law, concerning the dispute. Judgments regarding complex technical evaluations *must* be included; hence a court can review these assessments in an effort to offer a different interpretation of the fact finding and technical assessments forming the basis of the public authority's decision.

As regards judicial review of complex technical assessments, the Strasbourg Court has recognised that, if full jurisdiction is challenged, proceedings might still satisfy the requirements of Article 6(1) ECHR if the court deciding on the matter has considered all the applicant's submissions on their merits, point by point, without having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts.<sup>43</sup> This is a rigorous judicial review including verification of the technical discretion that the administrative court will have to review point by point. If it were not so, there would be an evident denial of justice in the form of an infringement of the right of access to a court, which could occur when any individual could not challenge before a court an assessment of facts in a decision adopted by a public authority, even if the same authority acts within its discretionary power.<sup>44</sup>

---

42 ECtHR, *Chevrol v France*, *supra* n. 38, para 77; ECtHR, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, *supra* n. 36, para. 51(b); ECtHR, 26 April 1995, Case No. 312, *Fischer v Austria*, para. 29; ECtHR, 17 December 1996, Case No. 2064/92, *Terra Woningen B.V. v the Netherlands*, para 52.

43 ECtHR, *Družstevní záložna Priea and Others v the Czech Republic*, *supra* n. 36, para 111; ECtHR, 21 September 1993, Case No. 268-A, *Zumtobel v Austria*, paras. 31-32; ECtHR, *Fischer v Austria*, *supra* n. 37, para 34.

44 ECtHR, *Družstevní záložna Priea and Others v the Czech Republic*, *supra* n. 36, para 111; see also ECtHR, 10 July 1998, Case No. 1998-IV, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v the UK*, para 74.

From the perspective of full jurisdiction, a significant body of the Strasbourg Court's case law recognises that it will not be possible to speak of full jurisdiction if the court cannot review 'the merits of the case'<sup>45</sup> or carry out 'a review of the facts'<sup>46</sup> by means of a substitute review. To this end, the Court has specified that it is not enough to establish that a public authority's discretionary power<sup>47</sup> 'has been used in a manner compatible with the object and purpose of law',<sup>48</sup> but it is necessary for the administrative court's review to be able to 'verify whether grounds in fact existed'<sup>49</sup> so that this 'should have full jurisdiction to review the facts'.<sup>50</sup> If the court does not have jurisdiction to rehear the evidence or make its own views in relation to facts and technical assessments of the case prevail, full jurisdiction cannot be said to have been realised.<sup>51</sup>

The Menarini judgement,<sup>52</sup> of course, represents a leading case for the theory of full jurisdiction. In the *Menarini*, concerning the NCA's ascertainment of anti-competitive practices in the market of tests for the diagnosis of diabetes by an Italian pharmaceutical company, the Strasbourg Court established some fixed points regarding the administrative court in question of judicial review and thus on its full jurisdiction. First of all, it was recognised that only 'a body enjoying full jurisdiction and meeting a series of requirements such as independence from the executive as parties involved can receive the appellation

---

45 ECtHR, *Albert and Le Compte v Belgium*, *supra* n. 36, para. 36.

46 ECtHR, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, *supra* n. 38, para. 60.

47 ECtHR, *Družstevní Záložna Priea and Others v the Czech Republic*, *supra* n. 36, para. 111.

48 ECtHR, 28 June 1990, Case No. 11761/85, *Obermeier v Austria*, para. 70.

49 ECtHR, *Tsfayo v UK*, *supra* n. 37, para. 47.

50 *ibid.*, para. 51.

51 *ibid.*, para. 47.

52 ECtHR, 27 September 2011, Case No. 43509/2008, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. v Italia*. The applicant is an Italian company based in Florence (Italy). In 2001, the Italian NCA (so-called *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AGCM*), investigated the company for unfair competition. In a decision of 30 April 2003, it fined the company 6 million euros for unfair competition on the diabetes diagnosis test market, stating that the penalty should serve as a deterrent to all pharmaceutical companies. All the company's appeals against that decision were rejected. Relying on Article 6(1) ECHR, the applicant company complains that it had no access to a court with full jurisdiction or to judicial review of the administrative decision of the AGCM.

of tribunal within the meaning of Article 6 (1).<sup>53</sup> Secondly, in order to be an authority 'with full jurisdiction', an administrative court must exercise the power of review 'on the different allegations of fact and law'<sup>54</sup> subject to his knowledge, since it cannot limit its activity to 'a simple judicial review of legality'.<sup>55</sup>

More specifically, the administrative court has to: *i*) 'verify whether, in relation to the particular circumstances of the case, the AGCM had made appropriate use of its powers', *ii*) 'examine the merits and proportionality of the choices made by AGCM', and *iii*) 'carry out the judicial review on technical assessments'.<sup>56</sup> By reason of these powers, as configured in the Menarini judgement, the Strasbourg Court ruled that the administrative court's review of the NCA's decisions must be carried out 'going beyond an external judicial review on the logical consistency of the motivation of the NCAs',<sup>57</sup> specifying that 'among the characteristics of a judicial body with full jurisdiction is the power to reform in all points in fact and in law, the decision undertaken'.<sup>58</sup>

With this in mind, it does not seem difficult to see that the recent Italian approach to the question of the limits of the administrative court concerning full jurisdiction of fact finding and technical assessments in NCA decisions clearly contrasts with an influential part of Strasbourg case law. From this perspective, the approach of the Strasbourg Court, together with the legal rules of EU and Italian law, show that full judicial review of technical discretion is an essential component of the administrative court's jurisdiction. If judicial review constitutes an essential feature of jurisdictional function, this is true inso-

---

53 *ibid.*, para. 61; *see also* ECtHR, 16 July 1971, Case No. 2614/65, *Ringeisen v Austria*, para. 95; ECtHR, 29 April 1988, Case No. 10328/83, *Belilos v Suisse*, para. 64; ECtHR, 24 November 1994, Case No. 15287/89, *Beaumont v France*, paras. 38-39.

54 ECtHR, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. v Italia*, *supra* n. 47, para. 63.

55 *ibid.*, para. 64.

56 *ibid.*

57 *ibid.*, para. 66.

58 *ibid.*, para. 59, 'the decision of an administrative authority which does not itself fulfil the conditions of Article 6 §1 is subject to subsequent review by a judicial body having full jurisdiction'.

far as it is possible to state the need for full review by an administrative court so that its judicial power can extend to overriding a decision by a public authority.

To this end, the pages to follow will be dedicated to the legal provisions of Article 6(1) ECHR and Article 24 of the Constitution, concerning court scrutiny of technical discretion, in order to show that effective judicial review of NCA decisions can only be based on the correct interpretation of these very legal provisions.

The final part of this article argues for the administrative court's review of NCA, based on a different understanding of the nature and function of the powers of public authorities, namely one that, by virtue of the principle of the sovereignty of the people, is directed to accomplishing full realisation of the fundamental rights of the individual.

## **6. Judicial review of technical decisions in the light of Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 24 of the Italian Constitution**

EU law on private antitrust enforcement and especially the Damages Directive, as we have seen in the Italian case, could pose a serious problem as to the judicial review of NCA decisions. It will be clear by now that an element of unconstitutionality emerges with regard to legal protection when no civil or administrative court can be called upon to review the NCA's fact finding and technical assessments (*i.e.* technical discretion). On the one hand, following the transposition of the Damages Directive, we observe that the civil court's review of fact finding and technical assessments is not envisaged in the Italian legal system (pursuant to Legislative Decree 19 January 2017, No. 3), while a significant volume of case law fails to recognise judicial review by the administrative courts. A paradox therefore arises because no court (either civil or administrative) can scrutinise the NCA's technical discretion.

There is no doubt that judicial review of the NCA's decisions will have to come under the jurisdiction of the administrative court, otherwise no court will be able to carry out any similar judicial scrutiny. And here lies the main problem. If no court may be invoked to review the interpretation of the fact finding and technical assessments carried out by the NCA, the 'right of defence' enshrined in EU and Italian law will be eroded. This right is guaranteed, as seen previously, both by Article 6(1) ECHR and Article 24 of the Constitution. Hence, we should refer to these two main norms for a solution to the problem of full judicial review as regards technical discretion in NCA decisions.

The full judicial review of NCA decisions by administrative courts has found confirmation in the context of EU law, above all in Article 6(1) ECHR and its application in Italian law. According to Article 6(1) ECHR 'in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law'. This rule meant to ascribe a criminal nature to the penalties imposed by administrative authorities, including the NCA.<sup>59</sup> From the perspective of full jurisdiction, Article 6(1) of the ECHR requires the decision to apply any sanctions resulting from a procedure that does not satisfy the conditions set out in its first paragraph to be subject to subsequent judicial review by a court with full knowledge of the facts and the law. This approach is based on a holistic conception of the administrative procedure and the subsequent phase of judicial review, for which the proceeding before the administrative court becomes susceptible to the possible correction, even *ex post*, of the potential lack of safeguards: firstly, in terms of the dispute itself; secondly, in terms of the evaluation of the fact finding and technical assessments, and thirdly in terms of sanctions. A similar approach, which would require the administrative authority to exercise its au-

---

<sup>59</sup> The starting point for the assessment of the applicability of the criminal aspect of Article 6 ECHR is based on the criteria outlined in ECtHR, 8 June 1976, Case No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *Engel and others v the Netherlands*, paras. 82-83.

thority a second time in order to ensure procedural rights are guaranteed in the decision-making process, prescribes at least that possibility of the court verifying the correct identification of the sanctionable case, especially when this identification involves complex assessments by the public authority, as often happens in an antitrust procedure with regard to the identification of relevant market.<sup>60</sup>

Article 6(1) ECHR, as we have argued with regard to the interpretation of the concepts of judicial process and judicial review, undoubtedly represents a fundamental point for an elaboration of the administrative court's full jurisdiction of the NCA's decisions in terms of the protection of rights jeopardised by the exercise of the public authority. In general, Article 6(1) ECHR should be interpreted as guaranteeing effective judicial review by the national courts with regard to civil rights and therefore also in relation to the rights jeopardised by NCA decisions. From this point of view, it is clear why a limited review of technical discretion by the civil or administrative courts cannot be considered to be an effective judicial review pursuant to Article 6(1) ECHR.

First and foremost, we should bear in mind that Article 6(1) ECHR establishes 'the principle that a court should exercise full jurisdiction'.<sup>61</sup> For this reason, Article 6(1) ECHR must be considered to be infringed when a court is not able to know the merits of the case in depth and cannot therefore submit to review all the facts and technical assessments as ascertained by a public authority. In the same way, it must be considered an infringement of full jurisdiction when a court has not been allowed to examine the facts and the technical aspects of the case through judicial review but simply verified that the public authority did not act beyond its discretionary power<sup>62</sup>.

---

60 A. KALINTIRI, *What's in a name? The marginal standard of review of "complex economic assessments" in EU competition enforcement*, 53 *Common Market L. Rev.*, 1295, 2016.

61 ECtHR, *Chevron v France*, *supra* n. 38, para. 63.

62 A. FRITZSCHE, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, 47 *Common Market L. Rev.*, 365, 2010.



From the perspective of full jurisdiction, in advocating a strengthening of the administrative court's powers, scrutiny should not be limited to assessing lawfulness but should be extended to ascertain whether the NCA's fact findings and technical assessments are not contradicted by the evidence of the adverse party. Effective judicial review cannot be achieved by merely assessing whether discretionary power has been used correctly by the NCA on the strength of an 'external' or 'weak' judicial review.<sup>63</sup> On the contrary, as we will see, fact finding and technical assessments need to be reviewed by recourse to rigorous judicial scrutiny.

In the same way, a court's knowledge cannot be reduced, on the basis of an 'external' judicial review, to such an extent as to prevent verification of whether the facts reconstructed by the NCA actually subsisted. It is clear that this reading of Article 6(1) ECHR, starting from what emerges in significant parts of the Strasbourg Court decisions,<sup>64</sup> seems to run counter to interpretative orientations that consider the administrative court structurally incompatible with the rule of law and the system of legal and judicial protection guaranteed by the ECHR and the Italian Constitution. It is no coincidence that Article 6(1) ECHR and Article 24 of the Constitution make the effectiveness of courts' powers contingent on full knowledge of the facts according to an 'internal' and 'rigorous' judicial review.

One of the principles of the Italian Constitution is the right to seek legal redress before a court for the protection of one's subjective legal positions. Indeed, Article 24 of the Constitution affirms that 'anyone may bring cases before a court of law in order to protect his rights under civil and administrative law'. In other words, this rule deals with the right to obtain full and effective legal protection through the exercise of full legal action. In this sense, we might say that Article 24 of the Constitution provides an autonomous constitutional

---

<sup>63</sup> S. LAVRIJSSEN & M. DE VISSER, *Independent administrative authorities and the standard of judicial review*, 2 *Utrecht L. Rev.*, 111-135, 2006.

<sup>64</sup> W. WILS, *The increased level of EU antitrust fines, judicial review and the European Convention on Human Rights*, 33 *World Competition L. & Econ. Rev.*, 5-29, 2010.

concept of legal redress, which constitutes an inviolable fundamental right. In the light of this definition, it is clear that Article 24 of the Constitution has the advantage of conferring a precise role to the administrative process because it requires judicial proceedings for the effective legal protection of rights threatened by the actions of the public authorities. Hence, the effectiveness of judicial review, as a legal instrument safeguarding the rights of an individual to a fair hearing as established by law, is already recognised in Article 24 of the Constitution insofar as this rule states the right to bring legal action in order to 'protect an individual's rights before a civil court and an administrative court'.

The interpretation of this constitutional norm suggests that when a subjective legal position is threatened there can always be a court case to protect it. With this in mind, Article 24 of the Constitution provides an *actio utilis* to the individual for the protection of his or her own legal sphere. Similarly, it is quite clear that administrative courts often use this outline, interpreting the rules relating to judicial review in the light of Article 24 of the Constitution, as well as to the rule of full jurisdiction protected under EU law, in order to afford applicants effective legal redress. Article 24 of the Constitution should therefore be considered to be breached whenever an administrative court does not have full access to the merits of the case through internal and substitutive judicial review. It is not enough to have a 'fair trial' between adverse parties acting in their own interests and as equals so that their subjective legal positions can be protected effectively. On the contrary, in this case, a party must be able to seize an administrative court to seek review of the fact finding stage and technical assessments, and where possible obtain a different interpretation from that of the NCA.

Moreover, a proceeding conducted without the possibility of challenging the fact finding and technical assessments leading to the NCA's decisions cannot to be a 'fair trial'. If, at trial, a party is not permitted to present the court with a different interpretation of the fact finding provided by the NCA, it can-

not be said that there is 'parity' between the private party and the public authority. If nothing regarding the technical assessments of the NCA's decisions is available to the party wishing to demonstrate a different reading of the case before it, we cannot define the right to provide evidence in court 'effective'. Administrative courts cannot limit themselves to a 'weak' or 'external' judicial review, because in this case it fails to exercise the adjudicatory function, thus acting in breach of Article 133 of the CAP, which, pursuant to Article 24 of the Constitution, establishes that 'disputes concerning all measures adopted by the NCA are devolved to the administrative court's exclusive jurisdiction'.

Denying an administrative court, the right to conduct a judicial review of the NCA's fact findings and technical assessments, is tantamount to denying scrutiny of the judgement with regard to the ascertainment of the fundamental elements leading to the decision of the NCA. This in turn implies failure to uphold the individual's right to defence enshrined in Article 24 of the Constitution. The administrative court's judicial review of the fundamental elements leading to a decision of the NCA assumes particular importance with regard to the individual's right to an effective defence in the constitutional legal order. From this point of view, the legal precepts of Article 24 of the Constitution support the principle of the administrative court's full jurisdiction.

Seen in these terms, Article 24 of the Constitution and Articles 6(1) ECHR clearly show a sharp contrast between, on the one hand, positions held in Italian case law concerning 'external' and 'weak' judicial review and, on the other, the principle of the full jurisdiction of the administrative courts grounded in EU and Italian law.

Although the need to invoke some fundamental legal rules such as the European and Italian norms on judicial review is clear, in the background there remains the problem of ensuring the individual's right to full redress against the discretionary power of a public authority, especially when this power is not sufficiently reined in by law.

However, at this point a decisive theoretical problem arises that we will attempt to explain in the final part of the article.

## **7. Conclusion: A theoretical paradigm shift towards the sovereignty of the people**

In Italian legal scholarship, the public administration has long been considered an expression of the State's will imposed on individuals as result of enforcement and the establishment of the public interest.<sup>65</sup> This approach includes the principle of the authorities' political legitimacy through the procedural mechanism of political representation. Therefore, the executive and public authorities more generally can be described as a number of entities embodying the State's authoritative will, implementing legislative power.<sup>66</sup>

Identifying the public authorities with the State's executive power implies that its political connotation is less influential. Instead, what emerges is its institutional role. In the light of this, a public authority is a State institution with its own legal system, according to which the executive power is granted by law in order to achieve legal norms through discretionary decisions, on the basis of an authoritarian will grounded in public interest.<sup>67</sup>

Although it represents an essential element of the people's sovereignty, according to this conception administrative power is still perceived as a legal entity attributed exclusively to the State and, through it, to the authority that exercises this power in accordance with the law. Thus, the authority holds administrative power in a general and abstract way and exercises such power whenever it has to satisfy a need concerning public interest. For this reason, its functions are characterised by an almost inexhaustible reserve of discretionary

---

65 S. ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* [Theory of Subjective Public Rights, in First Complete Treatise on Italian Administrative Law] 111, V.E. Orlando ed., Società Editrice Libraiia 1900. We might observe a similar approach on the German administrative law doctrine: e.g. see P. LABAND, *Das staatsrecht des deutschen reiches*, vol. II, 64-67, Mohr 1901; see also C.F. VON GERBER, *Über öffentliche Rechte*, 27 (Laupp 1852); G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen rechte*, 212-233, Laupp 1892.

66 E. CAROLAN, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, 106, Oxford University Press 2009.

67 The legal sense of public interest will be examined later.

powers. It deals with a conception that, in Italian administrative scholarship, results in a division between two types of subjective legal positions, namely between subjective rights and legitimate interests on the basis of the bound or discretionary nature of the administrative power.

In this way, administrative decisions would be subject to judicial review in relation to discretionary power. On the other hand, with regard to bound power, the authority will enjoy a margin of discretion that expresses a political choice and, as such, is not subjected to any judicial control. In other words, referral to an administrative court to review discretionary powers commonly derives from the idea of the intrinsic indisputability of the merit, as the procedure for assessing the public interest is generally reserved to the public authority.<sup>68</sup> Consequently, everything seems more logical and convincing once the authority has been assigned to the State and, through this, to the administrative body that exercises its power whenever it is in the interest of the public.<sup>69</sup>

According to this approach, it is said that a decision by a public authority cannot be challenged when it is discretionary, and that judicial review will just result in external control since the court's scrutiny will address questions of lawfulness and not merit. Therefore, judicial review will be limited to the examination of the proportionality and reasonableness of the administrative decision as it cannot be replaced by judicial decision-making neither with regard to fact finding nor technical assessments. Examples are, as we have sought to argue, decisions of the NCA, that are subjected only to a decision as to lawfulness by an administrative court.

These decisions are submitted to weak judicial review, unable to overturn the decisions of the authority in relation to technical discretion, because the court may only pronounce on proportionality and reasonableness but not on

<sup>68</sup> P. DALY, *A theory of judicial deference in administrative law – basis, application and scope* ch. 5, Cambridge Univ. Press 2012.

<sup>69</sup> On the administrative discretion is fundamental D. GALLIGAN, *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, 1-55 (Clarendon Press Oxford 1986). Recently, see also J. BELL, *Judicial review in administrative state*, in *Judicial review of administrative discretion in the administrative state*, 3-27, J. DE POORTER et al. eds., Springer 2019.

the merits. In essence, the power of the administrative court does not include the power to replace administrative discretion with its own judicial discretion. Now, as we might clearly expect, the argument of 'external' and 'weak' judicial review can be widely justified and strengthened by recent European and Italian legislation. This legislation includes the Damages Directive and Legislative Decree No. 3 of 19 January 2017, on the enhancement of the effectiveness and procedural efficiency (in a legal perspective<sup>70</sup>) of actions for damages in the private and public antitrust enforcement systems.

It should be noted that the conception of administrative authority that we have just described is clearly disregarded by the positive law emerging from the Italian Constitution. First and foremost, the hypothesis that administrative authority is not exclusively attributed to the State and, through it, to the public authority itself, is based on Italian constitutional provisions based on the sovereignty of its people. It must be clear, in fact, that according to Article 1(2) of the Constitution 'sovereignty shall belong to the people and be exercised by the people'. Furthermore, the main goal of the administrative power is to 'recognise and protect the individual's fundamental rights' according to Article 2(1) of the Constitution.

From this point of view, the people's sovereignty could therefore be explained in the light of the democratic legitimacy of the public authority, which does not take on institutional forms typical of the State but is more an expression of the exercise of an individual's fundamental rights recognised in Constitutional law.<sup>71</sup> In this explanation, we should consider that the rights of individuals in constitutional law are not the object of the administrative authority; rather, they are the source of that power and their accomplishment, the aim which must be achieved by exercising such power. In this way, the legal meaning of public interest may also need clarification: it will consist of duties and

---

<sup>70</sup> See my book D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico* [The Legal Foundations of Administrative Efficiency], Cedam 2018.

<sup>71</sup> For this argument, see L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, [On the legal order of society and sovereignty], in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Cedam, 2016, 1153 ss.

tasks, legally established within the legal system as and when required, through which the State and administration will have to ensure, enforce, and enhance the fundamental rights of the individual through the use of the administrative authority.

It might now be argued that the problem of the nature and function of administrative authority lies at the heart of the issue concerning the effectiveness of the judicial review of administrative decisions. So, if we now try to consider the public administration essentially as an organization based on the sovereignty of the people and, therefore, as a structure accomplishing the fundamental rights of the individual, we could reasonably discuss the possibility that there will no longer be any reason to prevent the full judicial review of administrative decisions. If the legal meaning of administrative authority, as we have tried to demonstrate so far, is to satisfy and promote individual rights, as stated in the Italian Constitution, individuals must be able to ascertain that this purpose is effectively fulfilled by the executive and other public authorities. It is reasonable to assume that this purpose will be achieved first and foremost by full judicial review of any administrative decisions.

In order to ensure that this goal is met, there is no doubt that the decisions of the administration must be subject to rigorous judicial scrutiny by a court, which must be able to verify the merits of the administrative decision and, where necessary, replace it with a judicial decision. In Italian positive law, on the other hand, there are at least three important elements to suggest the full jurisdiction of administrative courts. Firstly, a proceeding defined as a dispute between parties on an equal footing according to Article 111(2) of the Constitution. Secondly, the independence of the court, with the power to guarantee full judicial protection under Article 104(1) of the Constitution. Thirdly, proceedings are based on the principle of evidence in accordance with Article 111(4) of the Constitution.

Nevertheless, as we have seen throughout, the solution to the problem of judicial review of the NCA's decisions is grounded largely in the fundamental legal rules on the 'right to a fair trial' and the 'right to a defence' laid down respectively in Articles 6(1) ECHR and Article 24 of the Constitution. Looking at these two norms, as we have attempted to show, the legal significance of judicial review of the NCA's decisions is clear.

A key understanding of judicial review of NCA decisions by the administrative courts may be summarised as follows: administrative courts may examine the merit and, where necessary, through rigorous judicial scrutiny, override the NCA's fact finding and technical assessments to ensure full legal protection of the applicant's individual rights.



LAVINIA DEL CORONA  
Ricercatrice di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze e politiche ambientali  
dell'Università degli Studi di Milano  
*Lavinia.delcorona@unimi.it*

**LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LE VALUTAZIONI  
TECNICO-SCIENTIFICHE NEL QUADRO DEI PRINCIPI  
COSTITUZIONALI**

**THE PUBLIC ADMINISTRATION AND TECHNICAL-SCIENTIFIC  
EVALUATIONS WITHIN THE FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL  
PRINCIPLES**

SINTESI

Il lavoro analizza le ragioni di fondo, anche alla luce del valore che la scienza ha in Costituzione, per cui il procedimento amministrativo può considerarsi “luogo naturale” per l’espletamento della valutazione tecnico-scientifica e per cui, quindi, la p.a. ha un ruolo di rilievo nella configurazione del rapporto tra diritto e scienza. Al contempo sono poste in evidenza le problematiche dal punto di vista costituzionale, in particolare dal punto di vista del rispetto del principio di riserva di legge, che si collegano alla delega di compiti di regolamentazione che implicano lo svolgimento di valutazioni tecniche alla pubblica amministrazione. Tramite una analisi della giurisprudenza costituzionale, viene posto in luce come ai fini del rispetto del principio di riserva di legge risultino fondamentali due aspetti: da un lato, la delimitazione dell’oggetto della delega ad opera della fonte primaria, ma anche, d’altro lato, la previsione di specifiche regole procedurali. Due aspetti da valorizzare congiuntamente, e non invece, come spesso accade, l’uno a discapito dell’altro, poiché entrambi fondamentali per il raggiungimento del medesimo scopo.

ABSTRACT

The paper analyses, also in light of the value of science in the Constitution, the reasons why the administrative procedure can be considered the most suitable context for the performance of technical-scientific evaluation and why, con-

sequently, the Public Administration has a prominent role in shaping the relationship between law and science. The paper also highlights certain issues that, from a constitutional point of view and in particular taking into account compliance with the rule of law, are connected with the delegation of regulatory tasks involving the performance of technical evaluations to the Public Administration. On that regard, the paper highlights, through an analysis of Constitutional case law, two crucial aspects: on the one hand, the definition of the subject matter of the delegation by the primary source; on the other hand, the provision of specific procedural rules. The paper sustains that these crucial aspects should be taken into account jointly given that are both fundamental to achieve the same purpose, not one to the detriment of the other as often happens.

**PAROLE CHIAVE:** Valutazioni tecniche e pubblica amministrazione; Diritto e scienza; Riserva di legge, Legalità procedimentale, Discrezionalità tecnica.

**KEYWORDS:** Technical evaluations and Public Administration; Law and Science; Rule of Law; Procedural legality; Technical discretion.

**INDICE:** 1. Introduzione – 2. La scienza come limite alla discrezionalità legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale – 3. Il valore costituzionale della scienza – 4. Pubblica amministrazione e scienza – 5. Il rispetto della riserva di legge – 6. Il ruolo del procedimento – 6.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale – 7. Il sindacato della discrezionalità tecnica della p.a. – 7.1. L'intensità del sindacato – 7.2. Le ripercussioni della disciplina del procedimento sul sindacato – 8. Brevi considerazioni conclusive.

## **1. Introduzione**

La pubblica amministrazione è spesso soggetto deputato allo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche. Gli organi amministrativi assolvono infatti importanti funzioni nei processi che consentono alla conoscenza scientifica, o comunque specialistica, di confluire nel diritto. Ciò avviene in particolare in forza dello svolgimento di attività di consulenza scientifica a favore del decisore politico o, ancora più spesso, perché la fonte primaria, anziché decidere direttamente su questioni che implicano l'espletamento di valutazioni tecnico-scientifiche, rimette alla pubblica amministrazione il compito di decidere.

Il tema verrà affrontato nella prospettiva del diritto costituzionale, prestando quindi attenzione ai principi costituzionali coinvolti, a partire anzitutto dal valore costituzionale della scienza, che pare essere il primo aspetto su cui riflettere per una ricostruzione delle ragioni sottese alle c.d. “riserve di scienza”, ossia al principio per cui in taluni ambiti sussisterebbe un dovere per il decisore pubblico di “ricorrere” alla scienza.

In secondo luogo, è importante una riflessione sulla portata e il significato delle riserve di legge, assolute e relative, presenti in Costituzione. La delega di funzioni normative alla p.a., che, come si vedrà *infra*, può essere opportuna laddove l'attività di regolamentazione richieda l'espletamento di valutazioni tecnico-scientifiche, deve infatti rapportarsi e coordinarsi con tali riserve e con il principio di legalità. Il ragionamento prenderà le mosse da una indagine, svolta con l'ausilio dell'analisi giurisprudenziale, sulle ragioni per cui si rende necessaria la delega della valutazione tecnica alla p.a. e, d'altro lato, sui motivi per i quali sono previste riserve di legge in Costituzione. Dalla combinazione di tali aspetti può giungersi infatti alla individuazione di alcuni punti fermi di cui pare importante tener conto in tema di pubblica amministrazione e valutazione tecnico-scientifica.

## **2. La scienza come limite alla discrezionalità legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale**

Prima di analizzare il rapporto tra pubblica amministrazione e valutazione scientifica pare opportuno soffermarsi sul più generale tema della relazione tra decisore pubblico e valutazione scientifica. Si tratta di un tema ampio e complesso, che sta acquisendo centralità con l'aumentare dei problemi di rilievo sociale per la cui soluzione si richiede l'ausilio di competenze specialistiche o propriamente scientifiche.

Sul punto, a livello di ordinamento interno, ma anche al di fuori di esso, si è fatta strada la configurazione della scienza quale “limite” alla discrezionalità

politica<sup>1</sup>. Si è in altre parole affermato il principio per cui il decisore politico è vincolato a tener conto dello stato delle conoscenze scientifiche, ossia ad assumere decisioni coerenti con le acquisizioni scientifiche. Un principio che può apparire scontato ma che in realtà nella sua applicazione pratica pone non pochi problemi poiché molti sono gli aspetti difficili da determinare in concreto. Si pensi, ad esempio, a come sia tutt'altro che scontato identificare ciò che può qualificarsi come “conoscenza scientifica acquisita” o distinguere nettamente ciò che è “valutazione politica” da ciò che invece è “valutazione scientifica”.

La Corte costituzionale ha fornito negli anni alcune indicazioni circa i principi e le regole che dovrebbero valere nel rapporto tra discrezionalità legislativa e sapere scientifico, da cui sarebbe desumibile la configurabilità di particolari vincoli per il legislatore derivanti dalla natura scientifica delle questioni regolate – di qui la configurazione, diffusasi in dottrina, della scienza come “limite alla discrezionalità legislativa”<sup>2</sup>.

---

1 Sul tema della scienza come “limite” alla discrezionalità politica gli approfondimenti della dottrina sono stati molti. *Ex multis* si ricorda L. VIOLINI, *La tutela della salute e limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450 ss; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB, 2008; R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 218 ss.; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2013, 1, 83; G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, 2013, 4, 4 s.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum Quad. Cost.*, 11 giugno 2014; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 1 ss.; M. D'AMICO, *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in Antonio Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 718 ss.; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, 1, 1 ss.; M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, 2017, 1, 9 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, Pacini Editore, 2019; G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019; G. RAGONE, *Eine Empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, Giappichelli, 2020.

2 Per una ricostruzione completa della più recente giurisprudenza costituzionale sul tema si v. A. IANNUZZI, *Tre proposte in tema di norme tecniche sulla scorta della giurisprudenza costituzionale più recente (2017-2022)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, 3, 1823-1844.

Il riferimento è in particolare a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2002 in materia di elettroshock, poi ribadito e precisato in successive sentenze rese in materia di procreazione medicalmente assistita<sup>3</sup>, di vaccinazioni obbligatorie<sup>4</sup>, di OGM<sup>5</sup> e in relazione al noto “caso Stamina”<sup>6</sup>. Si tratta di sentenze in cui la Corte ha affermato che le scelte legislative implicanti lo svolgimento di valutazioni scientifiche debbono essere adottate sulla base di una *«verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l’“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”»*. Nel campo medico, rispetto a disposizioni legislative che entravano nel merito delle scelte terapeutiche, la Corte è giunta addirittura a configurare l'intervento legislativo come possibile solo in via eccezionale, affermando infatti che *«poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»*.

Si tratta di una giurisprudenza confermata e consolidata dalle recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie contro il Covid-19<sup>7</sup>. La Corte, infatti, con le sentenze nn. 14 e 15 del 2023, nel dichiarare l'infondatezza di questioni concernenti le disposizioni del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 – convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76 – con cui era stata introdotta l'obbligatorietà della vaccinazione contro il Covid-19 per determinate categorie di soggetti, ha fatto ampio riferimento in

---

3 Il riferimento è in particolare alle sentenze Corte cost., 8 maggio 2009, n. 15, e Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

4 Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5.

5 Corte cost. 20 maggio 2016, n. 116.

6 Corte cost. 5 dicembre 2014, n. 274.

7 Per un primo commento alle sentenze si v. G. MARINO, *COVID-19: la Consulta salva l'obbligo vaccinale al personale sanitario*, in *Diritto&Giustizia*, 2023, fasc. 186, 9 ss.; C. IANNELLO, *La ratio dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 2, 43-71.

motivazione alla giurisprudenza formatasi negli anni precedenti in tema di rapporto tra scienza e discrezionalità legislativa.

Nella sentenza n. 14 del 2023 la Corte costituzionale, oltre a ribadire quanto già affermato in precedenti sentenze circa l'importanza che la discrezionalità legislativa sia esercitata alla luce «*delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia*», ha fornito alcune importanti specificazioni sul compito spettante al giudice costituzionale. La Corte ha per la prima volta affermato che rientra tra le proprie prerogative quella di verificare «*se il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, si sia tenuto all'interno di un'area di attendibilità scientifica, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte*», facendo così espresso riferimento alla categoria dell'«*attendibilità scientifica*» come criterio di valutazione della legittimità costituzionale delle scelte legislative.

Un siffatto formale riconoscimento dell'esigenza che nel giudizio di legittimità costituzionale sia esperito un sindacato di attendibilità scientifica delle leggi che presuppongono valutazioni scientifiche rende ancor più rilevante la questione, ormai da tempo al centro del dibattito dottrinale, dei poteri istruttori del giudice costituzionale e dell'opportunità che la Corte faccia uso di tali poteri<sup>8</sup>. Sul punto preme ricordare che la recente riforma delle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale” è andata proprio nel senso di un potenziamento degli strumenti istruttori, dedicando un apposito articolo alla disciplina dell'audizione di esperti dinnanzi alla Corte<sup>9</sup>. Tuttavia, risulta perma-

---

<sup>8</sup> Sul tema dei poteri istruttori della Corte costituzionale i contributi della dottrina sono stati molti. *Ex multis* si ricorda M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, Aa. Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 525 ss.; Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005, 166; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva*, cit., 2008; F. DONATI, *I poteri istruttori nel processo costituzionale*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 179 ss.

<sup>9</sup> Sulla riforma delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, con particolare riferimento all'introduzione di una disciplina sulla audizione di esperti si v. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in

nere una marcata ritrosia della Corte rispetto alla attivazione di tali poteri<sup>10</sup>, e una significativa conferma in tal senso è il fatto stesso che in tali recentissimi giudizi in tema di vaccini, vertenti su norme *science-based*, rispetto a cui la Corte ha chiaramente affermato di dover svolgere una verifica di attendibilità scientifica, non vi sia stata nessuna formale audizione di esperti.

Circa invece l'intensità del sindacato di "attendibilità scientifica", nella medesima sentenza la Corte costituzionale ha specificato che il «*sindacato richiesto a questa Corte presuppone di verificare se il legislatore – utilizzando il dato medico-scientifico posto a disposizione dalle autorità di settore – si sia mantenuto in un'area di "attendibilità scientifica" e se abbia assunto una decisione non irragionevole nonché idonea e non sproporzionata rispetto alla finalità perseguita*».

In base a tale specificazione, e in considerazione di quanto già emerso nella precedente giurisprudenza, può quindi dirsi che la verifica della attendibilità scientifica si espliciti quantomeno in un controllo circa il fatto che il legislatore prima di decidere abbia effettivamente svolto un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche<sup>11</sup> e, in secondo luogo, della coerenza della decisione assunta con quanto emerso da siffatto accertamento. Di qui la nascita del concetto di "ragionevolezza scientifica", intesa come coerenza della decisione rispetto agli esiti dell'istruttoria scientifica<sup>12</sup>.

---

Osservatorio costituzionale, 2020, 2, 13 ss.; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2020, 3, 402 ss.; A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae ed esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati*, 23 gennaio 2020; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema penale*, 23 gennaio 2020; A. AMATO, *Amici...a metà. Primo bilancio dell'"ingresso" degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta online*, 2021, 3, 805 ss.

10 Sul tema T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997; M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 1 ss.; M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2019, 3, 321 ss.; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, 393 ss.

11 In tal senso Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282. Sul carattere anzitutto procedurale degli adempimenti richiesti al legislatore per lo svolgimento della valutazione scientifica si v. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, Giappichelli, 2020, 137 ss.

12 Sul concetto di ragionevolezza scientifica si v. S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 4, 817-842; ID., *Nuove dimen-*

Infine, nei recenti arresti della Corte è stato ribadito quanto già affermato in precedenti sentenze<sup>13</sup>, ossia l'importanza che la scelta legislativa fondata sulle acquisizioni scientifiche sia oggetto di un periodico aggiornamento e, dunque, muti di pari passo con l'evolvere delle conoscenze scientifiche e della situazione di fatto. Nella sentenza n. 14 del 2023, in particolare, la Corte ha evidenziato che *«la genetica e originaria transitorietà della disciplina, così come la previsione di elementi di flessibilità e monitoraggio che consentano l'adeguamento delle misure all'evoluzione della situazione di fatto che è destinata a fronteggiare, sono elementi che incidono sulla verifica della legittimità costituzionale della normativa»*, osservando con favore che *«l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, come convertito, ha subito nel tempo diverse modifiche, in relazione tanto alle conseguenze legate all'inadempimento dell'obbligo vaccinale, quanto, soprattutto, all'individuazione della durata dell'obbligo»*.

### 3. Il valore costituzionale della scienza

Le decisioni della Corte costituzionale che configurano un vincolo per il legislatore di tener conto e agire coerentemente con lo stato delle conoscenze scientifiche presuppongono a ben vedere un importante assunto, ossia il fatto che il sapere scientifico sia un sapere dotato di superiore valore conoscitivo. Si tratta di un aspetto non esplicitato ma che è evidentemente presupposto laddove si richiede che il legislatore non assuma decisioni che contraddicono lo stato delle conoscenze scientifiche.

Il tema si collega a una serie di questioni complesse di natura giuridica ma anche filosofica, come la determinazione della nozione di scienza, di metodo scientifico e di capacità conoscitiva. Non pare questa la sede per addentrarsi in analisi di tal tipo, ci si limiterà però a ricordare che, in termini generali, può considerarsi scientifico il sapere che è prodotto tramite l'impiego di un partico-

*sioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 giugno 2014; F.G. PIZZETTI, *Sostenibilità culturale e ragionevolezza scientifica nelle scelte "bio-giuridiche": spunti di riflessione*, in P. Bilancia, *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo. La nascita dell'osservatorio sulla sostenibilità culturale*, ESI, 2016, 93-102; U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, 2018, 1, 300 ss.; G. RAGONE, *Eine empirische Wende?*, cit., 132 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è in particolare a Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5.



lare metodo, il metodo scientifico<sup>14</sup>, basato sull'osservazione e l'esperienza. Si tratta di un metodo che, per quanto variabile a seconda dei settori e delle aree di indagine, risulta in ogni caso caratterizzato da un aspetto fondamentale: l'imposizione di un raffronto tra ciò che si intende sostenere e tutti i dati di fatto disponibili<sup>15</sup>. In altre parole, il sapere prodotto tramite il metodo scientifico non può mai sfuggire alle evidenze disponibili: la concordanza con esse ne determina la validazione, mentre la discordanza può determinarne la falsificazione e dare avvio a studi volti alla elaborazione di nuove spiegazioni scientifiche. È proprio tale stretto legame con la totalità delle evidenze disponibili e l'impossibilità di sfuggire ad un raffronto con le stesse che certamente distingue la scienza dall'opinione, o dalla mera speculazione.

Così intesa, la nozione di scienza risulta strettamente legata al concetto di “capacità conoscitiva” e finisce per essere ampia ed elastica, ricomprendendo anche quelle discipline che non potrebbero forse propriamente qualificarsi come “scienze” ma che possono dirsi “scientifiche”, in quanto operano osservando i principi fondamentali del metodo scientifico: si pensi ad esempio alla psichiatria, alla sociologia, all'etnologia, etc.

Si tratta di un particolare valore conoscitivo che non è espressamente riconosciuto in Costituzione, nel cui testo mancano disposizioni che espressamente prevedono un dovere di tener conto delle conoscenze scientifiche nell'adozione di decisioni pubbliche. Vi sono tuttavia disposizioni costituzionali che fanno riferimento alla scienza e da cui emerge una chiara attribuzione di valore positivo alla stessa. Il riferimento è all'art. 9 della Costituzione, che pone

---

14 Per un approfondimento sul tema M.P. ABBRACCHIO, *La ricerca e la sperimentazione scientifica: metodologia e potenzialità applicative*, in B. Liberali, L. Del Corona (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Milano, Giappichelli, 2022, 91-109.

15 In tal senso C. PIZZI, *Diritto, abduzione e prove*, Milano, 2009, 111, evidenzia come, in forza del “principio dell'evidenza totale”, «nella scienza qualsiasi ipotesi, sia categorica che probabilistica, deve essere controllata esaminando tutta l'informazione disponibile» e come ciò renda particolarmente chiaro il divario tra scienza e opinione, in quanto «le “verità” ideologiche sono sostenute in base a un trattamento selettivo dell'informazione», mente «la negazione o la cancellazione dell'evidenza non può verificarsi nell'ambito delle scienze, dove le ipotesi vengono testate – o così dovrebbe – in base a tutta l'evidenza rilevante, e non a una parte di questa opportunamente selezionata».

in capo alla Repubblica un dovere di tutela e promozione della ricerca scientifica, e all'art. 33 della Cost., in cui si afferma che «*l'arte e la scienza sono libere*»<sup>16</sup>.

L'affermazione per cui la scienza è “libera” fornisce in particolare una fondamentale indicazione circa la sussistenza di uno spazio di libertà, e, quindi, di un diritto a non subire ingerenze esterne, anche, e soprattutto, se di tipo statale. Tale spazio di libertà pare poggiare proprio sul riconoscimento della scienza come autorità epistemica: la difesa della comunità scientifica da ingerenze esterne che inciderebbero sui meccanismi di produzione del sapere scientifico implica infatti l'attribuzione di valore positivo a tali meccanismi, proprio perché è il loro funzionamento a garantire il particolare valore conoscitivo del sapere scientifico<sup>17</sup>.

È da considerarsi, inoltre, che un più chiaro riconoscimento normativo del dovere di tener conto delle acquisizioni scientifiche nei processi decisionali pubblici è presente nei Trattati dell'Unione Europea, che sanciscono espressamente il necessario fondamento scientifico delle politiche europee, specialmente in materia ambientale<sup>18</sup>.

A venire in rilievo sono ad esempio l'art. 114, co. 3, TFUE, ai sensi del quale «*la Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici*» e l'art. 191, co. 3, TFUE, in base al quale, nel predisporre la sua politi-

---

16 Sul tema della portata e delle implicazioni insite nel riconoscimento costituzionale della libertà della scienza si v., *ex multis*, S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, Cedam, 1979, 6; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in Aa. Vv. (a cura di), *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, 105; G. FONTANA, *Art. 33*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 679; R.C. PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2021, 3, 587 ss.

17 Per una più approfondita analisi del tema si permetta il rinvio a L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022.

18 Sul tema M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE Online*, 2020, 3, 3399 ss.

ca in materia ambientale, l'Unione deve tener conto «dei dati scientifici e tecnici disponibili».

L'ordinamento europeo non si è quindi limitato a sancire la libertà della scienza ma, quantomeno in materia ambientale, ha anche riconosciuto espressamente alcuni aspetti che debbono connotare il rapporto tra politiche europee e sapere scientifico, prevedendo limitazioni alla discrezionalità politica che presuppongono evidentemente il riconoscimento del particolare valore conoscitivo della scienza.

#### 4. Pubblica amministrazione e scienza

Tra pubblica amministrazione e valutazione tecnico-scientifica da sempre sussiste un particolare legame. Non è un caso che la nozione di “discrezionalità tecnica”, intesa come attività che si sostanzia nell'applicazione di regole di carattere scientifico, o comunque specialistiche<sup>19</sup>, sia stata individuata e abbia iniziato ad essere oggetto di indagine proprio nell'ambito del diritto amministrativo, per il tramite di un percorso lungo e articolato che ha portato alla presa di coscienza delle sostanziali differenze sussistenti tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa<sup>20</sup>.

Il ruolo della p.a. nell'espletamento di valutazioni scientifiche dipende in gran parte dal modo in cui la fonte primaria decide di “gestire” e organizzare tali valutazioni, ossia in che misura provvedervi direttamente ed in che misura invece demandare il compito alla p.a.

La scelta di demandare la disciplina di questioni ad alto contenuto tecnico alla p.a. si giustifica spesso in ragione delle difficoltà che, per ragioni in parte

---

<sup>19</sup> Sul carattere specialistico delle regole nella cui applicazione si sostanzia la discrezionalità tecnica M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Jandi Sapi, 1950, 48; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 2, 253 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, 65; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 269.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in A. Azara, E. Eula (a cura di), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1968, 1108.

<sup>20</sup> Per una ricostruzione storica del concetto di discrezionalità tecnica F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 687 ss.

fisiologiche e in parte no, la fonte primaria incontra nella disciplina di tali questioni.

In primo luogo, bisogna infatti considerare che i poteri istruttori di cui il Parlamento dispone sono sotto vari aspetti limitati. Mancano, o sono comunque scarsamente disciplinati e utilizzati, strumenti e istituti specifici per le istruttorie scientifiche da svolgersi in Parlamento. Tale carenza mina l'approfondimento e l'attendibilità della valutazione scientifica sottesa alle scelte legislative<sup>21</sup>, ponendosi, peraltro, in contrasto con le indicazioni che si è visto essere state in più occasioni fornite dalla Corte costituzionale circa l'importanza che le leggi *science based* siano elaborate previo svolgimento di un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche con l'ausilio di «*istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”*».

In secondo luogo, inoltre, vi è il problema della scarsa flessibilità della legge, che mal si concilia con l'esigenza, posta in luce dalla stessa Corte costituzionale, di garantire un adeguamento costante della normativa al continuo progredire delle conoscenze scientifiche. Le tempistiche proprie del procedimento legislativo possono infatti ostare a un tempestivo aggiornamento delle disposizioni normative non più in linea con l'evolvere della situazione di fatto e con le acquisizioni scientifiche<sup>22</sup>.

Per tali ragioni può rendersi opportuna la delega del potere di stabilire regole generali *science-based* a fonti secondarie o ad atti amministrativi generali della p.a., in quanto atti più flessibili e adottati all'esito di un procedimento in cui è

---

21 Per un approfondimento del tema dei poteri istruttori del Parlamento si v. P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2007; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di Biodiritto*, 2014, 2, 15-17; E. CATTANEO, *Ogni giorno tra scienza e politica*, Milano, Mondadori, 2016; N. LUPO, *Le audizioni sulla riforma elettorale: rito inutile o contributo della scienza (costituzionalistica) alla formazione della legge?*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 3, 605; S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, in *Diritti comparati*, 2021, 3, 1 ss. Si permetta anche un rinvio a L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica*, cit., 91 ss.

22 Sulla necessità di aggiornamento della norma tecnica si v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 150.

dato ampio rilievo alla fase istruttoria<sup>23</sup>. Il preminente ruolo della p.a. rispetto allo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche si lega quindi alla presenza di casi in cui la fonte primaria fatica a garantire quell'attendibilità scientifica della scelta, che è richiesta, come visto, dalla stessa Corte costituzionale. In tali casi l'esigenza, come visto di rilievo costituzionale, che vi sia coerenza tra il diritto e lo stato delle conoscenze scientifiche rende opportuna una delega alla fonte di grado inferiore, che dovrebbe consentire lo svolgimento della valutazione tecnica in un contesto che ne assicuri maggiore attendibilità.

La delega di valutazioni scientifiche alla pubblica amministrazione si rende inoltre necessaria in quei casi in cui l'esito della valutazione scientifica non possa invece essere incorporato in via definitiva in una norma giuridica generale ed astratta poiché, per la natura della materia, l'adeguatezza scientifica della scelta pubblica non può che essere garantita tramite l'assunzione di decisioni caso per caso, tramite, quindi, provvedimenti amministrativi.

È quindi frequente che alla p.a. siano affidati compiti di completamento e attuazione della disciplina della fonte primaria mediante lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche, che implicano l'applicazione di particolari conoscenze specialistiche o scientifiche. Si è parlato al riguardo addirittura di "riserva di amministrazione"<sup>24</sup>, per far riferimento alla opportunità che determinate valutazioni, implicanti l'applicazione di sapere specialistico, siano riservate alla p.a.

## 5. Il rispetto della riserva di legge

La delega di compiti di normazione alla p.a. può tuttavia creare problemi di compatibilità con le riserve di legge, assolute e relative, previste in Costituzione. Si tratta quindi di individuare modalità e limiti entro cui in tali ambiti

---

<sup>23</sup> In tal senso si era espresso AM. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, Milano, Giuffrè, 1976.

<sup>24</sup> Sul tema della riserva di amministrazione C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 2, 819.

può essere legittimo un affidamento della scelta normativa alla fonte secondaria.

Sul tema la Corte costituzionale, chiamata in più occasione nel corso degli anni ad intervenire, si è tendenzialmente orientata nel senso della legittimità di deleghe alla pubblica amministrazione, finanche in materie coperte da riserva assoluta di legge, purché giustificate dal carattere tecnico-scientifico della valutazione rimessa alla fonte secondaria.

L'importanza della limitazione della valutazione ai soli aspetti tecnico-scientifici è stata evidenziata in particolar modo in materia penale. La Corte ha ammesso che la definizione del contenuto di talune norme incriminatrici fosse in parte rimessa ad autorità amministrative<sup>25</sup>: dinnanzi all'esigenza di un tempestivo aggiornamento delle scelte di politica criminale che attengono ad aspetti connotati da elevato tecnicismo, la Corte costituzionale ha infatti riconosciuto la compatibilità con la natura assoluta della riserva di rinvii a norme regolamentari, purché abilitanti l'introduzione di mere specificazioni tecniche rispetto a uno o più elementi enucleati dalla norma primaria e sulla base di un criterio tecnico indicato dalla norma stessa<sup>26</sup>. Così, ad esempio, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo che l'art. 78, comma 1, lettera c), del T.U. 9 ottobre 1990 n. 309, delegasse al Ministero della sanità la determinazione dei «*limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere*», ossia proprio l'elemento da cui la norma faceva dipendere la rilevanza penale del fatto.

Anche rispetto alle materie coperte da riserva relativa di legge è emerso come il carattere tecnico delle scelte in questione possa in una certa misura alterare il normale rapporto tra fonte primaria e fonte secondaria. Esempi rilevanti sul punto possono trarsi in materia di imposizione fiscale, che l'art. 23 Cost. copre con una riserva di legge intesa dalla dottrina prevalente e dalla giu-

---

<sup>25</sup> Il riferimento è, ad esempio, alle sentenze in materia di sostanze stupefacenti Corte cost. 19 maggio 1964, n. 36; Corte cost. 23 marzo del 1966, n. 26; Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333.

<sup>26</sup> F. BRICCIOLA, *Teoria generale del reato*, voce del *Novissimo digesto*, vol. XIX, 1973, 42 ss.

risprudenza come riserva relativa di legge<sup>27</sup>. Sono infatti rinvenibili sentenze che, proprio facendo riferimento al concetto di discrezionalità tecnica e alla competenza tecnica dell'organo amministrativo, hanno riconosciuto la legittimità di leggi che conferivano all'autorità amministrativa poteri di commisurazione dell'imposta molto ampi, sulla base di criteri direttivi estremamente generici, mere tracce, e quindi tali da poter lasciare un margine di apprezzamento notevole all'autorità amministrativa, anche svincolato dalle regole tecniche<sup>28</sup>. In alcune sentenze la Corte ha ritenuto che la discrezionalità della p.a. fosse sufficientemente delimitata per il sol fatto che le decisioni delegate agli organi amministrativi implicassero la spendita di competenze tecniche o per il fatto che tali organi fossero composti da soggetti dotati di particolare competenza tecnica<sup>29</sup>.

In generale, pare potersi dire che molte delle decisioni della Corte sottendano l'idea per cui rispetto a valutazioni di carattere tecnico-scientifico la riserva di legge perderebbe la sua stessa ragione di esistere e potrebbe quindi essere derogata<sup>30</sup>, sulla base di una oggettività e neutralità della tecnica<sup>31</sup>, che distin-

---

27 P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 45; P. PERLINGERI, *Art. 23*, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2001, 127; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BORTOLE, R. BIN, *Art. 23*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 197.

28 Sul tema G. AMATO, *Normativa ministeriale in materia tributaria e art. 23 della Costituzione*, in *Riv. Dir. e sc. Finanze*, 1965, 2, 315; D. LA MEDICA, *La riserva della legge in materia tributaria*, in *Archivio finanziario*, 1967, 80; A. FEDELE, *Art. 23*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978, 114 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001, 123, critica la tendenza della Corte a fare salve discipline «che pur derogano vistosamente a quei parametri che essa stessa aveva enumerato e ritenuto indifferibili perché potesse dirsi rispettata la riserva»; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, cit., 46, osserva come siano «frequenti i casi in cui risulta affidata ad atti del potere esecutivo la determinazione quantitativa della base imponibile: con riguardo ai quali la giustificazione, sotto il profilo della loro conformità al precetto costituzionale in esame, la si rinvia di solito facendo ricorso all'indeterminato e confuso concetto di discrezionalità tecnica, sul cui terreno resterebbe circoscritto il potere di affidato alla pubblica amministrazione (...). Senonché, ad una più attenta riflessione, ci si rende conto che per tale via non si può escludere in modo assoluto che si possa consentire all'esecutivo di influire sulla fisiologia e quindi sulla identificazione stessa dell'entità economica cui deve essere commisurata la prestazione impositiva».

29 In materia tributaria si può ad esempio ricordare Corte cost. 8 luglio 1957, n. 103; Corte cost. 11 luglio 1969, n. 129; Corte cost. 5 maggio 1988, n. 507; Corte cost. 31 maggio 1996, n. 180.

30 F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 118.

31 F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 118.

guerebbe radicalmente la valutazione tecnica da quella politica, rispetto a cui invece la riserva di legge sarebbe pensata.

## **6. Il ruolo del procedimento**

La legittimazione di deroghe al principio di riserva di legge, giustificate, come visto sopra, dal carattere tecnico-specialistico della questione da disciplinarsi, si pone certamente in linea con i tratti del tutto peculiari della normazione tecnica e con l'esigenza, senza dubbio presente, che essa sia elaborata anche per mezzo di fonti secondarie. D'altro lato, però, l'approccio seguito dalla Corte pare prestare il fianco ad alcuni rilievi critici, specie rispetto alla scarsa valorizzazione delle regole procedurali.

È noto, infatti, lo stretto legame esistente tra piano procedimentale e piano sostanziale, ossia l'importanza che le regole procedurali hanno nella determinazione del contenuto dell'atto finale. Se si considera poi che la ragione di fondo per cui alcune valutazioni scientifiche sono rimesse alla pubblica amministrazione pare da ravvisarsi proprio nell'esigenza che ne sia assicurato il migliore espletamento, si comprende come sarebbe opportuna la previsione di specifiche regole procedurali, calibrate sulle specifiche esigenze legate alla valutazione tecnica. È ad esempio il procedimento a poter garantire che la scelta sia compiuta all'esito di un'appropriate attività istruttoria, di un effettivo contraddittorio tra gli esponenti della comunità scientifica, nonché che di tali attività sia data adeguata pubblicità.

Sulla base di ciò si potrebbe sostenere che la legittimità della delega alla p.a. di valutazioni scientifiche, anche in materie coperte da riserva di legge, dovrebbe dipendere, oltre che dalla delimitazione dell'oggetto alla valutazione scientifica, anche da condizioni ulteriori: pare, in particolare, fondamentale la predisposizione di una disciplina legislativa che garantisca che la valutazione scientifica sia svolta secondo determinate "modalità". Sussisterebbe, in altre parole, una particolare esigenza di "meta-normazione", ossia che venga predispo-



sta con legge una specifica disciplina del procedimento volta a stabilire in che modo il dialogo tra p.a. e scienza debba realizzarsi<sup>32</sup>.

La previsione di specifiche regole procedurali contribuirebbe inoltre a garantire il permanere della scelta della p.a. nell'ambito della valutazione tecnica, così rafforzando la stessa legalità sostanziale.

Tutti elementi, quindi, che dovrebbero portare a prestare massima attenzione al profilo della legalità procedurale: la previsione di specifiche regole di meta-normazione sarebbe fondamentale per garantire l'obiettivo di fondo per cui la delega è effettuata, ossia la garanzia di una certa qualità della normazione tecnica.

Spesso, tuttavia, manca la predisposizione di regole procedurali specificamente pensate per l'espletamento della valutazione tecnica e spesso ciò accade anche rispetto ad atti normativi e atti amministrativi generali, per i quali non valgono nemmeno molti degli importanti obblighi procedurali previsti in via generale della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo: l'art. 3 prevede infatti che per tali atti la motivazione «non è richiesta»; l'art. 13 esclude tale tipologia di atti dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione al procedimento; e all'art. 24 gli atti normativi e gli atti amministrativi generali sono inclusi nell'elenco che preclude l'esercizio del diritto di accesso. Sostanzialmente, dunque, sono escluse per gli atti normativi o a contenuto generale le principali garanzie che la legge sul procedimento riconosce e che potrebbero valere come indice di adeguatezza del procedimento amministrativo quale luogo per l'espletamento di valutazioni tecnico-scientifiche.

### **6.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale**

L'importanza, anche ai fini del rispetto della riserva di legge, che la delega a fonti secondarie dell'espletamento di valutazioni tecniche sia accompa-

---

32 M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in B. Liberali-L. Del Corona (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022, 465, definisce la “metanormazione” come una «istanza di previa regolazione dei profili procedurali della produzione normativa».

ta da una disciplina del procedimento non pare tuttavia essere ancora pienamente emersa nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Corte, come visto sopra, si è per lo più concentrata sulla verifica del livello di determinazione dell'ambito della delega, senza richiedere la previsione di particolari regole procedurali. Le dichiarazioni di incostituzionalità per violazione della riserva di legge sono state principalmente giustificate dalla assenza di una sufficiente delimitazione dell'oggetto della delega e non invece in ragione di una insufficiente definizione dei profili procedurali.

Così, ad esempio, si può ricordare come con la sentenza n. 83 del 2015, relativa alla tassazione di prodotti succedanei dei prodotti di fumo, la Corte costituzionale sia giunta a dichiarare l'illegittimità dell'art. 62-*quater* del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504 (Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative), facendo riferimento alla incapacità del criterio della «*idoneità a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati*» a escludere l'esercizio di un potere arbitrario ad opera dell'Agenzia delle dogane, cui era demandata la selezione dei prodotti da sottoporre a tassazione.

In tal senso si è posta anche la recente sentenza n. 25 del 2023, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206-*bis*, comma 1, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 26 aprile 2016, n. 91 (Disposizioni integrative e correttive ai decreti legislativi 28 gennaio 2014, n. 7 e 8, adottate ai sensi dell'articolo 1, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 244), nella parte in cui autorizzava la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che esse fossero previamente individuate per via legislativa. La ragione dell'incostituzionalità anche in questo caso è stata individuata nella eccessiva indeterminazione della disciplina legislativa, che non avrebbe sufficientemente definito l'ambito della scelta rimessa alla fonte secondaria. Si legge quindi nella sentenza

che la riserva relativa di legge prevista all'art. 32 Cost. avrebbe reso necessaria una determinazione con fonte primaria del trattamento sanitario obbligatorio «quanto meno nella forma dell'elenco dei vaccini cui il militare può essere obbligatoriamente sottoposto», seppur con la possibilità di garantire flessibilità alla normativa attraverso «l'intervento di atti normativi subordinati che, entro la cornice dell'elenco fissato in legge, specifichino – in base a criteri a loro volta legislativamente previsti – i parametri da osservarsi per selezionare i vaccini a seconda delle diverse condizioni di impiego; sia l'intervento puntuale dell'amministrazione, che, in base a questo quadro normativo, stabilisca concretamente, di volta in volta, quale profilassi imporre al militare».

L'assenza di particolari regole procedurali volte a garantire che l'attività della p.a. rimanga effettivamente nell'ambito della valutazione tecnica e il corretto espletamento della stessa non compare invece nelle decisioni della Corte come elemento che di per sé sorregge dichiarazioni di illegittimità costituzionale.

Sussistono tuttavia una serie di sentenze della Corte costituzionale da cui può desumersi comunque la sussistenza di un *favor* per la previsione di specifiche regole procedurali. Infatti, in casi in cui vi è stata effettivamente una previsione ad opera della fonte primaria di particolari accorgimenti procedurali, la Corte ha spesso espressamente manifestato apprezzamento per tal tipo di previsioni.

Un espresso riconoscimento della rilevanza della legalità procedurale si è ad esempio avuto in tema di Autorità amministrative indipendenti.

Come noto, si tratta di particolari autorità amministrative, che si caratterizzano per l'indipendenza, o quasi, dal potere esecutivo. Per colmare il deficit di legittimazione democratica che, proprio in ragione dell'indipendenza, connota tali autorità, sono state elaborate particolari regole procedurali<sup>33</sup>, che si so-

<sup>33</sup> Sul tema si veda M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giustizia amministrativa.it*, intervento al Convegno “Le Autorità amministrative indipendenti?”, Roma, 9 maggio 2003; ID., *Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”: l’ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 103; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 281; R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in R. CHIEPPA, G. P. CIRILLO, *Le au-*

stanziano spesso nella previsione di specifiche garanzie partecipative, volte a garantire la più ampia partecipazione degli amministrati, e obblighi di motivazione degli atti, anche normativi.

Proprio facendo riferimento alla legalità procedurale come fonte di legittimazione dei poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti la Corte costituzionale, con la sentenza n. 69 del 2018, ha fatto salva la legittimità costituzionale della legge che aveva attribuito poteri impositivi dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), sospettati di non essere compatibili con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. Si legge infatti nella sentenza n. 69 del 2017<sup>34</sup> che *«la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica»,* in quanto *«in questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».* Il passaggio risulta dunque evidenziare una correlazione, ai fini del rispetto della riserva di legge, tra, da un lato, l'attenuazione della legalità sostanziale che si registra rispetto a profili connotati da particolare complessità tecnica e, d'altro lato, però, il rafforzamento in questi casi della legalità procedurale.

---

*torità amministrative indipendenti*, Padova, Cedam, 2010, osserva come in dottrina si ritenga sussistente *«una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori»*; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2012, 1, 6 ss.; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 19 ss.

<sup>34</sup> Corte cost., sent. 22 febbraio 2017, n. 69. Per un commento alla sentenza si v. B. CAROTTI, *La Corte costituzionale torna sul finanziamento delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 55 ss.; G. FONDERICO, *L'indipendenza ha un costo: il finanziamento delle Autorità indipendenti dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. comm.*, 2019, 502 ss.; G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Diritto Amministrativo*, 2021, 4, 749 ss.

Uscendo dall'ambito delle autorità indipendenti, risulta particolarmente importante la sentenza n. 5 del 2018 in tema di obbligo vaccinale. In detta sentenza, infatti, la Corte ha espresso un chiaro *favor* per la “clausola di flessibilizzazione” introdotta dal d.l. n. 73 del 2017, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, come modificato dalla legge di conversione n. 119 del 2017, per quattro dei vaccini obbligatori di cui all'art. 1 *bis*. La norma aveva in particolare delegato al Ministro della salute del potere di sancire, con decreto da adottarsi decorsi tre anni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione e successivamente con cadenza triennale, la cessazione dell'obbligatorietà per una o più delle vaccinazioni di cui al comma 1 *bis*. È stato così istituito un meccanismo che affida al Ministro della salute il compito di vagliare periodicamente l'originaria scelta legislativa e verificarne la persistente adeguatezza. Un potere implicante lo svolgimento di valutazioni prettamente tecniche, che il legislatore stesso prevede debba essere esercitato «*sulla base della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate in attuazione delle vigenti disposizioni di legge e delle coperture vaccinali raggiunte*».

Sul tema, pare inoltre di rilievo la sentenza n. 198 del 2021, in tema di gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19, con cui è stata fatta salva la legittimità dei d.p.c.m. che hanno avuto come fonte di legittimazione il d.l. n. 19 del 2020 e la successiva legge di conversione<sup>35</sup>.

Per ciò che qui interessa, è importante osservare come la Corte costituzionale, nell'escludere l'illegittimità costituzionale della scelta legislativa di rimettere ai d.p.c.m. la determinazione di misure fortemente limitative di diritti e

---

35 A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i d.p.c.m. e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 gennaio 2022, osserva come la Corte costituzionale, nel salvare il d.l. n. 19/2020, abbia tenuto conto, non solo della tipizzazione delle misure da questo operate, ma anche del fatto che fossero state previste ulteriori garanzie, tra cui, appunto, il coinvolgimento del CTS. Per un commento alla sentenza si v. anche A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online*, 2021, 3, 841 ss.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 2021, 25, 81 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei d.p.c.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Diritticomparati.it*, 10 gennaio 2022.

libertà fondamentali, abbia dato rilievo quale elemento positivo che contribuisce a rendere legittima la delega a quanto previsto all'art. 2 del d.l. n. 19/2020, ai sensi del quale *«per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020»*.

Dalla sentenza emerge quindi un riconoscimento dell'importanza che, in caso di delega ad atti della p.a. di decisioni che implicano lo svolgimento di valutazioni scientifiche, alla delega si accompagni la previsione di meccanismi di consulenza scientifica, giacché, utilizzando le parole della Corte, tale consulenza *«supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale»*.

La previsione di un dovere – sebbene generico e sebbene relativo, posto che l'art. 2 del d.l. n. 19/2020 affermava solo che *«di norma»* si dovesse procedere alla consultazione, e non quindi necessariamente in ogni singolo caso<sup>36</sup> – è stato dunque considerato un elemento rilevante per la valutazione della legittimità della fonte primaria. In tal modo è stato in un certo senso riconosciuto che, rispetto a scelte vertenti su aspetti tecnico-scientifici, un rafforzamento della legalità procedurale – in particolare la previsione di un vincolo di consultazione dell'organo di consulenza scientifica – possa giustificare, insieme ad altri importanti fattori, la delega a fonti secondarie del potere di disciplinare materie coperte da riserva di legge.

La legalità procedurale pare dunque tendenzialmente venire in rilievo nella giurisprudenza della Corte costituzionale come elemento positivo che consente di far salve disposizioni normative di dubbia legittimità costituzionale.

In alcuni casi, addirittura, la previsione da parte della fonte primaria di particolari accorgimenti procedurali è stata a tal punto enfatizzata dalla Corte da aver giustificato il superamento di alcune gravi lacune dal punto di vista del-

---

<sup>36</sup> Sulla non obbligatorietà del parere del CTS M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., 85.

la legalità sostanziale. Come visto sopra, infatti, vi sono state decisioni in cui la previsione di particolari regole relative all'espletamento della valutazione tecnica, come ad esempio il fatto che la decisione fosse affidata ad organismi composti da soggetti dotati di particolare competenza tecnica, è stata considerata di per sé solo un elemento idoneo a giustificare la totale assenza di una determinazione legislativa del contenuto della disciplina e a connotare di tecnicità la valutazione rimessa alla p.a.<sup>37</sup> Da questo punto di vista, dunque, risultano fondate le critiche di quanti in dottrina guardano con sospetto l'enfaticizzazione della legalità procedurale, temendo che ad essa possa accompagnarsi un depotenziamento della centralità della norma attributiva, in elusione del principio di legalità sostanziale<sup>38</sup>.

Pare quindi potersi concludere che gli aspetti di rilievo siano principalmente due: da un lato, la delimitazione dell'oggetto della delega e, d'altro lato, la previsione di regole procedurali specificamente pensate per il miglior espletamento della valutazione tecnica. Si tratta di aspetti che dovrebbero essere curati congiuntamente, in quanto entrambi importanti per il rispetto della riserva di legge. Si pensi infatti a come, da un lato, la delimitazione dell'oggetto della delega all'assunzione di una decisione che implica esclusivamente l'espletamento di valutazioni tecnico-scientifiche sia fondamentale per garantire il rispetto in astratto del principio di riserva di legge, specie se assoluta, e a come però, d'altro lato, la previsione di specifiche regole procedurali garantisca invece che in concreto la valutazione svolta dall'amministrazione abbia effettivamente ca-

---

37 In materia tributaria si può ad esempio ricordare la sentenza della Corte costituzionale, 5 maggio 1988, n. 507, in cui si è chiaramente affermato che «il principio di riserva di legge, previsto dall'art. 23 Cost., è rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli circa le prestazioni imposte, purché gli stessi siano desumibili dalla destinazione della prestazione e dalla composizione e dal funzionamento degli organi competenti a determinare la misura», nonché la sentenza Corte cost, 31 maggio 1996, n. 180, in cui la carenza in termini di determinatezza dei criteri direttivi è stata considerata compensata, e pertanto non confliggente con il principio di riserva di legge, dalla «partecipazione di organi consultivi dotati di spiccata competenza tecnica desumibile dalla loro composizione ordinaria, allargata, nei casi previsti, alla partecipazione di altri esperti o di possibili categorie interessate».

38 Si v. M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, 4, 86 ss; A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo del Consiglio di Stato*, in *Unioneamministrativisti.it*, marzo 2019.

rattere tecnico e dunque rispetti il principio in questione. A ciò si aggiunge, come visto sopra, che la disciplina del procedimento è fondamentale per garantire la qualità della valutazione tecnica e, dunque, per garantire che la ragione di fondo per cui la valutazione tecnica è delegata alla p.a., ossia il suo migliore espletamento, trovi piena realizzazione.

È da segnalarsi, infine, che il tema della normazione tecnica e il rispetto della riserva relativa di legge è stato oggetto di una questione recentemente decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 171 del 2023. La questione aveva ad oggetto l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 convertito con modificazioni dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, successivamente sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, convertito con modificazioni dalla legge 21 gennaio 2022, n. 3, infine modificato dall'art. 8, comma 1, lettera a) del decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 maggio 2022, n. 52, nella parte in cui ha demandato a «circolari del Ministero della salute» l'individuazione del termine di differimento della vaccinazione per gli operatori sanitari contagiati dal Covid-19 e poi guariti. Nell'ordinanza di rimessione, la n. 136 del 2022, il giudice prospettava una violazione delle riserve di legge di cui agli artt. 23 e 32 Cost., in ragione della mancanza di una predeterminazione, quantomeno parziale, ad opera della fonte primaria della disciplina limitativa di libertà fondamentali.

La Corte costituzionale ha deciso nel senso della inconferenza del parametro dell'art. 23 Cost e della infondatezza della questione relativa all'art. 32 Cost. Nel testo della sentenza è stato ribadito che in caso di riserva relativa di legge «*ciò che la legge è tenuta a fare, quando conferisca poteri amministrativi, è definire contenuti e modalità del loro esercizio (sentenze n. 5 del 2021 e n. 174 del 2017) che delimitino la discrezionalità dell'amministrazione, la cui attività deve sempre trovare "una, pur elastica, copertura legislativa" (sentenza n. 115 del 2011)*». Ciò posto, la Corte ha rilevato come nel caso in questione fosse stata la norma censurata a prevedere il differimento della vaccinazione per gli operatori sanitari che fossero stati con-



tagiati dal virus, demandando alla p.a. la sola fissazione in concreto del termine in questione, ossia demandando una valutazione avente natura, a detta della Corte, prettamente tecnica, in quanto da compiersi sulla base di dati tecnico-scientifici.

È stato dunque attribuito rilievo decisivo alla sussistenza di una delimitazione legislativa del contenuto dei poteri demandati alla p.a., mentre nessuna considerazione è stata svolta circa la sufficienza della disciplina legislativa quanto a determinazione delle modalità di esercizio di tali poteri. La questione avrebbe potuto invece costituire un'importante occasione per ricordare al legislatore, nella forma ad esempio del monito, l'importanza che la delega di valutazioni aventi carattere scientifico alla p.a. sia accompagnata dalla previsione di accorgimenti procedurali volti a garantire che la valutazione rimanga nell'ambito della discrezionalità tecnica e che l'esito della stessa sia dotato di una certa attendibilità scientifica. Nel caso di specie, ad esempio, avrebbe potuto prevedersi un obbligo di consultazione di esperti del settore, oppure, ancora, un obbligo di motivazione della scelta limitativa di diritti fondamentali con riferimento alle risultanze scientifiche accreditate presso gli organismi scientifici di riferimento in tema di vaccinazioni (es. OMS, EMA e AIFA).

## **7. Il sindacato della discrezionalità tecnica della p.a.**

La tutela giurisdizionale avverso gli atti normativi o provvedimentali della pubblica amministrazione è un ulteriore elemento di rilievo da tenere in considerazione nell'ambito di una riflessione sulle migliori tecniche di normazione di questioni aventi carattere tecnico-scientifico<sup>39</sup>.

La possibilità di tutela giurisdizionale avverso gli atti della p.a. pare infatti essere un ulteriore elemento che milita nel senso della configurabilità del procedimento amministrativo quale “luogo naturale” della valutazione tecnico-scientifica. Essa garantisce la possibilità di rimediare a errori che possono compiersi

---

<sup>39</sup> Sul tema si v. C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 2, 818-819.

in prima battuta nel procedimento, costituendo un ulteriore spazio che contribuisce a garantire l'attendibilità scientifica della valutazione.

### **7.1. L'intensità del sindacato**

La natura tecnico-scientifica amplia peraltro le possibilità di sindacato. È, infatti, consolidato in giurisprudenza che sussista una differenza ontologica tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica della p.a. e che a tale distinzione corrisponda anche una differenziazione sul piano del sindacato. È stato rilevato come i limiti al sindacato che valgono per la discrezionalità amministrativa non si giustificano rispetto all'esercizio di discrezionalità tecnica, che non implica una valutazione dell'interesse pubblico in concreto ma la mera applicazione di una norma tecnica, e attiene quindi all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento/atto amministrativo.

È stato in particolare con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601<sup>40</sup>, ad essere stata per la prima volta esclusa la sufficienza di un mero controllo estrinseco e formale dell'iter logico seguito dall'amministrazione e affermata invece la necessità una «*verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo*».

È stato autorevolmente osservato che «*Le valutazioni tecniche hanno così perso la dimensione di potere riservato all'amministrazione*»<sup>41</sup>.

Che sia ormai pacifica la diversa e maggiore sindacabilità della discrezionalità tecnica non toglie però che circa l'intensità e le caratteristiche di tale sindacato continuano a permanere aspetti su cui non sussiste completo accordo in dottrina e giurisprudenza.

---

<sup>40</sup> Per un commento alla sentenza si v. L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2, 2000, 422; P. LAZZARA, «*Discrezionalità tecnica*» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2000, 212; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2000, 185.

<sup>41</sup> M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2023, 13, 208.

In un primo momento si è parlato di “sindacato intrinseco debole”<sup>42</sup> per indicare il fatto che al giudice sarebbe consentito solo di ripetere la valutazione tecnica della p.a., anche mediante consulenza tecnica, al fine di verificarne l’attendibilità sotto il profilo della sufficienza del criterio e della correttezza del procedimento applicativo, ma non invece di esperire un sindacato intrinseco “forte”, che consentirebbe una sostituzione della valutazione tecnica operata nel processo a quella opinabile dell’amministrazione.

In base a tale impostazione rimarrebbe quindi uno spazio di insindacabilità della valutazione tecnica corrispondente alla opinabilità della scelta tecnica, per cui potrebbero essere censurate soltanto le valutazioni tecniche che appaiono senz’altro inattendibili, attraverso un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della determinazione amministrativa teso ad accertarne l’attendibilità sul piano scientifico, mentre sarebbe escluso un potere sostitutivo rispetto a valutazioni opinabili, ove cioè le conclusioni della p.a. sulla questione scientifica risultino diverse da quelle del giudice ma non errate dal punto di vista tecnico-scientifico.

A ben vedere nelle più recenti sentenze del Consiglio di Stato è scomparso il riferimento all’espressione “sindacato debole”, ma a ciò non si è accompagnato tuttavia un effettivo mutamento dell’impostazione di fondo<sup>43</sup>.

In molti casi, inoltre, come evidenziato in dottrina<sup>44</sup>, la ritrosia del giudice amministrativo a sindacare intrinsecamente la discrezionalità tecnica della p.a. si lega allo stretto legame che può sussistere tra questa e la valutazione di interessi pubblici e privati, per cui la valutazione tecnica risulta “inglobata” nella valuta-

---

42 Sul tema del sindacato “debole” si rinvia, *ex multis*, a R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1049. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 97 ss., e A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell’ordinamento*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell’ordinamento*, Napoli, 2021, 3 ss.

43 A. POLICE, *L’epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della “giurisdizione propria”*, in B. GILIBERTI, *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, 65.

44 M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi*, cit., 216.

zione di opportunità propria della discrezionalità amministrativa e si confonde con essa.

In contrapposizione con tale ricostruzione si pongono alcuni arresti che hanno aperto invece a una piena sindacabilità intrinseca della valutazione tecnica opinabile. Viene in rilievo in particolare la sentenza Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in cui si è affermato che «*la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità*» e che «*al sindacato di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”*»<sup>45</sup>. È da considerarsi però che tale sentenza è stata resa in relazione a un caso del tutto peculiare, in una materia, quella delle sanzioni Antitrust, in cui vigono regole e principi specifici<sup>46</sup>. Lo stesso Consiglio di Stato nel motivare la decisione ha ricordato come gli elementi descrittivi del divieto di intesa anti-competitiva, anche quelli valutativi e complessi, fossero presi in considerazione dalla norma attributiva del potere «*nella dimensione oggettiva di “fatto storico” accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto “mediato” dall’apprrezzamento dell’Autorità*», e che fosse proprio in ragione di tale specificità che «*il giudice non deve limitarsi a verificare se l’opzione prescelta da quest’ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie*».

## **7.2. Le ripercussioni della disciplina del procedimento sul sindacato**

Pare importante concludere ricordando come la disciplina del procedimento di formazione dell’atto amministrativo possa avere un ruolo cruciale anche nella configurazione delle caratteristiche del sindacato del giudice amministrativo.

---

<sup>45</sup> Per un commento alla sentenza M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2020, 740 ss.

<sup>46</sup> Sulla specificità del caso S. TORRICELLI, *Per un modello*, cit., 97 ss.

Sul punto bisogna anzitutto considerare la connessione che sussiste tra il piano del procedimento e il piano processuale<sup>47</sup>, per cui una dettagliata disciplina del procedimento aumenta le possibilità di intervento del giudice amministrativo e, quindi, l'effettività della tutela giurisdizionale. Si pensi infatti a come le regole procedurali, come quelle sulla pubblicità, il contraddittorio e la partecipazione, consentano di far valere in giudizio vizi altrimenti di difficile individuazione e dimostrazione. Così, ad esempio, la conoscibilità dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa nel decidere consente una più agevole individuazione di incongruenze tra le risultanze istruttorie e la decisione finale<sup>48</sup>.

In tal senso, paiono interessanti le recenti considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 198 del 2021. Come visto sopra, infatti, la Corte ha valutato positivamente il fatto che la fonte primaria, nel delegare la decisione alla p.a., avesse previsto un meccanismo di consulenza scientifica, giacché, utilizzando le parole della Corte, tale consulenza «supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale». È stato quindi evidenziato come la consultazione degli esperti, oltre a fornire un importante supporto conoscitivo, renderebbe possibile un'attività successiva di controllo, ivi anche giudiziale, circa l'adeguatezza e la proporzionalità della decisione amministrativa.

In secondo luogo, è da tener presente che la previsione di particolari regole procedurali per il migliore espletamento della valutazione tecnica dovrebbe consentire anche una più agevole distinzione tra il momento della valutazione tecnica e quello successivo della valutazione degli interessi in gioco, la cui sovrapposizione e commistione comporta altrimenti limitazioni del sindacato del giudice amministrativo.

---

47 In tal senso M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti*, cit., 209.

48 A. MOLITERNI, *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, 45 ss.

Infine, in terzo luogo, si può anche osservare come, a ben vedere, sia proprio nella presenza di particolari regole procedurali che potrebbe ravvisarsi la ragione di fondo del permanere di un, seppur ridotto, spazio di insostituibilità della valutazione tecnica opinabile della p.a.

Si potrebbe in altre parole sostenere che nei casi in cui residui un margine all'interno del quale si possano collocare soluzioni applicative diverse, tutte – allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche – ugualmente corrette dal punto di vista tecnico, la scelta tra tali soluzioni sia riservata alla autorità amministrativa, senza possibilità di sostituzione da parte dell'autorità giudiziaria, perché da elaborarsi nell'ambito di un procedimento appositamente pensato dal legislatore per garantire massima tutela ai diritti coinvolti e il miglior espletamento della valutazione.

Tale ricostruzione si pone in linea con quanto già autorevolmente sostenuto da Carlo Marzuoli, il quale, ritenendo che «*i valori espressi dall'amministrazione (per il fatto che essi scaturiscono dalla forzata compresenza di valori portati da gruppi individuati e individuabili in base a criteri diversi e per il fatto che sono sistematicamente mediati dall'indirizzo politico) siano più rappresentativi dell'insieme del corpo sociale*»<sup>49</sup>, era giunto a individuare il fondamento della riserva in via esclusiva di valutazioni tecniche alla competenza amministrativa nel fatto che «*nell'amministrazione risiedono i mezzi per evitare che il sapere tecnico costituisca veicolo per imporre a tutti i valori solo di alcuni, quelli propri di un determinato gruppo e della cultura che esso esprime*»<sup>50</sup>. Particolarmente interessanti sono le osservazioni di Marzuoli su come tale riserva, rispondendo a un interesse pubblico «*diverso da quegli interessi pubblici che volta a volta l'amministrazione deve perseguire, che non coincide con l'interesse concreto e contingente ad uno anziché ad un altro esito della valutazione tecnica*»<sup>51</sup>, sarebbe espressione, non di una supremazia della pubblica amministrazione, ma della «*diversità*

---

49 C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 218.

50 C. MARZUOLI, *op. ult. cit.*, 219.

51 C. MARZUOLI, *op. ult. cit.*, cit., 219.

*dell'amministrazione rispetto al giudice, o, meglio, rispetto a un apparato organizzativo risultante dall'insieme del giudice e del consulente»<sup>52</sup>.*

È un'impostazione che convince maggiormente rispetto invece al giustificare il permanere di spazi di insindacabilità della scelta tecnica opinabile facendo riferimento al fatto che la p.a. effettuerebbe la scelta tra più opzioni tecnicamente corrette tenendo conto degli interessi pubblici di cui è portatrice<sup>53</sup>. Tale seconda ricostruzione pone infatti non pochi problemi teorici, scontrandosi con l'ontologica diversità che si è ormai riconosciuta esistere tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, che si ritiene dovrebbe permanere anche per quel margine di scelta che l'opinabilità della valutazione tecnica comporta: se esiste una differenza ontologica tra le due discrezionalità, allora anche la scelta tra diverse soluzioni applicative, tutte ugualmente attendibili, sarebbe in ogni caso da svolgersi sulla base di parametri di natura tecnica e non già sulla base del pubblico interesse<sup>54</sup>.

Assumendo il procedimento come elemento di legittimazione della competenza amministrativa, la ragione di fondo della esclusività di tale competenza sarebbe da ravvisarsi, piuttosto che nei particolari interessi pubblici di cui l'autorità amministrativa è portatrice, nella irripetibilità dinnanzi al giudice del procedimento tramite cui, in base a previsioni legislative, la valutazione deve svolgersi.

Chiaramente una tale individuazione del fondamento della riserva presuppone che una disciplina legislativa del procedimento amministrativo vi sia e che, inoltre, sia una disciplina che tenga conto delle peculiarità del sapere tecnico-scientifico, dando preminente rilievo alla garanzia del contraddittorio tra esperti, alle garanzie partecipative, agli obblighi di motivazione e di pubblicità.

---

52 C. MARZUOLI, *op. ult. cit.*, 219.

53 S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 142 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791; ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 694.

54 C. MARZUOLI, *op. ult. cit.*, 209.

La tesi trova conforto in alcune considerazioni svolte dalla giurisprudenza in casi che vedevano coinvolte autorità amministrative indipendenti. Rispetto a tali autorità, infatti, la giurisprudenza tende a spiegare il persistere di un margine di insostituibilità della valutazione facendo riferimento alla loro particolare indipendenza e alle particolari garanzie che connotano il procedimento quando l'autorità procedente è un'autorità amministrativa indipendente. Significativo, ad esempio, che nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2199 del 2002, e in altre successive<sup>55</sup>, si sia affermato che *«l'indice dell'assenza del potere sostitutivo deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza»*.

## **8. Brevi considerazioni conclusive**

Dall'analisi svolta si evince come le questioni aperte sul ruolo della pubblica amministrazione nell'espletamento di valutazioni scientifiche siano ancora molte. In particolare, se molti sono gli elementi indicativi di una maggiore adeguatezza del procedimento amministrativo come luogo di espletamento della valutazione tecnica, allo stesso tempo vi sono ragioni, legate *in primis* al principio di legalità e di riserva di legge, che rendono opportuna una certa cautela nel delegare in forza del carattere tecnico della materia compiti normativi a fonti secondarie.

Il tema è collegato strettamente all'esigenza di garantire un diritto quanto più possibile coerente con le risultanze del sapere scientifico. La *ratio* di fondo per cui alcune decisioni che implicano lo svolgimento di valutazioni tecniche sono rimesse alla p.a. è infatti da ravvisarsi principalmente nella possibilità che nell'ambito del procedimento amministrativo possa aversi un miglior espletamento della valutazione tecnica. Ciò posto, per l'effettivo realizzarsi di tale

---

<sup>55</sup> Si v. ad esempio Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 926.



obiettivo, in conformità al principio di riserva di legge, pare potersi dire che gli aspetti di rilievo siano principalmente due, entrambi da tenere in considerazione, senza che l'uno faccia venir meno l'esigenza di garantire l'altro.

In primo luogo, l'esigenza di rimettere alla p.a. l'espletamento di valutazioni non può giustificare “deleghe in bianco”<sup>56</sup>, ma deve essere accompagnata da una determinazione almeno parziale del contenuto della disciplina con fonte primaria, con individuazione dei criteri sulla cui base espletare la valutazione scientifica. In caso di riserva di legge assoluta, inoltre, la predeterminazione del contenuto della disciplina dovrebbe essere tale da rimettere alla p.a. il solo ed esclusivo svolgimento della valutazione tecnica, oltre che i criteri sulla cui base espletarla.

In secondo luogo, vi è anche l'esigenza che la fonte primaria si concentri sulla legalità procedurale, ossia sulla determinazione dei “modi” dell'azione amministrativa.

Quello del procedimento di espletamento della valutazione tecnica è un aspetto che la Corte costituzionale ha preso certamente in considerazione con riferimento alle valutazioni che sono sottese alle leggi c.d. *science-based*. Rispetto a tali leggi è stato infatti richiesto che il legislatore proceda ad un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche attraverso l'ausilio di «*istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”*». Una attenzione della Corte che imporrebbe peraltro una seria riflessione sul tema degli strumenti conoscitivi di cui il Parlamento dispone per lo svolgimento delle istruttorie scientifiche e, soprattutto, sulla carenza nel sistema italiano di organismi di consulenza scientifica<sup>57</sup>.

56 In tal senso la recente sentenza Corte cost. 20 febbraio 2023, n. 25.

57 In una nota del Servizio per la Qualità degli Affari normativi dal titolo “*Parlamenti e scienza: la valutazione dell'impatto scientifico e tecnologico*”, del 5 febbraio 2016, veniva osservato come, fuori dall'Italia, «*molti Paesi si stanno dotando di organi di consulenza scientifica in grado di supportare adeguatamente i responsabili politici negli organi legislativi ed esecutivi. Tali organismi integrano varie istituzioni e strutture al fine di fornire attendibili informazioni scientifiche in un formato accessibile sia per gestire le emergenze e le situazioni critiche, sia per uno sviluppo adeguato e intelligente di politiche di medio-lungo termine, nonché per fornire consulenza scientifica in modo proattivo attraverso attività di previsione dei possibili cambia-*

Rispetto invece alla delega dello svolgimento della valutazione scientifica alla p.a. l'attenzione della Corte costituzionale per l'aspetto procedurale pare essere stata più carente.

L'esigenza del rispetto di un particolare procedimento per l'espletamento della valutazione tecnica non compare infatti nelle sentenze della Corte come ragione sulla cui base fondare l'incostituzionalità di norme attributive di poteri normativi alla p.a. Al più, come visto, la presenza di particolari regole procedurali è venuta in rilievo per far salve discipline di dubbia legittimità costituzionale, finanche compensando carenze dal punto di vista della legalità sostanziale.

Non è da escludersi tuttavia che la sensibilità della Corte per il tema possa aumentare nel tempo e che possano aversi future più puntuali precisazioni, con una più chiara definizione del ruolo fondamentale giocato dal procedimento ai fini del rispetto delle riserve di legge, specie quando oggetto di delega siano valutazioni tecnico-scientifiche.

---

*menti e sviluppi nei vari campi del sapere. Le sfide globali impongono a tali organismi di affrontare le questioni in maniera multidisciplinare e multi-giurisdizionale». Per un'analisi comparata sul tema S. PENASA, La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario, in Rivista di diritti comparati, 2021, 3, 15 ss.*

GEROLAMO TACCOGNA

Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Genova

*g.taccogna@unige.it*

## **THE CHALLENGE OF COMPLEXITY AND THE POSSIBLE ROLE OF PUBLIC ETHICS**

### ABSTRACT

The paper deals with complexity as perceived by jurists, as the result of social pluralism, highlighting on the one hand the overcoming of conceptions aimed at governing it through reductionist authoritarianism and, on the other hand, the problems deriving from the lack of ideologies and values sufficiently shared and perceived in society. The awareness of the interconnection, interaction and feedback between individuals and social formations, together with the strong evolution of technical knowledge and digitization, push towards new horizons, also with regard to key concepts such as democracy and that of legitimizing public power. The legal paradigms, which have already evolved over time, must be adapted. Representation (even with all its problematic aspects) retains its own role, but appears destined to increasingly hybridize with other forms of participation. In this framework, public ethics, especially if developed in the form of legal discipline of politics and political action (still largely absent), can provide an important contribution by favoring a recovery of credibility of institutions and public apparatuses and, therefore, a support for desirable spontaneous rearrangements of society, in the sense of cooperation between its parts and hopefully the reconquest of some unifying elements. The perspective remains, however, not that of tension towards a static ideal objective, but that of an accompaniment of irrepressible dynamics and evolutions of the substratum of law.

KEYWORDS: complexity – social pluralism – democracy – public ethics

INDEX: 1. Unavoidable complexity. 2. Approach to complexity from the origin of the modern science of administrative law to the Constitution. 3. Approach to complexity after the Constitution. 4. Evolutions in the science of administrative law. 5. Public and administrative law facing complexity nowadays. 6. Public ethics can help.

## 1. Unavoidable complexity

Italian public-law jurists are also beginning to take an interest in complexity, which is no longer understood merely as a condition arising from regulations and the resulting cumbersome rules that complicate and slow down certain processes and that can be avoided or reduced by technical means like the conference of officers (“conferenza di servizi”), widespread forms of silent approval, etc..

It is now well understood that complexity corresponds to a much broader and deeper phenomenon, nourished by the substratum of law and, therefore, by dynamics linked in particular to social, economic and political aspects, which are in themselves complex and increasingly integrated in law.

In addition, new technologies contribute to making this state of affairs more evident and can, in turn, be complicating (not just simplifying) factors.

Issues that have already been pointed out, in particular, by philosophers, come to the fore, such as the interconnection between the various branches of knowledge, in our case, in particular, the legal one with those of the political and social sciences; the hyper-specialisation of sciences and techniques, the results of which are clearly increasingly relevant to law; the continuous interactions and feedback between all these elements, in an unceasing becoming<sup>1</sup>.

Complexity, therefore, does not appear realistically avoidable, yet this does not exclude that thought can and should be given to reducing, as far as possible, its negative impacts.

## 2. Approach to complexity from the origin of the modern science of administrative law to the Constitution

At the origin of the modern science of administrative law, the concern of scholars to create a branch of knowledge autonomous from the other social

---

<sup>1</sup> See E. MORIN, *La sfida della complessità*, Florence, 2017; *Id*, *La crisi della cultura*, in C. Simo-nigh, *Pensare la complessità per un umanesimo planetario*, Milan, 2012, 13. Moreover, about the migration of complexity theory from physics to human and social sciences, see M. C. TAYLOR, *Il momento della complessità. L'emergere di una cultura a rete*, Torino, 2005.

sciences, together with the historical propensity to work based on dogmas, theories and general institutes, considered to be basically invariant, did not facilitate openness to complexity, which was, moreover, in line with the political system of the time.

Legal historians do not hesitate to speak in this regard of reductionism<sup>2</sup>, i.e., of an apparent simplicity due to the legal system's indifference to society and its intrinsic and complex variety.

This, however, began to manifest itself as a problem rather early on, with the transition from the liberal state to the multi-class state.

As early as 1909, Santi Romano's Pisan lecture entitled «The Modern State and its Crisis»<sup>3</sup>, marked the identification by one of the most magisterial jurists of the germs of what we understand today as complexity.

The heterogeneous character of the social sphere, gradually reflected in political representation and thus in public institutions, and with it the variety of expectations and needs that have become relevant to law and administration, challenges the legal framework and the basic approach of public law of the time.

Totalitarianism perhaps represents the first tragic attempt to respond in the sense of a simplification practiced through the authority of public power, to the detriment of people, organisations and ideals that were not aligned with the regime.

Later came the Constitution of 1948, which broke with and reacted to the experience of fascism, recognising fundamental rights and incorporating the idea of a personalistic and pluralistic order, destined to function through forms of synthesis of its different souls, thanks to a role assigned to political parties, as a hinge between the (overall and complex) society and the institutions, and also thanks to the parliamentary system.

---

<sup>2</sup> See P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari, 2020.

<sup>3</sup> Now in *Riv trim. dir. pubbl.*, 2006, 97.

The latter, through the law (and other instruments of government), is designed to direct a public administration that is neither sovereign, nor self-referential, but rather intended to ensure the execution of the political will and the value and social program of the Constitution.

In the overall design of the Charter, one can see a strategy aimed at reducing complexity in stages, first by reflecting and organising social complexity in the parties and then by doing the same with the political complexity (generated in this way) in parliament (and to a lesser extent also in the local autonomies).

The ideal of a common good and a general interest (however controversial) is still strong; institutions must pursue and ensure it, albeit through compromising solutions with respect to social and political complexity and the heterogeneous demands arising from it.

The constitutional design is ideally aimed at legitimising plurality but not particularism.

It was also able to come into being thanks to the presence, at the time, of strong ideologies (the catholic, the liberal and the communist) with corresponding reference subjects - organised internally free of particular legal constraints and, therefore, by natural selection - capable of aggregating social strata and reducing the complexity within each through the foundation on value patterns, a sense of belonging and *leadership*.

The narrowness of the information channels, combined with the control of them (by the parties themselves) have contributed to a certain resilience of the system.

The Republic, in this idealised vision, is one and indivisible. Each social, economic, and political sub-system is framed within the general system. It must bring lymph to it, but at the same time it develops in a coordinated manner with it, within the framework of the forms mentioned above of organisation and compromise management of complexity.

### **3. Approach to complexity after the Constitution**

Through the lens of our present time, more than seventy years later, one can see the limits of the described constitutional, institutional and juridical strategy.

It is undoubtedly true that the social, economic, and political complexity is finally recognised in the Charter and thus projected into the institutions and the legal-administrative system, but without being fully managed. In fact, it remains constrained in the forms of synthesis due to the ideologies (and dogmas) dominant at the time, to the action of the corresponding political parties and the transformation of these factors - through the institutions - into binding legal devices, justified in terms of the pretended realisation of the common good and the general interest.

It must be added that, historically, the refined constitutional design could not even effectively realise itself, in the face of triggering a series of those interactions between different spheres, typical of complexity, which entail a continuous process of transformation.

From the outset, political parties overstep the function assigned to them by the Charter, ending up becoming unregulated centres of interests in their own right and consequently contaminating the institutions, with a resultant loss of credibility, of both, in the eyes of the citizens. Or, to put it another way, from society as whole more well-equipped and ambitious individuals emerge, who manage to carve out roles and privileges for themselves in the political and party system and by such means in the institutions – to the detriment of other groups of people – managing to justify such outcomes in the name of the common good.

The government and administrative apparatuses continue to exercise public power in an authoritarian form, with the justification of being oriented towards the public interest, but in reality, not always in adherence and/or plausibly concerning the needs felt by the community and its widespread sense of

justice; also due to the intrinsic pluralist nature of the democratic system and a certain abstractness and elusiveness of the public interest itself, which tends to be recognised ex-post in legislative and governmental choices, rather than pre-defined in a substantial key<sup>4</sup>.

Meanwhile, the face of society also changes. The former beliefs, ideals and sense of collectivity and solidarity fade away as secularisation, individualism, and opportunism take hold.

At the same time, in the fields of science and economics, enormous developments are taking place with unprecedented speed, and, for its part, finance is taking precedence over economics and politics. Technical knowledge is becoming more complicated and articulated, gradually fragmenting into specialisation and hyper-specialisation in every field<sup>5</sup>.

The media, too, are undergoing a significant development, which on the surface offers citizens more opportunities for knowledge and interaction, but in fact also brings with it new problems concerning the reliability and quality of content and mass manipulation<sup>6</sup>.

The culmination of this evolution is the ongoing transition to the algorithmic society, in which artificial intelligence further changes the configuration of social life and the way decision-makers make choices and, thus, some important dynamics of the democratic process, posing yet new challenges to political society and the legal system<sup>7</sup>.

Thus, the scenario is profoundly evolving in so many interconnected and interacting aspects, and the complexity with which public institutions and law, together with their scholars, are confronted is becoming more pronounced in correspondence.

---

4 On this subject see E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milan, 1972, 1; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2018, 26.

5 See E. MORIN, *La crisi*, cit.

6 See E. MANCA, *Frammenti di uno specchio. I media e le politiche della postmodernità*, Venezia, 2006.

7 See C. A. CIARALLI, *Intelligenza artificiale, decisione politica e transizione ambientale: sfide e prospettive per il costituzionalismo*, in *Federalismi*, 2023.



#### 4. Evolutions in the science of administrative law

In the science of administrative law, as early as the prodromes of the described evolutions, the terrain proves fertile for the launch of new currents of thought, which give rise to a sort of reversal of the front, inasmuch as they no longer focus on public subjectivity, on political-administrative policy, on administrative (discretionary) power and on the corresponding subjection of citizens, but instead move from the centrality of the latter<sup>8</sup>, by the fundamental rights recognised to them in the Constitution, by the functionality of public powers and by the consequent duties assigned to republican institutions<sup>9</sup>.

In this new perspective, one begins to see in the administration an apparatus devoted to impartiality and the realisation of fundamental rights rather than a *longa manus* of the political institutions at the top of the system and the political parties that captured them<sup>10</sup>.

Significant achievements mature, such as the distinction, within public administrations, between policy-making and management bodies; the proceduralisation of the exercise of powers and, therefore, of public decision-making; citizen participation.

The organisational and disciplinary design of government and administration is thus becoming more complicated; power is fragmented and distributed in order to better adhere to the complexity of the object of its action and to a society increasingly crossed by the search for forms of protagonism in the public sphere that do not correspond to the more traditional forms of representation and the consequent arrangements.

At times, the administrations, the independent and regulatory ones, are even disengaged from political power and called upon to act for specific missions, in turn interfering in a quite deep and innovative way on the whole.

8 See F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, 2, 193; *Id*, *Il nuovo cittadino: tra libertà garantito e libertà attiva*, Venezia, 1994

9 See M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva* in *P. A. Persona e Amministrazione*, 2020, no. 2.

10 See L. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1.

Even more recently, the elaboration of legal science has gone so far as to theorise models in which the administration is imagined as a kind of platform or professionally organised space, to function in such a way that public decisions emerge and are formed within it, through procedural interactions between all stakeholders and on an a priori open and tendentially consensual basis<sup>11</sup>.

At times, it seems to imply that, at least in certain areas, the mediation of political direction (of parties, of representation) can be dispensed with in favour of a direct and immediate protagonism of society in public decision-making processes.

As a result of these developments, an even further face of complexity begins to appear in the institutions, which no longer claims (through adjustments and compromises) the political composition towards unity, albeit in the pluralistic order, but instead opens up to the unpredictability of lines of action, starting from interactions organised on a procedural level but rather free in content and open and fragmentary in the outcome. With a circuit that is accessible (at least theoretically) to vast circles of protagonists acting in a not necessarily coordinated manner, all in the perspective of interests abstractly considered worthy of recognition and protection on a legal level and not orderable a priori by relevance.

These landfalls are also favoured by the involvement of fundamental rights themselves in the web of complexity and their attitude.

In fact, the list of these rights is becoming richer and more sophisticated, also as a result of the influence of supranational law and thus - mediately - of the interaction between the civil societies of the various countries, with implications that are not insignificant in terms of the traditional ethical conceptions locally rooted in the community. Moreover, the techniques of the legal protection of fundamental rights are oriented in the sense not of a hierarchy but

---

<sup>11</sup> See M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedurale dell'interesse pubblico*, Torino 1996.

rather of the need for reasonable and proportionate balances to be struck on a case-by-case basis<sup>12</sup>.

The true and the false, the just (or the fair) and the unjust - albeit debatable and differently framed (as they were at the time of the great ideologies mentioned above) - no longer occupy centre stage as a supreme common reference for the different groups or social and political components that play a leading role in the democratic game and administrative life.

The proliferation of relevant values due, through the work of jurists, to the opening up of the law to the secularised and pluralist society exalts complexity and suggests an essentially procedural<sup>13</sup> and interactive approach, with an open plot, that gives legitimacy to solutions worked out on a case-by-case basis, according to reasonableness and proportionality, not necessarily traceable to a pre-established system of guidelines and a stable systematic framework.

The most recent developments linked to the bursting onto the scene of artificial intelligence are factors enhancing the characteristics of the landmarks, as well as (obviously) the starting point for further developments still largely to be imagined.

## **5. Public and administrative law facing complexity nowadays**

The problem of complexity nowadays partly overlaps and intertwines with that - well perceived by scholars - of the legitimisation of public institutions and public powers, ultimately of democracy itself.

Based on the prevailing opinions, very schematically, one can say that there arises the idea, or the suggestion, of being at a crossroads, with two somewhat known - but problematic - paths and the wish for others, not yet fully explored, to open up.

One path, which is being discussed, is that of an adaptation of the traditional schemes of the legal-institutional order and politics, in the form of pre-

---

<sup>12</sup> See the fundamental Constitutional Court decision no. 85/2013 on the so-called Ilva case.

<sup>13</sup> See N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

sidential and majoritarian systems, with strong leaderships consolidated through media, advertising- or populist-style communication, for a simplified representation of the public sphere and public decision-making, consisting in the suppression of a part of the expectations, aspirations, ambitions and related values (or rights?) that emerge from social components organised enough to make inroads into the public debate but outside the sphere of the ruler.

The output should be tangible results of government and administrative action (however likely to be controversial) offered to citizens.

This scenario has traits common to past experiences, which would see the public administration somewhat subservient to politics in an essentially executive position.

From the administrators' point of view, this raises the issue of the recognition and extension of fundamental rights when antagonistic to the public authorities. The neutrality and impartiality of the jurisdiction become the fundamental guarantee of these rights.

Undermining such a legal system are the concrete risks of social laceration and institutional conflict between political power and judicial power.

A different and in many ways opposite path is that of insisting on essentially enhancing the public decision-making processes, focusing on institutions capable of supporting them, including through the formation and provision of adequate knowledge bases and analyses, as well as on public confrontation and debate. Here, the roles of the highest political and institutional offices, of political direction and parties are attenuated, while a more direct role of the (other) components of society is accentuated, which comes to be expressed in a less intermediated manner. The role of the administration tends to become that of becoming the place of maturation and formation of public choices 'reflecting' society in a more direct and broader manner. Jurisdiction, in turn, should remain underexposed (unless it transforms itself into a decision-maker of last re-

sort even with respect to an administration thus conceived, in the case on uncertain grounds of legitimacy).

In this perspective, public decision-making processes become more complicated, due to the opening up to broad circles of stakeholders and, thus, the incorporation (rather than the elimination) of complication. The outcomes are less and less predictable *ex ante* and are gradually the open fruit of interactions between the actors.

A true output does not exist or lie in the neutral regularity of interactions and, thus, procedures. The outcomes are not in themselves completely validatable and there is no need for them to be systemised. Public authorities are therefore not justified by their own aims and outcomes (in supposed adherence to a higher common good), but simply to allow each active social actor within the liquefied society to pursue their own goals and outcomes in a framework that is both peaceful and highly interactive and changing.

Undermining the system are the power of lobbies; the difficulty for citizens, individually or united in grassroots associations, to effectively influence processes even for their most common and basic needs; the cost and time of procedures. Strong players, linked in particular to economic and financial interests (rather than to solidarity and social justice) easily gain the upper hand, undiscovered.

The most ambitious and well-equipped individuals and groups here shift their attentions from the capture of a political top-down decision-maker to the capture of public decision-making processes ostensibly oriented towards influence from the bottom of the social body.

After all, the public interest remains predominantly formally defined and therefore recognisable *ex post* based on choices made by the legislative power and the administration rather than *ex ante* as a constraint for them.

Such outcomes of substantial posthumous ratification of spontaneous social dynamics may not justify a complex and costly public institutional system, nor do they in turn fuel public confidence.

Faced with the fork in the road between the proposed models and their limitations, it was said it is also possible to seek other paths.

## **6. Public ethics can help**

A new starting point can be sought in a full recognition of complexity as a reflection of a social body that has moved from a state of passive subservience to that of an active and heterogeneous democratic protagonism.

It can now be said that society has passed by osmosis within the institutions and, at the same time, still relates to them from the outside, in dialogue and in opposition.

This assumption makes it possible to embrace a more modern, broader and more flexible conception of the democratic principle (called to completely different challenges from those of Montesquieu's time and the following two centuries).

The mere idea of a public power - of which a sort of unrealistic omnipotence has long been postulated (at times unconsciously) through politics and law - that governs and orders the legal and social system, starting with the law and cascading through plans and programmes to the exercise of specific powers, authoritatively selecting and imposing values and realising objectives that would otherwise be beyond the reach of economic and social forces, no longer seems satisfactory.

In many areas, the driving force, the impetus and lymph, the direction towards objectives, are now to be recognised in the economic and social forces and their dynamics; society and the economy are no longer to be regarded as something completely different from the institutions and administrative apparatuses, being rather integrated and interfaced with them, with a driving role.

The formation of collective imagination is mainly located in the new digital spaces disclosed by technological evolution.

From this point of view, the jurist's classical toolbox, with the principle of legality, public subjectivity, competence, the theory of the organ and organic imputation, and authoritative power, restores a version of administration that is no longer completely up to date with the changed scenario. A version that risks to appear increasingly anachronistically bureaucratic.

The time is ripe to realise that people working at various levels in the public apparatus are called upon to contribute to government and administrative action (in the broad sense of the term) by committing themselves for what they are, i.e. as parts of the social substratum of reference, and thus by developing and deploying a social conscience and orienting themselves to its canons, albeit appropriately filtered and refined through legal instruments and the work of jurists.

Society is no longer only in dialogue with legislation and administration (through its role in the provision of elected bodies and procedural participation) but is also to be recognised in the legislature and the administration, which reflect it.

This is a more up-to-date concept of democracy, among the many possible due to the vagueness of this notion, which can perhaps at least be used to alleviate its proclaimed crisis<sup>14</sup>.

The arrangement described can be said to be democratic because it is based on the entire community, which as a whole forms society, open to equality and the values that society expresses, with a broad fragmentation of public power.

The latter remains necessary, albeit with all its well known problems, because the conversion of the sum of single individuals into an at least peaceful

---

14 On this subject, see, for example, D. ZOLO, *La democrazia difficile*, Roma, 1989, while the position of N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2014, is well known, according to whom democracy has intrinsic characteristics of weakness, which do not allow it to manifest itself in the ideal form, but it nevertheless remains an ideal to be pursued.

and ordered society is not a phenomenon that takes place spontaneously and harmoniously; it requires rules, to protect the individuals considered not only in their individual dimension but also in the light of the inescapable connection that takes place in the social relationship.

In the studies of our time, the legitimising factors of public power and their guiding criteria are identified not only in political representation (which is becoming increasingly 'ignorant') but also in fundamental (civil and social) rights, which can be derived with the techniques of jurists from the constitutions, traditions and evolutionary dynamics of complex societies<sup>15</sup>.

The space previously occupied by general, abstract, detailed and rigid laws and regulations should be partly freed, where this proves appropriate, in favour of principles, general enough to flexibly orient and regulate social complexity in adherence to fundamental rights but open to the spontaneity, planning and creativity of the social body<sup>16</sup>.

A possible characteristic of the future public law is thus to be able to seek new ways of tracing fundamental finalist tracks, within dynamic, interactive, open-ended frameworks, with a skilful mix of various ingredients and technical means.

This is not to argue that representation is necessarily in its twilight years. On the contrary, it seems significant that the European Union, a rather recent institutional subject and product of the influence of the most refined legal cultures of our continent, accused in the past of a democratic deficit, has intended to move towards a broader centrality of representation - on the axis of citizenship and the European Parliament - and is sticking to that purpose<sup>17</sup>.

---

15 See P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, Torino, 2015, proposes the idea of an increasing decentralisation of democracy from political power.

16 A limit to such a regulatory technique is encountered, according to case law, in the event of the regulation of offences to which sanctions correspond, as recently emerged from the opinion of the Council of State, Sez. atti norm., no. 93/2023, on the amendment to the code of conduct for public employees, concerning the use of social media.

17 See Senate of the Italian Republic, Dossier XIX Legislature, *Conferenza interparlamentare sulla democrazia in Europa*, 2023.



Rather, in the medium term it is to be expected that representation will be flanked and intertwined, in a hybrid model, with forms of participation of society and its articulations in public choices and policies, as recent research suggests precisely with regard to the institutional future of the European Union<sup>18</sup>, now also with the support of artificial intelligence.

What we are looking at is thus a scenario in which, despite its complexity, the time does not yet seem ripe to replace the fundamental scheme of democratic-assembly representation, and yet the reduced distance between the legal system and its substratum entails new forms of connection between social actors and public decisions.

If these are the outlines of reasoning on the legitimisation of public powers and decisions in the age of complexity, a further step proves important.

It is necessary to recognise public ethics as indispensable, in the twofold dimension that pertains, on the one hand, to the inescapable and ever closer interconnection existing between citizens (despite a strong and widespread ideology of freedoms and rights) and, on the other hand, to the spirit of service that must animate every agent of institutions and administration. At both levels (citizens and public bodies), albeit with obvious differences in intensity or degree, the sense of solidarity and social responsibility must be thematised, recognised, cultivated<sup>19</sup>.

Belonging to a social context does not mean being just a sum of individuals each with a sum of rights.

Being called upon to reflect society within public apparatuses, which are and remain holders of powers to allow a peaceful and as far as possible, orderly unfolding of social dynamics (in themselves often competitive, controversial and conflictual), while respecting fundamental rights and sustainable develop-

---

18 European Commission, Directorate-General for Research and Innovation, V. INGELOM., *Research on deliberative and participatory practices in the EU*, Publications Office of the European Union, 2023.

19 According to E. MORIN, *Dialogo tra Edgar Morin e Gustavo Zagrebelsky*, in C. Simonigh, *Pensare la complessità*, cit., 30, social solidarity and responsibility are the sources of public ethics.

ment, entails the need for a healthy and robust social conscience, capable of distinguishing what pertains to the public sphere from personal self-interest and factional interests.

Holders of public offices in institutions and administrative apparatuses may legitimately embody specific sensitivities and conceptions of the society they are called upon to reflect, in part different from each other (as long as they are within a spectrum of plausibility), but they cannot, on the other hand, claim to disregard or pretermine certain social demands (out of a sort of partisanship), nor give space *a priori* to particular interests, simply with the idea that the satisfaction of these can bring some form of benefit to society as well, for example in terms of overall economic growth, or even by concealing them in the folds of complexity, as if particularism and profiteering were somehow justifiable because they are within reach of every other fellow citizen and widespread.

The constitutional obligations of general solidarity and, for holders of public offices and employment, those of loyalty to the Republic and exclusive service to the Nation are invoked in support of the above.

Despite recognising the osmosis between society and public institutions and apparatuses, a distinction between what is public and what is purely private therefore remains and is clear in theory<sup>20</sup>. The public sphere (as well as public finance) cannot be instrumentalised for essentially private and particular purposes.

An important challenge of complexity, for a renewed and more solid key to the legitimisation of public powers and a resurgence of democracy, therefore, appears to be that of public ethics, which still largely needs to be studied

---

<sup>20</sup> A couple of examples may help. Within a certain framework of local healthcare provision, a private contracted structure may be socially useful (albeit organised in the form of a business aimed at legitimate profit), or instead prove to be a disruptive element to the detriment of users or the cost-effectiveness of the public health service. The placement of a person in a given public office may be functional to the profitable use of his skills and passion in the service of the community, or on the other hand be improperly conceived as an instrument for his personal interests (career, 'influence', subsistence, etc.).

and developed, as well as (and this is of enormous importance) to be penetrated into the culture, which in Italy still appears to be oriented somewhat differently.

In perspective outlined above, the idea of a gradual process of regulating political parties, political activity and the action of the institutions in relation to it appears topical<sup>21</sup>, even in the face of major innovations and progress made in the meantime in the field of legislation and supervision in the area of anti-corruption and public ethics with regard to the apparatus of administrations<sup>22</sup>.

It is evident how today the political activity of individuals, formations and parties no longer represents a factor of synthesis and social aggregation, but almost an element of disturbance, the expression of a 'bad complexity' with its own self-referential logics, the broad risk of orientation towards essentially private interests and simulacra of democratic forms entrusted to the bamboozlement, if not the deception of an unmaturing and largely resigned or complicit public opinion.

Relevant aspects on which to work in a reform perspective could be those of the financing of politics; the stability and effective representativeness of formations; the legal value of electoral programmes; the rules of communication and propaganda; fact checking; the qualifications, careers and ethics of the ruling class.

Codifying the rules and limits of competition, communication and party or political action - not unlike what has been done for economic activities and business - would at the same time enable public institutions to focus and make them more credible on their service role and their substantial legitimisation factors linked at least to fundamental rights, and to recover, over time, the trust

---

21 See G. TACCOGNA, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione?* in *P. A. Persona e Amministrazione*, 2020, 2. The topic is recently revived by R. BIN, *Riforme costituzionali per rafforzare l'esecutivo. Qualche riflessione*, in *Federalismi*, 2023

22 For a joint study about public ethics applied to politicians and administrative officers see G. SIRIANNI, *I doveri dei politici e degli altri decisori pubblici in Italia*, Napoli, 2019.

and mature adherence and effective participation of citizenship in the functioning of the administrative system.

This would not result in overcoming complexity.

New rules would be added, but they would replace the unwritten yet existing ones of today, concerning the functioning of politics and parties; the balance could be, in this respect, in the name of simplification, as well as of indispensable transparency.

Moreover, it would result in apparatuses and devices of public power that are legally oriented in such a way as to be more adequate to listen, understand and administer in a sensitive, expert and sustainable manner, in the medium and long term, the inevitable complexity of society and human coexistence within an increasingly interconnected society, coping with its unstoppable dynamics.

A better institutional and administrative quality, destined to what is actually common from the point of view of public ethics, should foster and accompany social dynamics, even spontaneous ones, of recovery of some form of cooperation<sup>23</sup> and of convergence towards and an updated face of essential common values, secularly understood (unless anomie prevails<sup>24</sup>).

The goal should not be seen in the attainment of a fixed point of arrival, identifiable in a certain desired standard, but rather in the improvement of certain components and trajectories of the game of complexity, of the interactions and developments that characterise it, for a more heartfelt legitimisation and greater resilience of the legal system, at the service of society, under the profiles examined, while awaiting the further inevitable evolutions that the scenario of complexity will bring with it and that will demand further new reflections and impulses.

---

<sup>23</sup> See R. SENNETT, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, Milano, 2012.

<sup>24</sup> See V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. Rpssi, *Fine del diritto ?*, Bologna, 2009.

## SEZIONE II



STEFANIA FLORIAN  
assegnista di ricerca presso l'Università di Padova  
*stefania.florian@unipd.it*

## **TUTELE CONTRO IL DIFETTO DI PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

### **PROTECTION AGAINST THE LACK OF ADMINISTRATIVE PROVISION**

#### SINTESI

La questione che ci si propone di indagare è l'inquadramento sistematico dell'azione di adempimento così come disciplinata dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Poiché il combinato disposto di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c c.p.a. consente la proposizione di un'azione di "condanna" al rilascio del provvedimento richiesto, nei limiti di cui all'art. 31, co. 3, contestualmente all'azione di *annullamento* dell'atto negativo o all'azione sul silenzio, si è preliminarmente chiarita la natura del diniego di provvedimento favorevole richiesto dal privato e, quindi, dell'*impugnazione* dell'atto negativo, che non sembra potersi considerare un'azione costitutiva in senso proprio, ma meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia.

A questo punto, si è affrontato il problema di chiarire se l'azione di adempimento di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c c.p.a. possa considerarsi di "condanna" o se, invece, questo inquadramento sia da riservarsi, più propriamente, ai casi in cui l'adempimento si realizzi nelle forme del risarcimento in forma specifica di cui all'art. 30, comma 2 c.p.a. che, richiamando l'art. 2058 cod. civ., pare consentire l'emanazione di ordini inibitori dell'illecito in tutti i casi in cui la tutela di adempimento prescinda dall'emanazione di un atto negativo o da un silenzio dell'Amministrazione.

Esaminati i limiti dell'azione di adempimento e rilevato come, nella tutela di adempimento, l'autorità giurisdizionale eserciti dei Poteri sostitutivi, non solo *ordinando* all'Amministrazione di provvedere, ma anche emanando una sentenza

sostitutiva di provvedimento, si è affrontato, infine, il problema di chiarire se a questo ampliamento dei Poteri del giudice amministrativo, nel giudizio di cognizione, corrisponda, sostanzialmente, l'attribuzione allo stesso della possibilità di incidere sulle funzioni proprie del Potere esecutivo al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, soprattutto alla luce della mancanza di una protezione di carattere costituzionale sulla giurisdizione di merito. Con il conseguente indebolimento del sistema di garanzie dell'individuo a fronte dell'autorità statale.

ABSTRACT

The matter being under inquiring is the systematic organization of the action of fulfillment as disciplined by the d. lgs. (legislative decree) July 2010 n. 104.

As the joint provision at articles 31, paragraphs 3 and 34, paragraph 1 letter c) c.p.a. (code of administrative procedure), allows to propose the “condemnation” of the issuance of the requested measure, limited by art. 31, paragraph 3, concomitantly to the action of annulment of the negative act or the action upon silence, it has been clarified the nature of the denial of the favourable measure required by a private citizen and so the appeal of the negative measure, which does not look like a real constitutive act but dimly declaring the incorrect execution of the execution of the obligation of judgment.

At this point, it has been taken into consideration whether the action of execution following art. 31, paragraph 3 and 34, paragraph 1, letter c c.p.a. (code of administrative trial) may be considered as a “condemnation” or this should more properly be reserved to a compensation in specific form as in art. 30, paragraph 2 c.p.a. which, recalling art. 2058 c.c. (civil code), which seems to allow to issue inhibitory orders of the offence in any case when the tutelage of execution stands apart from the issuing of a negative act or silence on the Administration part.

After examining the limits of the action of execution and noticing that, in the tutelage of fulfillment, the jurisdictional authority exercises substitute powers,



not only ordering the Administration to take a decision but also issuing a substitute sentence of execution, clarifying if this enlargement of the Powers of the Administrative Judge in the cognizance trial corresponds to the attribution to the same of the possibility to affect the actual functions of the executive Power out of the cases of jurisdiction enlarged to the merits, has been dealt with; especially because of the lack of a constitutional protection about the jurisdiction of merits.

Consequently, there is weakening of the system of guarantees of the person against the State Authority.

PAROLE CHIAVE: Adempimento – Diniego – Tutela – Pretesa – Merito

KEYWORDS: Execution – Rebuttal – Tutelage – Claim – Merits

INDICE: 1. Inidoneità dell'atto negativo a produrre effetti giuridici in senso proprio – 2. L'azione di *annullamento* dell'atto negativo come azione meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia – 3. L'azione di adempimento ex art. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c) c.p.a. come *surrogazione* in forma specifica – 4. L'azione di adempimento come *risarcimento* o *tutela* in forma specifica – 5. I limiti dell'azione di adempimento rispetto al principio di divisione dei Poteri

## 1. Inidoneità dell'atto negativo a produrre effetti giuridici in senso proprio

Al fine di individuare quali effetti giuridici l'atto negativo – al cui *annullamento* è connessa l'esperibilità dell'azione di adempimento ai sensi dell'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a. – produca<sup>1</sup>, occorre richiamare quell'unica monografia che si è occupata del problema, la quale ultima, dissociando l'estinzione del dovere dal suo adempimento, ha individuato nell'estinzione del dovere di provvedere (c.d. *dovere d'ufficio*) l'effetto diretto prodotto dal diniego di provvedimento, in quanto atto giuridico formale<sup>2</sup>. Infatti, per evitare un vuoto di tutela nel caso in

---

1 ANONIMO XXXXXX – dettagli omessi per la double blind peer review

2 F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 105. Per spiegare la dissociazione tra l'effetto di estinzione e l'effetto di adempimento dell'atto negativo rispetto al dovere d'ufficio, per cui il primo sarebbe una conseguenza del diniego in quanto atto e il secondo una conseguenza dello stesso in quanto fatto, la dottrina che si è occupata di ricondurre all'atto negativo un qualche effetto giuridico ha ritenuto necessario muovere da una bipartizione normativa, nell'inquadramento sistematico delle norme che regolano l'agire dell'Amministrazione, distinguendo tra norme c.d. *strumentali* e norme c.d. *materiali*, nella convinzione che, da ciò, potessero trarsi elementi in grado di illustrare la rilevanza dinamica della pronuncia negativa all'interno del sistema. Le *norme strumentali* sono identificate, dalla ricostruzione in esame, in quella serie di proposizioni giuridiche, che stabiliscono le condizioni di *rilevanza* (intendendosi

cui sussistesse un dovere meramente omissivo dell'Amministrazione, la dottrina in esame ha ritenuto di ravvisare l'esistenza, nell'ordinamento, di una situazione giuridica di doverosità diversa dal dovere di provvedere, data dall'*obbligo di pronuncia*<sup>3</sup>, che, in quanto situazione giuridica idonea a rendere noto il percorso logico seguito dall'Amministrazione per giungere alla determinazione negativa, consentirebbe la traduzione del comportamento meramente omissivo dell'Amministrazione in un atto giuridico formale, il quale ultimo, quindi, sarebbe la «*causa di estinzione del dovere d'ufficio*»<sup>4</sup>. L'estinzione della situazione giuridica di doverosità, tuttavia, si produrrebbe anche nel caso in cui fosse emanato

---

per tali le prescrizioni di carattere formale e procedimentale) e di *efficacia* dell'atto (sarebbero tali le norme che individuano i c.d. presupposti dell'atto); sicché, dal coordinamento di queste norme verrebbe desunto il c.d. *modello legale* dell'atto. In questo senso, le norme *strumentali*, cui fa cenno la teoria in esame, seppur con le dovute distinzioni, possono essere associate alle norme *di relazione*, se intese alla stregua di norme costitutive del potere giuridico. Le norme *materiali*, invece, considererebbero l'atto giuridico in ragione dell'utilità, intesa nel senso di scopo, che, in ragione dei suoi effetti, l'atto è in grado di produrre. Le norme materiali, dunque, sarebbero chiamate a regolare l'emanazione dell'atto e, attraverso ciò, la sua stessa funzione. Con la conseguenza che le norme materiali, secondo la teoria qui in esame, produrrebbero doveri (non poteri), che avrebbero ad oggetto l'emanazione dell'atto medesimo. Più precisamente, dette norme individuerrebbero il dovere d'ufficio e, cioè, il dovere di provvedere, inteso come dovere di determinare, attraverso l'esercizio delle valutazioni discrezionali, la c.d. norma del caso concreto.

3 Sull'*obbligo di pronuncia* v. F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 111-112: «*Contenuto della situazione di obbligo, stabilita dalla legge per assicurare la effettiva tutela degli interessi individuali che verrebbero avvantaggiati da un determinato provvedimento, non è questo provvedimento e neppure il rifiuto inteso come atto, ma la emanazione di un atto considerata come comportamento: precisamente, l'emissione di una pronuncia idonea a rendere possibile quel giudizio di legittimità, che costituisce il fulcro del sistema di tutela. Questa determinazione sembra sostanzialmente conforme alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti. L'autorità, si dice spesso, può pronunciarsi positivamente o negativamente, ma deve pronunciarsi in un senso o nell'altro: l'obbligo ad essa incombente nei confronti del cittadino può essere adempiuto tanto con la emanazione del provvedimento atteso quanto con la manifestazione della volontà di non emanarlo. A tal riguardo è bene peraltro precisare che l'obbligo in questione ha un contenuto semplice, e non alternativo, come a tutta prima potrebbe far pensare questa frequente enunciazione*». Inoltre: «*Dovendosi individuare la rilevanza della pronuncia sul piano della normazione materiale possono quindi prospettarsi due diverse ipotesi: a) che la qualificazione della stessa pronuncia, in termini di necessità giuridica, costituisca quasi un prolungamento del dovere d'ufficio oltre i limiti segnati dalla sua funzione specifica; b) che la manifestazione di volontà costituisca invece il contenuto di una situazione giuridica distinta, anche se coordinata a quel dovere. La seconda ipotesi appare più conforme alla logica del sistema. L'esternazione della volontà negativa serve principalmente, se non esclusivamente, a rendere conoscibile il risultato dell'azione svolta dall'autorità, e quindi ad assicurare la possibilità del sindacato amministrativo e giurisdizionale*» (110). Distingue l'obbligo di pronuncia dall'obbligo di provvedere anche F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 109-110.

4 F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 105-109. Cfr. M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, *L'Attività amministrativa*, Milano, 1967, 134 - 136.

un provvedimento positivo<sup>5</sup>, essendo, anche quest'ultimo, in sé, una pronuncia e, cioè, un comportamento fenomenologicamente materiale. Con la differenza, però, che tale effetto verrebbe *assorbito* dall'efficacia precettiva propria del provvedimento positivo e, perciò, esso non assumerebbe alcun rilievo per l'ordinamento giuridico generale<sup>6</sup>.

A ben vedere, però, l'estinzione del dovere di provvedere, oltre ad essere una conseguenza più propriamente riconducibile al fatto di aver adottato l'atto e non all'atto in sé, non può scindersi dal suo adempimento, in quanto solo il fatto di adempimento determina il venir meno della necessità sostanziale che comporta, di conseguenza, anche l'estinzione del rimedio predisposto dall'ordinamento per far fronte a suddetta necessità<sup>7</sup>, dato dalla costituzione della situazione giuridica soggettiva di doverosità<sup>8</sup>. Si pensi alla fattispecie civilistica della

<sup>5</sup> La teoria in esame, identificando il *dovere d'ufficio* con il dovere di provvedere, inteso come quell'attività di *esercizio del potere* che *restringe* progressivamente la funzione sino all'emanazione del provvedimento finale, sembra far coincidere l'esercizio del Potere con l'esercizio della funzione. Per quanto riguarda l'esercizio della funzione amministrativa, accoglie una concezione c.d. *formale* v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 642-643; ID., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 321-345; ID., *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 1025-1026; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, 1084. Di contro, sulla tesi c.d. *funzionale* v. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo, procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952, 121-122.

L'esercizio di questo potere, tuttavia, non si manifesterebbe sempre nello stesso modo: il potere esercitato nel caso in cui fosse emanato un atto negativo sarebbe diverso rispetto a quello esercitato con l'emanazione di un provvedimento positivo (F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 232), poiché si identificerebbe con il carattere autoritativo della pronuncia (F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 241), che renderebbe definitiva la determinazione del rapporto fissata dall'atto negativo.

<sup>6</sup> F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 105.

<sup>7</sup> F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2008, 820 rileva come: «[...] la fattispecie e i singoli presupposti concorrono, in termini generali, ad individuare una sorta di "bisogno" a cui l'atto o la norma, con i propri effetti, intendono dare soddisfazione e quindi porre rimedio».

<sup>8</sup> L'estinzione di una situazione giuridica soggettiva di doverosità in forza del suo adempimento sembra essere confermata anche dal fatto che la giurisprudenza ammette che, a fronte di un atto negativo illegittimo, l'Amministrazione possa emanare, successivamente, il provvedimento positivo favorevole, legittimo, potendosi considerare tale ultimo provvedimento come implicito *annullamento* del provvedimento di diniego. Sul punto v. Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 579, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 2, I, 480, in cui si rileva che «È legittimo il provvedimento con cui l'Amministrazione comunale ha riesaminato, rilasciando il relativo titolo, una pratica di condono, già conclusasi sfavorevolmente nei confronti del privato, ma senza l'esecuzione dell'ordinanza di demolizione. Il diritto-dovere al ripensamento può essere alternativamente esercitato d'ufficio o su istanza di parte. Al riguardo, però, il termine "istanza" deve essere necessariamente inteso nella sua più lata accezione, ben potendo valere rispetto al fine qualunque tipo di impulso all'Amministrazione, specie da parte di chi potrebbe subire gli effetti

stipula di un contratto preliminare cui seguisse la conclusione di un contratto definitivo, in violazione del preliminare. In tal caso, infatti, l'eventuale contratto di compravendita stipulato in violazione del preliminare, pur essendo un atto giuridico efficace in quanto produttivo dell'obbligo di trasferire la proprietà della cosa o di un altro diritto verso il pagamento di un corrispettivo<sup>9</sup>, non integra il fatto giuridico di adempimento, come sarebbe se lo stesso atto fosse stipulato tra le parti tra le quali è intercorsa la stipula del contratto preliminare. Aderendo, peraltro, alla teoria della struttura ipotetica della norma – cui è connesso il principio di c.d. *interezza* della fattispecie<sup>10</sup> – come sistema che regola il fenomeno di produzione giuridica, che «*si risolve nell'affermare che una data norma o un determinato atto giuridico producono effetti, solo se esista una certa fattispecie che la norma stessa (o l'atto), direttamente o indirettamente, descrivono attraverso un fenomeno che porta il nome di "rilevanza" giuridica*»<sup>11</sup>, non sarebbe possibile ricondurre all'atto negativo un effetto di estinzione di una situazione giuridica soggettiva di doverosità. Quest'ultimo, infatti, sembra essere, piuttosto, la conseguenza di un mero fatto omissivo dell'Amministrazione.

## **2. L'azione di *annullamento* dell'atto negativo come azione meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia**

Esclusa l'idoneità dell'atto negativo a produrre effetti giuridici in senso proprio, sembra utile indagare il connesso problema della reale natura, costitutiva o di mero accertamento, dell'*annullamento* dell'atto negativo, che sembra essere una pronuncia meramente dichiarativa del non corretto adempimento

---

*del suo errore, idoneo a provocarle una maggiore attenzione e l'induzione alla rilettura di tutti gli elementi utili per una correzione di rotta e per la conclusione dei suoi procedimenti nel modo più legittimo possibile».*

9 A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 774.

10 Rileva F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 60-63, 72, come nella fattispecie giuridica presupposta da una determinata norma per la sua efficacia, tutti i fatti giuridici presupposti sono da ricondursi all'unica categoria dei fatti costitutivi e il mancato verificarsi di un solo elemento della medesima fattispecie giuridica presupposta non può rilevare rispetto al precetto che la presuppone, come fatto impeditivo, ma rispetto ad una diversa norma che prevede il sorgere di conseguenze diverse rispetto a quelle che pone il verificarsi del medesimo presupposto.

11 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 820 e 825. Cfr. F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 117.

dell'obbligo di pronuncia, poiché all'accoglimento del ricorso non segue né la produzione dell'effetto diretto di cassazione dell'atto, né quello indiretto e secondario, di ripristinazione del dovere giuridico<sup>12</sup>. Quest'ultimo, infatti, pur essendo una conseguenza del fatto di aver emanato l'atto (sentenza) e non dell'atto (sentenza) in sé, è una conseguenza (indiretta) della caducazione degli effetti prodotti dall'atto illegittimo, poiché al venir meno della regolamentazione degli interessi predisposta dall'Amministrazione non può non seguire la necessità di ricostituire una "nuova" regolamentazione della fattispecie sostanziale sottoposta all'esame dell'Amministrazione. Ma, laddove una regolamentazione del rapporto mancasse, non modificando, l'atto negativo, in alcun modo, l'assetto delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali facenti capo al privato, non sembra potersi considerare ricostituita alcuna *obbligazione provvedimentale*, giacché il dovere che grava sull'Amministrazione dopo l'accoglimento della domanda nel merito è lo stesso che gravava sulla stessa prima dell'emanazione dell'atto illegittimo<sup>13</sup>. In altri termini, la mancata osservanza, da parte dell'Amministrazione, delle prescrizioni imposte dalle norme d'azione che regolano l'esercizio del potere, nel caso di *annullamento* dell'atto negativo, non consente di considerare estinta la posizione creditoria del privato. L'unica modificazione giuridica prodotta in capo al privato dall'accoglimento del ricorso,

12 V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 340: «[...] se in linea principale si avrà la cessazione dell'atto, ne deriverà, indirettamente, l'estinzione del rapporto in esso contenuto. Effetto che, sebbene mediato, indiretto e secondario, di fronte a quello che è da considerarsi immediato, diretto e primario, non assume tuttavia un rilievo inferiore, se considerato in sé e per sé nella sua importanza pratica».

Riconduce il sindacato giurisdizionale sull'atto negativo, oltre a quello sul silenzio, ad una pronuncia meramente dichiarativa F. LEDDA, *Il rifiuto*, cit., 40-41; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 394-395. Rileva l'insufficienza della tutela di annullamento a fronte di interessi legittimi *pretensivi* P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 5-6.

13 Sembra escludere qualsiasi effetto costitutivo alla sentenza di *annullamento* dell'atto negativo anche F. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 377, nota 34. Solo in sede di giurisdizione esclusiva la giurisprudenza ha progressivamente ritenuto ammissibile l'azione di accertamento, seppur limitatamente ai diritti soggettivi. Pare ammettere pronunce di accertamento nei soli casi di giurisdizione esclusiva F. MANGANARO, *L'azione di accertamento nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: analisi della giurisprudenza*, in U. ALLEGRETTI-A. ORSI BATTAGLINI-D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 614-615; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2002, 610-613.

infatti, sembra rilevare sotto il profilo processuale, in quanto data dalla costituzione del Potere di agire in ottemperanza per l'adempimento dell'obbligo.

Se, quindi, la sfera giuridica del privato rimane invariata dopo l'accoglimento del ricorso nel merito, sembra che l'interesse del privato rilevante, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, sia quello alla *certezza*<sup>14</sup> in merito ad una legittima regolamentazione delle situazioni giuridiche facenti capo al privato<sup>15</sup>, non potendo, l'ordinamento, assicurare una tutela ad una situazione di attesa «*in relazione ad altre future, ed incerte, figure giuridiche soggettive*»<sup>16</sup>, come quella relativa alla spettanza di un determinato *bene della vita*<sup>17</sup>.

L'interesse rilevante ai fini dell'ammissibilità del ricorso, pertanto, non sembra essere neanche quello alla legittimità dell'atto, ben potendo, il privato, subire una lesione in un proprio interesse sostanziale da un provvedimento amministrativo legittimo, perché sfavorevole per il suo destinatario e non subire alcuna lesione da un provvedimento illegittimo perché favorevole. Ne consegue che titolare del potere d'azione pare essere colui che si afferma titolare di un interesse legittimo (o legittimazione a ricorrere) in quanto lesa in modo diretto, personale e attuale in un proprio interesse di fatto, la cui lesione sembra vertere sulla «*preclusione della possibilità di vedere legittimamente valutata la concessione di [...] [un determinato] effetto giuridico, indipendentemente dalle conclusioni a cui tale valutazio-*

---

14 Rileva come anche le sentenze di mero accertamento siano volte a garantire la certezza relativa alla concreta *attuazione della volontà di legge*, G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933, 4-5; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile. I: I concetti fondamentali, la dottrina delle azioni*, Napoli, 1933, 191-192. *Contra* L. MONTESANO, *Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951, 254.

15 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 329. Nelle sentenze dichiarative del giudice amministrativo rileva A. ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, 150-151: «[...] *l'interesse ad agire del ricorrente è sempre rivolto in maniera prevalente alla parte dichiarativa della sentenza di accoglimento del ricorso, che non può mai mancare e che è idonea essa ed essa sola a soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente*».

16 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 330.

17 Ritiene che «[...] *non [...] si possa ammettere in termini generali un'azione di accertamento, fondata sull'interesse ad agire, come invece vale per la tutela dei diritti soggettivi avanti al giudice civile*» A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, 19. Per un'ampia ricostruzione sulla nozione di interesse a ricorrere, anche attraverso la dottrina civilistica v. L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, *passim*.

ne potrebbe portare»<sup>18</sup>. L'elemento caratterizzante la sentenza emessa all'esito del giudizio di *annullamento* dell'atto negativo o dell'azione avverso il silenzio, perciò, sembra essere la sua idoneità a fare stato tra le parti, gli eredi e aventi causa, ai sensi dell'art. 2909 cod. civ.<sup>19</sup>. L'*ordine* di provvedere, quindi, non può considerarsi un effetto proprio della sentenza dichiarativa dell'inadempimento (per l'ipotesi di accoglimento dell'azione sul silenzio) o del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia (per l'ipotesi di *annullamento* dell'atto negativo) poiché tale effetto, in realtà, consegue ad ogni accertamento giurisdizionale, anche svolto in via incidentale. Se, peraltro, la sussistenza di suddetto effetto fosse sufficiente ad inquadrare una forma di tutela in termini di condanna, dovrebbe inquadarsi come tale anche la sentenza costitutiva di annullamento, che produce effetti conformativi, oltre che caducatori. L'effetto prodotto dalla sentenza di *annullamento* dell'atto negativo – ma anche l'accoglimento dell'azione avverso il silenzio – pertanto, sembra essere la vincolatività ed incontestabilità del contenuto della sentenza, non dissimilmente dalla vincolatività prodotta dalla sentenza di rigetto nel merito di un qualsiasi ricorso, in cui il giudicato sostanziale «preclude la possibilità di proporre un nuovo ricorso giurisdizionale contro lo stesso provvedimento, anche se, in ipotesi, non ostasse a ciò l'avvenuto decorso dei termini»<sup>20</sup>.

---

18 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 316.

19 G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933, 206: «Conviene premettere che la sentenza dichiarativa non può servire al suo scopo di creare la certezza giuridica se non in quanto sia atta a formare la cosa giudicata; e per conseguenza l'azione dovrà proporsi contro quella persona rispetto alla quale è necessario che si formi la cosa giudicata perché la incertezza della relazione giuridica possa essere eliminata»; ID., *op. ult. cit.*, 12: «La sentenza di mero accertamento non può avere altro effetto che di produrre la cosa giudicata, nel senso dell'esistenza del diritto quando è accolta l'azione di accertamento positivo o respinta l'azione di accertamento negativo, e dell'inesistenza quando è respinta la prima o accolta la seconda. [...] La sentenza di mero accertamento si contrappone da un lato alla sentenza di condanna, perché l'azione di accertamento non fa valere un diritto alla prestazione del convenuto, non in particolare al riconoscimento del diritto da parte di questo, e dall'altro alla sentenza costitutiva, perché si limita ad accertare e non modifica i rapporti giuridici preesistenti». Cfr. L. MONTESANO, *Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951, 253-258. *Contra* A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 625. Sul rilievo del giudicato rispetto ai terzi v. E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992, 67-131.

20 V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 832. Sulla sentenza di rigetto afferma G. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, 4: «Il nome di *jugements déclaratoires* (sentenze d'accertamento, *Feststellungsurteile*, *declaratory judgments*) comprende lato sensu tutti i casi in cui la sentenza del giudice non può aver seguito d'esecuzione forzata. In questo largo significato rientra la intera massa delle

Sebbene, perciò, il sistema di tutela processuale amministrativo non contenga alcuna disposizione dalla quale possa dedursi in maniera esplicita l'ammissibilità in via generale di un'azione di mero accertamento, ma ammetta, sostanzialmente, singole ipotesi di azioni dichiarative, la cui funzione di accertamento è propria di ogni attività giurisdizionale – essendo sufficiente, ai fini della sua configurabilità, l'esistenza di un interesse<sup>21</sup> – sembra che la tutela di mero accertamento non sia estranea al giudizio amministrativo di legittimità, seppur come rimedio atipico sottoposto ad un termine di decadenza.

### **3. L'azione di adempimento ex art. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c) c.p.a. come surrogazione in forma specifica**

L'azione di adempimento, nel codice del processo amministrativo, non sembra godere di una disciplina unitaria. Un dato normativo di indubbio rilievo è il combinato disposto di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., il quale ultimo, tra le sentenze di merito, dispone che «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, co. 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

Tale azione è stata inquadrata dai sostenitori dell'impostazione soggettivistica del processo amministrativo<sup>22</sup> tra le tutele di condanna, al risarcimento

---

*sentenze che rigettano la domanda dell'attore, e quella delle sentenze costitutive: le prime dichiarano la insussistenza del diritto fatto valere in giudizio; le seconde dichiarano la sussistenza del diritto alla modificazione dello stato giuridico attuale, modificazione che non si realizza in via d'esecuzione forzata, ma si attua ope legis in seguito alla dichiarazione del giudice». Sulla natura dichiarativa delle sentenze di rigetto v. anche A. ALBINI, *Le sentenze dichiarative*, cit., 6.*

<sup>21</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 202 e 203.

<sup>22</sup> Sull'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità v., di recente, N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2020, 237-274; S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, IV, 2020, 805-86; M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in F. FRANCIARIO-M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: in ricordo di Leopoldo Mazzeo*, Napoli, 2017, 339-349. Rileva F. FRANCIARIO, *Inerzia e ottemperanza al giudice: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in ID., *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 100-103. Sulla dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva in alcuni sistemi diversi da quello italiano v. B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2014, 74-106; M. LIPARI, *I profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione nella prospettiva comparatistica*, in F. FRANCIARIO-M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: in ricordo di Leopoldo Mazzeo*, Napoli, 2017, 367-372.



in forma specifica secondo alcuni Autori e ad una condanna atipica (o pubblicistica) di adempimento, secondo altri. La fattispecie in esame sarebbe configurabile come un'azione di condanna al risarcimento in forma specifica poiché il combinato disposto di cui agli artt. 30, co. 1 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a. consentirebbe di configurare, nel sistema di tutela, «una “azione a petitum indeterminato”»<sup>23</sup>, cui è connessa la titolarità, in capo al giudice, di «un potere di condanna atipico quanto al contenuto»<sup>24</sup>, che consentirebbe di qualificare l'azione come di risarcimento in forma specifica, tanto nei casi di attività vincolata quanto in quelli di attività discrezionale<sup>25</sup>. Oggetto della situazione giuridica accertata, sarebbe, pertanto, rispettivamente, o un diritto di credito al provvedimento favorevole o la mera *chance* di riceverlo<sup>26</sup>.

Un'altra parte della dottrina ha ritenuto, invece, che la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, in ragione della sua idoneità a garantire al ricorrente vittorioso una tutela piena del proprio interesse legittimo *pretensivo*<sup>27</sup>, sia da configurarsi come una tutela di *condanna atipica* (o di *condanna pubblicistica*)<sup>28</sup>. Tale ricostruzione, proposta prima delle modifiche apportate dal

---

23 L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2013, 642.

24 L. FERRARA, *ibidem*. Cfr. A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2018, 175-269; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, VI, 2012.

25 L. FERRARA, *op. ult. cit.*, 643-644.

26 L. FERRARA, *op. ult. cit.*, 646.

27 Evidenzia l'insufficienza della tutela dell'interesse legittimo c.d. *pretensivo* rispetto all'interesse legittimo c.d. *oppositivo* F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 12-13, 61-62. Sul rilievo del *bene della vita* nella tutela dell'interesse legittimo v. M. NIGRO, *Il giudicato e il processo di ottemperanza*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1533; Cfr. N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *giustamm.it*, IV, 2011.

28 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 196-197; ID., *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo)*, in *giustamm.it*, IX, 2012. Cfr. N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2020, 257; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2012, 481-485. Sembra distinguere l'azione di adempimento dall'azione di condanna P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2013, 404-405. Non ritiene equiparabile l'esecuzione in forma specifica con il risarcimento del danno in forma specifica D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento favorevole e processo amministrativo*, Milano, 2002, 341-342.

d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, (c.d. Secondo Correttivo) al c.p.a., che hanno determinato l'ingresso dell'azione di adempimento di cui all'art. 34, co. 1, lett. c) in esame, ha ritenuto ammissibile un'azione di *condanna atipica* all'adempimento<sup>29</sup> anche nel caso di *annullamento* dell'atto negativo, anch'essa sul fondamento del combinato disposto di cui agli artt. 30, co. 1, in forza del quale la pronuncia di condanna avrebbe un carattere atipico e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., nella parte in cui prevede, come possibile contenuto della sentenza di merito, l'adozione, già nel giudizio di legittimità, di «*misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio*»<sup>30</sup>. Questa azione *generica di condanna dal contenuto atipico*<sup>31</sup> proposta contestualmente all'azione di *annullamento* dell'atto negativo<sup>32</sup> consentirebbe, anche in forza della c.d. «*clausola di esecuzione anticipata*» di cui all'art. 34, co. 1, lett. e) c.p.a. – che prevede la possibilità, per il giudice, con sentenza di merito, di adottare «*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*» – di configurare la nomina del commissario *ad acta*, che operi in luogo dell'Amministrazione, già in

29 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo*, cit., 178; ID., *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, III, 2011, 1104 e 1106; A. CARBONE-F. PIGNATIELLO, *Le azioni*, cit., 198. A favore dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo si è espresso M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2005, 595-599.

30 In giurisprudenza ammette la configurabilità di un'azione di *condanna pubblicistica* (c.d. azione di esatto adempimento) Cons. Stato, Ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, sub 3.1, sub 6.4.1.

31 A. CARBONE, *Dubbi e incertezze*, cit., 1106. Ravvisava la possibilità di configurare un'azione di condanna all'adempimento già F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione di adempimento*, in *Jus*, 1965, 168. Afferma nettamente la configurabilità di un'azione di *condanna* all'adempimento analoga alla *Verpflichtungsklage* anche M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 572; ID., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, *passim*. Anche S. MURGIA, *Crisi del processo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1996, afferma che il giudizio sul silenzio dovrebbe «[...] condurre all'individuazione di una sentenza non di accertamento, bensì "di condanna a provvedere" a carico dell'amministrazione, giacché ciò che potrebbe realizzare l'interesse del privato non è la semplice "dichiarazione" del suo diritto ad ottenere la decisione amministrativa, ma l'ordine giurisdizionale di provvedere» (288-289). Approfondisce la tutela avverso il silenzio, anche sotto il profilo dell'evoluzione giurisprudenziale G. MARI, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, I, Milano, 2013, 219-260.

32 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo*, cit., 187. Cfr. ID., *Pluralità di azioni e tutela di mero accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2013, 893-894 e *passim*.

sede di cognizione, anche nel caso di proposizione contestuale dell'azione di annullamento dell'atto negativo<sup>33</sup>, oltre che nella fattispecie del silenzio<sup>34</sup>.

La configurabilità della pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio come sentenza di condanna sembrerebbe confermata, peraltro, dalle modifiche apportate dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, all'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a., che qualifica l'azione di adempimento espressamente in termini di *condanna*. Questo dato letterale, tuttavia, non sembra significativo se si considera che anche nella fattispecie di cui all'art. 31, co. 1, c.p.a., il legislatore ha qualificato come dovere di provvedere il dovere di concludere il procedimento con una pronuncia espressa<sup>35</sup>.

Si dubita, tuttavia, della riconducibilità dell'*ordine* giurisdizionale di provvedere<sup>36</sup>, che discende dall'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta

---

33 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo*, cit., 187.

34 Con riguardo all'azione sul silenzio, l'art. 117 c.p.a., infatti, dispone che «il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni» (co. 2). «Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata» (co. 3). «Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario» (co. 4).

35 Rileva, infatti, F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 499-501 e 499, nota 77, che, nella fattispecie di cui all'art. 31, co. 1, c.p.a. il legislatore, per riferirsi all'obbligo di concludere il procedimento con una pronuncia espressa, ha utilizzato, impropriamente, l'espressione *accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*.

36 Evidenziano il rilievo dell'*ordine* giurisdizionale di provvedere F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione di adempimento*, in *Jus*, 1965, 168; S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1996, 288-289; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa*, cit., 586-587. Sul contenuto *ordinatorio* della sentenza di annullamento v. 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, 111, il quale afferma che se: «[...] il dovere fosse funzionale all'interesse pubblico e privo di destinatari determinati, sarebbe coerente quella giurisprudenza che teorizza che il giudicato amministrativo "opera sulla situazione di una sola delle parti" (cioè, la p.a.), e così pure, come a suo tempo si è visto, quella dottrina che nega il carattere giurisdizionale ed esecutivo del giudizio di ottemperanza. Altrettanto consequenziale dovrebbe allora essere la perdurante attualità della prospettiva chiovendiana, secondo cui "il singolo come tale non ha che pura azione" e la giurisdizione del giudice amministrativo è "giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno". Sennonché, se il giudicato operasse su una sola delle parti, sarebbe seriamente discutibile la qualificazione giurisdizionale dell'organo pronunciante, e nondimeno sarebbe difficilmente teorizzabile la natura di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, senza dire della sua conformità al modello costituzionale di pienezza della tutela». Sul giudizio di ottemperanza v. anche R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, III, 1989, 369-399; A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, I, 1645-1653; M. MAFFEZZONI, *Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, II, 1987, 2851-2861; ID., *Il commissario ad acta organo*

in giudizio, ad una pronuncia di condanna in senso proprio se si considera che l'effetto tipico della sentenza di condanna sia la costituzione di un titolo esecutivo. Non sembra sufficiente, infatti, ai fini della configurabilità dell'azione in esame come una tutela di condanna atipica, l'applicabilità, anche nel giudizio amministrativo di legittimità, dell'istituto civilistico dell'*astreintes*<sup>37</sup>. L'accoglimento di una tale ricostruzione, infatti, implicherebbe una identificazione delle prestazioni con i mezzi di tutela previsti dall'ordinamento per le stesse, che non sembra sostenibile<sup>38</sup>, poiché «*esistono figure giuridiche diverse, ma che pure godono di uguali forme di protezione*»<sup>39</sup>, come nel caso della tutela risarcitoria, che è ammessa tanto per la tutela dei diritti soggettivi quanto per quella degli interessi legittimi<sup>40</sup>.

Se si considera, tuttavia, la sfera giuridica delle parti, a seguito dell'accoglimento del ricorso, potrebbe ritenersi che l'accoglimento della domanda di adempimento, producendo l'effetto di costituire la legittimazione a ricorrere per l'ottemperanza, sia equiparabile all'accoglimento dell'azione di condanna, produttiva di un titolo esecutivo<sup>41</sup>. Questa configurazione, però, non sembra

*del giudice dell'ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1986, I, 296-321; E. CANNADA BARTOLI, *Il ritorno del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1987, 980-982; G. FARINA, *Discriminazione della giurisdizione e giudizio amministrativo di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1987, 421-423. Sugli effetti conformativi delle sentenze del giudice ordinario v. M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, 242-260.

37 Nella dottrina civilistica propone il superamento della concezione tradizionale che riconduce la tutela di condanna alla costituzione di un titolo esecutivo A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 632. Riconduce la tutela di condanna non solo alla dichiarazione giurisdizionale del rapporto obbligatorio, ma anche al potere di attivare il processo esecutivo L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, 20. Con riguardo alle sentenze di mero accertamento rileva, invece, G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 191: «*Il nome di sentenze di mero accertamento [...] comprende lato sensu tutti i casi in cui la sentenza del giudice non può aver seguito d'esecuzione forzata*».

38 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 92-93; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 124.

39 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 93.

40 F. VOLPE, *ibidem*.

41 Rileva F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in F. FRANCIOSI-M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 136, che nei casi in cui «*[...] la parte del processo che deve dare esecuzione alla sentenza mantenga un potere sulla questione oggetto del giudizio [...] un giudice dotato di giurisdizione di merito può adattare le modalità di esecuzione al comportamento dell'amministrazione successivo alla sentenza, adottando un atto che, nel pieno rispetto di quanto già definito in sentenza, ne consenta l'esatto adempimento*».

condivisibile, poiché nell'esecuzione forzata in forma specifica la prestazione «con cui l'obbligato risponde non può mai coincidere con l'evento di cui risponde»<sup>42</sup>. La tutela di condanna, in altri termini, costituendo il titolo per procedere all'esecuzione in forma specifica, realizza il nesso tra diritto sostanziale e processo per mezzo del quale il diritto sostanziale viene attuato<sup>43</sup>, per lo più creando, in luogo della prestazione originaria, una prestazione secondaria, suscettibile, essa soltanto, di esecuzione forzata<sup>44</sup>. Nel processo amministrativo, invece, la legittimazione a ricorrere in ottemperanza è un effetto proprio di qualsiasi accertamento, compreso quello sotteso alla pronuncia costitutiva di annullamento, in quanto strumento idoneo a garantire la realizzazione degli effetti conformativi e ripristinatori della sentenza avente ad oggetto la medesima prestazione originaria. Fer-

---

*È in questo frangente della giurisdizione che è possibile "completare" il giudizio di cognizione, nel senso che il giudice potrà adattare il decisum all'effettivo stato attuale dei fatti. In questo senso il giudice dell'ottemperanza esercita poteri di cognizione per dare corretta esecuzione alla sentenza: un continuum tra accertamento giudiziale ed esecuzione, rafforzato da un tipo di giurisdizione (di merito) che consente al giudice di realizzare la piena soddisfazione del ricorrente».*

L'impossibilità di equiparare il giudizio di ottemperanza al processo esecutivo è evidente se si considera che nel processo di esecuzione la cognizione del giudice è solo eventuale, ossia nel caso di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi. Sulla natura mista del giudizio di ottemperanza v. anche G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, II, Milano, 2013, 458-463. Sul giudizio di ottemperanza v. F. FRANCIOSI, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in ID., *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 225-226; A. STORTO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in F. FRANCIOSI-M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 139-180; C. DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1243 s. Per un raffronto tra il giudizio di ottemperanza e il processo esecutivo v. G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, II, 650-663, 667-668.

42 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. II: struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 68.

43 La sentenza di condanna è ricondotta a presupposto dell'esecuzione da A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1997, 96. Sul rapporto tra sentenza di condanna e processo esecutivo v. L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, 19-28; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 222-223: «[...] insegna la prevalente dottrina del processo civile, che il nucleo centrale della sentenza di condanna, quale emerge dai dati positivi, è costituito dalla sua idoneità a dar vita all'azione esecutiva o, anche, con più specifico riguardo alla correlazione fra diritto sostanziale e processo, che in materia civile la condanna significa proprio l'assoggettamento del debitore alle misure esecutive, quali sono previste dalla legge per l'obbligazione cui egli non ha adempiuto. L'esecuzione forzata è quindi possibile sia nella forma dell'espropriazione (artt. 2910 ss. c.c.; artt. 483 ss. c.p.a.), sia nelle tre forme specifiche regolate rispettivamente dagli artt. 2930 c.c. e 605 ss. c.p.c. (esecuzione forzata per consegna e rilascio), 2931 c.c. e 612 ss. c.p.c. (esecuzione forzata di obblighi di fare), 2933 c.c. e 612 c.p.c. (esecuzione forzata di obblighi di non fare)».

44 E. BETTI, *op. ult. cit.*, 70.

mo restando che, comunque, l'accoglimento del ricorso, nel processo amministrativo, è idoneo a costituire titolo per procedere all'esecuzione nei soli casi di condanna al pagamento di una somma di denaro, ai sensi dell'art. 115, co. 2, c.p.a. Ciò che consente, perciò, di escludere che l'azione di adempimento di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c) c.p.a. possa considerarsi una sentenza di condanna sembra essere proprio il fatto che il contenuto precettivo di quest'ultima ha ad oggetto una prestazione diversa rispetto a quella originaria, che non è suscettibile di esecuzione forzata diretta, ma solo della c.d. esecuzione indiretta, per coazione<sup>45</sup>. Nella tutela di adempimento in esame, invece, non può che esservi un'identità tra la prestazione *primaria* e quella *sanzionatoria*<sup>46</sup>, non potendo, l'effetto conformativo, avere per contenuto una prestazione diversa rispetto a quella inadempita<sup>47</sup>, anche se la sua soddisfazione è rimessa al giudizio di ottemperanza.

Pertanto, la tutela di adempimento, in quanto riflesso dell'effetto conformativo formatosi sull'accertamento dell'esistenza dell'obbligazione provvedimento, sembra caratterizzarsi per il fatto che il precetto *secondario*, *sanzionatorio*, imponga che, nel caso di mancato adempimento della prestazione *primaria* da parte dell'Amministrazione, tale medesima prestazione venga ugualmente eseguita, così come dovuta, da un soggetto terzo<sup>48</sup>: il giudice, per mezzo del commissario *ad acta*, sempre che l'istanza di nomina di quest'ultimo sia stata proposta dal ricorrente. In forza di questa coincidenza del precetto secondario con il precetto primario, sotto il profilo della prestazione dovuta, sembra, quindi,

---

45 Testualmente E. BETTI, *op. ult. cit.*, 69.

46 Sulla nozione di prestazione *primaria* e prestazione *secondaria sanzionatoria* nel senso esposto v. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 71. Riconduce l'azione di adempimento all'adempimento del dovere inerente al rapporto originario F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 61-62.

47 Sulla possibilità che il precetto relativo al *debito* (o *obbligo primario di prestazione*) e il precetto relativo alla *responsabilità* siano contenuti in un unico precetto v. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 65. Sulla natura giuridica del rapporto obbligatorio v. anche M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto privato*, I, Torino, 1939, 266-280.

48 E. BETTI, *op. ult. cit.*, 71-72.

possibile inquadrare la tutela in esame non come una condanna in senso proprio, ma come una esecuzione forzata per surrogazione in forma specifica.

Questa surrogazione in forma specifica, tuttavia, non consente al ricorrente vittorioso di conseguire direttamente l'utilità aspirata. Se così fosse, infatti, la fattispecie in esame sarebbe riconducibile all'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 cod. civ., in quanto esercizio, da parte del ricorrente, di un diritto potestativo<sup>49</sup>, avente per contenuto un credito a che l'autorità giurisdizionale produca il mutamento giuridico<sup>50</sup>. Questa soluzione, nel caso di specie, non sembra appunto condivisibile in forza del fatto che la sentenza di accoglimento della domanda di adempimento non è direttamente costitutiva la modificazione giuridica. Il conseguimento dell'utilità sostanziale per mezzo dell'attività sostitutiva del giudice, infatti, è eventuale, poiché subordinato all'accertamento, successivo all'accoglimento nel merito della domanda, dell'ulteriore inadempimento da parte dell'Amministrazione entro il termine assegnato per l'ottemperanza con la sentenza che definisce il giudizio. Suddetta surrogazione in forma specifica, proprio per la mancata immediata soddisfazione della prete-

---

49 Sostiene che il mutamento giuridico sarebbe dato non dalla sentenza costitutiva, ma dal peculiare contenuto della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (diritto potestativo), per cui la modificazione giuridica non sarebbe prodotta dalla sentenza in quanto atto di *esecuzione* della legge, ma dalla legge stessa, rispetto alla quale la sentenza, in quanto accertamento della preesistente volontà di legge (volontà che si produca un mutamento giuridico), costituirebbe il fatto giuridico causativo dell'effetto G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965, 182-183. Sulla riconduzione dell'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità, in quanto processo costitutivo, a un diritto potestativo v. anche G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 98, nota 118. Sui diritti potestativi nel caso di inadempimento del contratto preliminare v. G. CHIOVENDA, *Dall'azione nascente dal contratto preliminare*, in ID., *Saggi*, cit., 109-119. Non condivide questa ricostruzione sull'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità, in quanto una identificazione dello stesso con il diritto potestativo all'annullamento dell'atto illegittimo consentirebbe il formarsi del giudicato solo sull'eliminazione del provvedimento, non impedendo una eventuale reiterazione dello stesso M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 83. Esclude che l'oggetto della pronuncia costitutiva sia un diritto potestativo, in quanto situazione giuridica soggettiva processuale, non idonea a passare in giudicato e non idonea ad assicurare al ricorrente vittorioso una utilità in futuro giudizio S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, *passim*.

50 Sembra ricondurre l'azione di adempimento alla tutela costitutiva di cui all'art. 2932 cod. civ. L. FERRARA, *La meta? Sentenza cognitiva con effetti esecutivi*, in *Guida al Diritto – Dossier*, IX, 2011, 112-113. Sull'inadempimento del contratto preliminare, nella dottrina civilistica, v. L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

sa sostanziale, pare realizzarsi nelle forme di una fattispecie *a formazione progressiva*, da distinguersi a seconda che la soddisfazione della pretesa sostanziale si realizzi nello stesso giudizio di cognizione o in sede di ottemperanza. Si ritiene, infatti, che a seguito dell'accoglimento della domanda di adempimento proposta contestualmente all'*annullamento* dell'atto negativo, il ricorrente vittorioso, dopo l'accertamento della fondatezza della sua pretesa, possa ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo solo in sede di ottemperanza – che sembra potersi considerare una prosecuzione del giudizio di legittimità<sup>51</sup> – non essendo possibile, nello stesso giudizio di legittimità, una tutela diretta del credito provvedimentoale, come, invece, è possibile nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva<sup>52</sup>. Nel caso, invece, in cui la stessa azione fosse proposta contestualmente all'azione sul silenzio<sup>53</sup> (di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. a), n. 3), il potere di agire per l'ottemperanza è esercitabile, ai sensi dell'art. 117, co. 3, c.p.a. – che dispone che il giudice può nominare «*un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata*» – già in sede di legittimità, anche se gli effetti del suo esercizio, in conformità allo schema della fattispecie *a formazione progressiva* proprio anche del giudizio di ottemperanza, sono comunque sottoposti alla condizione sospensiva dell'accertamento del protrarsi dell'inadempimento dell'Amministrazione.

---

51 L'accoglimento della domanda di adempimento, pertanto, nel caso di persistente inadempimento, consente il realizzarsi della modificazione giuridica anche attraverso il giudizio di ottemperanza – nel caso in cui l'azione di adempimento fosse proposta contestualmente all'azione di *annullamento* dell'atto negativo – che, soprattutto in ragione del suo carattere non solo esecutivo, ma anche cognitivo, può considerarsi una prosecuzione del giudizio di legittimità. Sul punto v. C. CALABRÒ, *L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1167-1191.

52 Ravvisa nella pronuncia del giudice dell'ottemperanza un coelemento costitutivo di una fattispecie a formazione progressiva S. GIACCHETTI, *Un nuovo abito per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1979, 2623. A riguardo del giudizio di ottemperanza rileva, inoltre, F. MANGANARO, *ibidem*. «È in questo frangente della giurisdizione che è possibile "completare" il giudizio di cognizione, nel senso che il giudice potrà adattare il *decisum* all'effettivo stato attuale dei fatti. In questo senso il giudice dell'ottemperanza esercita poteri di cognizione per dare corretta esecuzione alla sentenza: un continuum tra accertamento giudiziale ed esecuzione, rafforzato da un tipo di giurisdizione (di merito) che consente al giudice di realizzare la piena soddisfazione del ricorrente».

53 Sul giudizio relativo alla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio v. S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 321-324.



Per tali motivi, l'azione di adempimento, nella fattispecie in esame, non sembra potersi considerare una sentenza sostitutiva di provvedimento, in quanto il giudice può surrogarsi all'Amministrazione, assicurando al ricorrente vittorioso la soddisfazione della propria pretesa sostanziale attraverso l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo inadempito, solo in un momento successivo al prodursi degli effetti conformativi, dati dall'*ordine* giurisdizionale di provvedere<sup>54</sup>. Non sembra potersi aderire, pertanto, a quell'orientamento che ravvisa nell'art. 34, co. 1, lett. e) c.p.a., nella parte in cui prevede, tra le pronunce di merito, la possibilità, per il giudice, di disporre «*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione*», un potere sostitutivo del giudice, in sede di legittimità, anche nel caso in cui l'azione di adempimento fosse proposta contestualmente all'*annullamento* dell'atto negativo.

La tutela degli interessi di tipo *pretensivo*, nel caso di specie, si realizza, perciò, per mezzo di una fattispecie *a formazione progressiva*<sup>55</sup>, caratterizzata da una scissione tra l'effetto dichiarativo, coperto dal giudicato, e l'effetto costitutivo. Quest'ultimo, infatti, è eventuale<sup>56</sup>, poiché se all'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio seguisse l'adempimento da parte dell'Amministrazione, la sentenza di accoglimento manterrebbe una natura meramente dichiarativa.

Se, quindi, l'accoglimento della domanda di adempimento si rivelasse un inidoneo strumento di coazione per il debitore, assumerebbe rilievo, nel siste-

---

54 Cfr. specifica S. RODOLFO MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, 120-121.

55 Sul *giudicato a formazione progressiva* afferma Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1937: «*Al giudice dell'ottemperanza è pertanto devoluto un potere di natura mista, tale da rendere il giudizio non assimilabile al processo esecutivo civile, essendo diretto non solo all'esecuzione del giudicato, vale a dire all'adeguamento della realtà materiale alla regola di diritto da questo stabilita per il caso concreto, ma anche una prodromica attività di cognizione avente lo scopo di definire e se del caso specificare tale regola (come affermato dall'Adunanza plenaria, nella sentenza 15 gennaio 2013, n. 2, e da ultimo ribadito dalla IV sez., nella sentenza 23 aprile 2013, n. 2260, da questa sez., nella sentenza 12 novembre 2013, n. 5380, e dalla VI sez., nelle sentenze 26 giugno 2013, n. 3517 e 28 gennaio 2014, n. 428)*» (sub 6).

56 Sugli effetti costitutivi della sentenza v. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 53-55.

ma di tutela, una norma processuale distinta e successiva, sotto il profilo logico, rispetto a quella impositiva del dovere del giudice di accogliere nel merito il ricorso per l'adempimento<sup>57</sup>. La tutela di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., pertanto, sotto il profilo strutturale, sembra scomponibile in due distinte fattispecie, i cui elementi si realizzano, rispettivamente, in momenti successivi: una *preliminare*, data dall'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, che costituisce una *frazione* della fattispecie definitiva<sup>58</sup>, a cui segue l'obbligo, del giudice, di accogliere la domanda nel merito; e una *definitiva*, dove l'ulteriore inadempimento dell'Amministrazione consente l'integrarsi di una fattispecie complessa volta alla produzione di effetti costitutivi c.d. definitivi, dati dall'emanazione di una sentenza sostitutiva di provvedimento.

#### 4. L'azione di adempimento come *risarcimento* o *tutela* in forma specifica

La tutela di adempimento non sembra potersi ravvisare nel solo combinato disposto di cui agli artt. 31 co. 3 e 34 co. 1 lett c) c.p.a. Anche in altri casi, infatti, il giudice può *ordinare* all'Amministrazione di emanare un determinato provvedimento favorevole al ricorrente, come nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto o nel caso di mancato o non corretto adempimento dell'obbligo che discende dalla determinazione dell'organo che precede la stipula di un accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento.

---

<sup>57</sup>La fattispecie costitutiva della norma processuale che impone al giudice di pronunciare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio non coincide, perciò, con la fattispecie della diversa norma attributiva del potere, al giudice, di surrogarsi all'Amministrazione, ma è costituita da una frazione di essa, posto che la formazione progressiva può ravvisarsi solo tra fattispecie produttive di un autonomo effetto giuridico – dato, nel caso di specie, dalla produzione di situazioni giuridiche processuali in capo al giudice – e non tra gli effetti prodotti dalle norme cui le rispettive fattispecie si riferiscono. Sul punto v. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1978, 127. Nel processo civile, una sorta di scissione tra la fase di accertamento e la fase costitutiva, con riguardo al caso della divisione giudiziale della cosa comune, è ravvisata da C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 227-228.

<sup>58</sup>L'efficacia dichiarativa della sentenza di accoglimento, tuttavia, non può assumere un rilievo strumentale rispetto alla produzione dell'effetto finale costitutivo, ma rappresenta essa stessa un singolo effetto definitivo, che sorge istantaneamente, nel momento in cui si siano realizzati tutti gli elementi della rispettiva fattispecie. Sul punto v. D. RUBINO, *op. ult. cit.*, 126-128.

Sebbene nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, il giudice possa *ordinare* all'Amministrazione appaltante di aggiudicare l'appalto al ricorrente vittorioso o, addirittura, emanare una sentenza sostitutiva di provvedimento, nel caso in cui il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione fosse accompagnato dalla domanda di conseguire il contratto, tale forma di tutela non coincide con quella di cui agli artt. 34 co. 1 lett c) e 31 co. 3 c.p.a. Innanzitutto, infatti, la domanda presupposta dall'azione di adempimento, in materia di appalti, non ha una efficacia meramente dichiarativa, ma produce effetti costitutivi caducatori. Per tali motivi, l'*ordine* di aggiudicare l'appalto al ricorrente vittorioso non sembra trovare fondamento negli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c), ma, piuttosto, nel risarcimento in forma specifica di cui all'art. 30, co. 2 c.p.a. che, richiamando l'art. 2058 cod. civ., consente al ricorrente di «*chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile*»<sup>59</sup>. Essendo, infatti, la materia degli appalti riconducibile alla giurisdizione esclusiva, in forza dell'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1), non sembrano sussistere limiti alla possibilità di accertare direttamente l'esistenza del credito provvedimentale all'aggiudicazione, in sede di legittimità, che impediscano di configurare la tutela in esame come un risarcimento in forma specifica. Questa particolare estensione dei poteri del giudice, che si sostanzia in una tutela diretta del credito, non è comunque di ostacolo alla qualificazione del risarcimento in forma specifica come azione di adempimento, poiché non appare impossibile attuare il legittimo assetto degli interessi posto dal legislatore anche per mezzo della soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente in tutti i casi in cui l'illegittimità sostanziale del provvedimento rileva come fatto illecito presupposto della tutela inibitoria, che non prescinde, perciò, dalla sussistenza del danno e dalla condotta colposa dell'Amministrazione. In altri termini, alla luce di alcune ricostruzioni elaborate dalla dottrina civilistica, sembra che la tutela risarcitoria possa

---

<sup>59</sup> Art. 2058, co. 1, cod. civ.

fungere da rimedio inibitorio in tutti i casi in cui la fonte del pregiudizio rappresenti essa stessa un danno<sup>60</sup>, come nel caso dell'aggiudicazione illegittima.

Nell'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, il giudice può anche emanare una sentenza sostitutiva di provvedimento attraverso un sindacato che comporta una valutazione di opportunità della prestazione, non dissimile da quella operata dal giudice amministrativo in sede di risarcimento in forma specifica, ai sensi degli artt. 30, co. 2 c.p.a. e 2058 cod. civ. La possibilità, per il giudice amministrativo, di operare una valutazione di questo tipo risulta dagli artt. 121, 122, c.p.a., richiamati dall'art. 124 c.p.a., che disciplina la *tutela in forma specifica e per equivalente*. L'art. 124, co. 1, in esame, infatti, dispone che «*l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122*». Inoltre, «*se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*». In materia di appalti, quindi, sembra che una valutazione estesa all'opportunità della prestazione sia necessaria, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., laddove il ricorrente, oltre a conseguire l'aggiudicazione, proponga una domanda di subentro nel contratto già stipulato. Gli artt. 121 e 122 c.p.a., che disciplinano i casi di inefficacia del contratto, rispettivamente, nel caso di violazioni gravi e negli altri casi, pertanto, subordinano la dichiarazione di inefficacia del contratto ad un bilanciamento di interessi alla luce dei criteri indicati dalle norme stesse. L'art. 121 c.p.a., in particolare, oltre ad elencare, al co. 1, i casi di violazioni gravi che imporrebbero di dichiarare il contratto inefficace, subordina, nello stesso co. 1, primo periodo, suddetta dichiarazione di inefficacia alle «*deduzioni delle parti e alla valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto*», che possono limitare la declaratoria di inefficacia alle prestazioni ancora da eseguire o farla operare in via retroattiva. Al co. 2, invece, si dispone che «*il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di*

---

60 A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica: oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 328.

*esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro del contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia». Il co. 5 dello stesso art. 121, poi, riduce ulteriormente i casi in cui il giudice può dichiarare l'inefficacia del contratto, disponendo che «la inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b)». L'art. 122 c.p.a., che disciplina l'inefficacia del contratto nei casi di violazioni non gravi, dispone, poi, che «fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123 comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti,*

*dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta».*

Questa tutela in forma specifica di cui agli artt. 121, 122, 124 c.p.a., che consente al ricorrente vittorioso di conseguire direttamente la soddisfazione della pretesa sostanziale, come nel caso di cui all'art. 2932 cod. civ., in materia di contratti, sembra possibile, sostanzialmente, in forza dell'art. 34 co. 1 lett. c) che, nel disciplinare le sentenze di merito, ammette la possibilità, per il giudice, in sede di legittimità, non solo di disporre le misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 cod. civ.<sup>61</sup>, ma anche di adottare le «*misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*».

Senza entrare nel merito della natura giuridica degli accordi di cui all'art. 11 legge 7 agosto 1990, n. 241, infine, si rileva come la letteratura si sia espressa, in materia di accordi sostitutivi o integrativi di provvedimento, oltre che sulla possibilità di esperire l'azione di adempimento ai sensi degli artt. 31, co. 3, e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo rimasto inadempito, anche a favore dell'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ.<sup>62</sup>. L'applicabilità di questa disposizione civilistica alla materia degli accordi – in via diretta da parte di chi qualifica gli accordi come veri e propri contratti oppure in via analogica da parte di coloro che invece non li reputano tali<sup>63</sup> – ha trovato fondamento non solo nel co. 2, secondo periodo dello stesso art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui dispone che agli accordi «*si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili*», ma anche nell'art. 1323 cod. civ., in forza del quale «*tutti i contratti,*

---

61 Ritiene che «[...] potrebbe ritenersi che gli artt. 121 e 122 c.p.a. non derogano alla normale funzione decisoria del giudice, ma semplicemente conferiscano al g.a. un potere analogo a quelli attribuiti al giudice civile, ad esempio, dalle norme di cui agli artt. 2058 o 844 cod. civ.» A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2014, da 437.

62 M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, I, 2010.

63 Testualmente M. RENNA, *op. ult. cit.*, 32.

*ancorchè non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute” nel titolo II del libro IV del codice, intitolato, appunto “dei contratti in generale”»<sup>64</sup> e nell’art. 1 co. 1 bis della l. 7 agosto 1990, n. 241, così come modificato dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, in forza del quale «la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente»<sup>65</sup>.*

Un ulteriore riferimento significativo, al fine di affermare l’applicabilità dell’art. 2932 cod. civ. alla materia degli accordi è ravvisabile nella riconducibilità di tali fattispecie alla giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133 co. 1 lett. a) n. 2) che, come già rilevato, consente al giudice di conoscere direttamente delle situazioni giuridiche facenti capo al privato e, perciò, di garantire una immediata soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente. Alla luce di questi rilievi non sembra sussistere alcun impedimento all’esperibilità dell’azione di adempimento nella materia degli accordi, non solo ai sensi degli artt. 31 co. 3 e 34 co. 1 lett. c) c.p.a., sia pur limitatamente alle ipotesi di inerzia provvedimentoale, ma anche nelle forme del *risarcimento* in forma specifica o dell’*esecuzione* in forma specifica di cui, rispettivamente, agli artt. 30, co. 2, che richiama l’art. 2058 cod. civ. e 34, co. 1, lett. c) che, nell’ammettere la possibilità, per il giudice, di adottare «delle misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio», sembra consentire l’emanazione di una sentenza sostitutiva almeno nei casi di giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133 c.p.a.

L’azione di adempimento, nel sistema di giustizia amministrativa, pertanto, sembra rappresentare un rimedio atipico, suscettibile di sostanziarsi nell’una o nell’altra forma di tutela, a seconda della fattispecie concreta sottoposta all’esame dell’autorità giurisdizionale.

---

64 M. RENNA, *ult. op. cit.*, 30.

65 M. RENNA, *ult. op. cit.*, 36.

## 5. I limiti dell'azione di adempimento rispetto al principio di divisione dei Poteri

I limiti dell'azione di adempimento sembrano potersi cogliere soprattutto con riguardo ai casi di surrogazione in forma specifica di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a. Il primo limite, infatti, è ravvisabile nello stesso art. 31, co. 3, che dispone che il giudice non può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio nei casi di attività discrezionale o, nei casi di c.d. arresto procedimentale, qualora, pur andando la discrezionalità esaurendosi, sussistano margini di esercizio della medesima discrezionalità. La discrezionalità di cui alla disposizione in esame sembra essere solo quella amministrativa, e non anche quella tecnica, in forza, sostanzialmente, della previsione di cui all'art. 63 co. 4 c.p.a. che, ammettendo la possibilità, per il giudice, di disporre una consulenza tecnica non solo per «*l'accertamento di fatti*», ma anche per «*l'acquisizione di valutazioni*», non sembra escludere un sindacato sulla discrezionalità tecnica già nel giudizio di legittimità.

Nel definire la discrezionalità amministrativa, la letteratura sembra concordare nel ricondurla ad una valutazione comparativa di interessi relativi ad una concreta situazione di fatto, condotta sulla base delle c.d. regole della scienza dell'Amministrazione, che consentono all'Amministrazione di individuare la soluzione più idonea ad attuare gli scopi che l'ordinamento intende perseguire. Questa attività di determinazione della soluzione più idonea da applicare al caso concreto è compiuta dall'Amministrazione attraverso la formazione della «*norma (giuridica) che vincolerà, essa stessa, in un successivo momento logico, l'esercizio del potere provvedimentale*»<sup>66</sup> affidato dal legislatore al Potere esecutivo. Pertanto, ammettere un sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa, significherebbe riconoscergli la possibilità di determinare quando esistono e quando non esistono obbligazioni provvedimentali in capo all'Amministrazione e, perciò, quando sussiste il dovere di provvedere. Con il limite di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., quindi, il legislatore pare voler impedire non solo una

<sup>66</sup>F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 457.



commistione tra legittimità e merito e, perciò, tra Potere giurisdizionale e Potere esecutivo, ma, indirettamente, anche tra Potere giurisdizionale e Potere legislativo<sup>67</sup>. Con la conseguenza che, nella fattispecie data dal combinato disposto di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., in tutti i casi in cui l'attività discrezionale non sia esaurita, non sussiste alcuno spazio per l'utile esperimento dell'azione di adempimento, che sembra doversi rigettare in rito con una pronuncia di improcedibilità.

Un secondo limite all'azione di adempimento pare essere dato dall'art. 34, co. 2 c.p.a., che dispone che «*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati*»<sup>68</sup>. Tale disposizione sembra riferirsi all'azione di adempimento soprattutto prima delle modifiche apportate dal Secondo Corret-

---

67 Sulla rimessione al Potere esecutivo della determinazione del modo in cui perseguire un determinato fine eteroimposto dall'ordinamento v. F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 363. Sul rapporto tra la riserva di amministrazione e la legge v. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 323-332.

68 Tale disposizione, invero, non sembra riferirsi all'effettivo esercizio del Potere, coincidente con l'emanazione dell'atto. Osserva, a questo riguardo, M. TRIMARCHI, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm.-CDS*, IV, 2013, 1101: «*Il divieto non è [...] infranto quando il giudice, all'interno del rito sul silenzio, condanna l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, dal momento che l'inerzia protrattasi oltre i termini stabiliti dalla legge per provvedere costituisce un'ipotesi di esercizio illegittimo del potere e non di potere "non ancora esercitato"*». La disposizione in esame non sembra riferirsi neanche all'esercizio effettivo della discrezionalità da parte dell'autorità giurisdizionale (*Contra* Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996, *sub* 7.5; T.A.R. Trento (Trentino Alto Adige), Sez. I, 9 marzo 2012, n. 74) poiché, se così fosse, oltre ad implicare una identificazione dell'esercizio della discrezionalità con l'esercizio del Potere – che non pare sostenibile in forza della dimostrata antecedenza dell'esercizio della discrezionalità rispetto all'esercizio del potere, che coincide con l'emanazione dell'atto (v. F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 92-94) – si verrebbe a configurare una sostanziale sovrapposizione tra l'art. 34, co. 2 e l'art. 31, co. 3, c.p.a., che, limitatamente alla domanda di adempimento, dispone che «*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*». Con la conseguente perdita, da parte dell'art. 34, co. 2, c.p.a., del suo contenuto precettivo. Sul punto v. M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1100-1101 che, con riguardo all'impossibilità di identificare il limite del *potere non ancora esercitato* con l'esercizio della discrezionalità afferma: «*Questa interpretazione ha il difetto di snuotare la norma di ogni contenuto precettivo. Che il giudice non possa condannare l'amministrazione all'adozione di provvedimenti discrezionali è, infatti, quanto espressamente previsto dagli artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c; e non avrebbe dunque alcun senso trarre un precetto dello stesso tenore dal divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati. È da escludere, dunque, che quest'ultimo attenga alla limitazione dei poteri cognitori del giudice amministrativo a fronte di margini di discrezionalità in capo alla p.a.*». Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 338-339.

tivo al c.p.a. quando la mancata previsione del cumulo di domande di cui all'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a. avrebbe potuto consentire al ricorrente di rivolgersi al giudice con un ricorso per la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (*ex art. 31, co. 3 c.p.a.*) a prescindere dall'accertamento dell'inadempimento del medesimo obbligo, in forza dell'art. 31, co. 1 c.p.a. Chiarito, perciò, come tale limite sia da riferirsi all'impossibilità, per il giudice, di pronunciarsi nel merito della domanda prima che sulla stessa fattispecie l'autorità amministrativa abbia avuto l'*occasione* di esercitare il Potere, sembra potersi ritenere che, oggi, tale limite sia intrinseco alla previsione del cumulo di domande di cui all'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a., poichè l'*annullamento* dell'atto negativo o il giudizio avverso il silenzio, a prescindere dall'esito cui tale accertamento potrebbe condurre, sembrano già rappresentare una verifica dell'*occasione*, offerta all'Amministrazione, di provvedere, rispetto alla quale essa è rimasta inerte o si è espressa con un atto negativo.

Se, quindi, la norma stabilisce «*il principio secondo cui, dove vi è una competenza amministrativa, questa non può essere esautorata dall'autorità giudiziaria, il cui intervento è sempre e necessariamente successivo a quello dell'amministrazione*»<sup>69</sup>, sembra che il limite in esame assuma un rilievo significativo in tutti i casi in cui a fondamento dell'azione di *annullamento* dell'atto negativo, proposta contestualmente all'azione di adempimento, sia dedotto il vizio di incompetenza contestualmente ad altri vizi. La giurisprudenza, infatti, affrontando il problema dell'assorbimento, connesso alla possibilità di graduare i motivi del ricorso, ha evidenziato come quest'ultima facoltà sia preclusa nel caso in cui fosse dedotta, contestualmente ad altri vizi, una censura relativa all'incompetenza che, in quanto «*vizio dell'organizzazione e non della funzione amministrativa*», non solo sfugge alla facoltà di graduazione dei motivi del ricorso<sup>70</sup>, ma ha un carattere assorbente rispetto agli altri vizi di legittimità tanto nel caso di attività discrezionale, quanto in quello in cui l'attività fosse vincolata. Se l'azione di *annullamento* dell'atto negativo fosse

---

69 M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1102.

70 V. per tutti Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5., *sub* 8.2.

accolta in virtù della violazione di norme relative al contenuto del provvedimento, oltre che per incompetenza, infatti, si incorrerebbe in una violazione del principio del contraddittorio, oltre che dell'art. 2909 cod. civ. relativo ai limiti soggettivi del giudicato, poiché gli effetti conformativi si produrrebbero in capo ad un organo (competente) rimasto estraneo al giudizio di legittimità<sup>71</sup>. Pare irrilevante, a questo riguardo, la teoria della c.d. *immedesimazione organica*<sup>72</sup>, che potrebbe condurre a sostenere che l'atto emanato dall'organo incompetente sia imputabile non all'organo, ma all'ente, cui tanto l'organo competente quanto quello competente appartengono<sup>73</sup>. In questo senso, quindi, il potere potrebbe considerarsi esercitato dall'autorità competente anche se l'atto fosse emanato da un organo incompetente. Queste conclusioni, tuttavia, si oppongono alla previsione di cui all'art. 97, co. 2 e 3 Cost.<sup>74</sup>, poiché, ammettere l'esercizio del potere da parte di un organo incompetente, come rilevato dal Cons. Stato, Ad. pl., significherebbe incidere nell'inderogabilità dell'*ordine legale* delle competenze<sup>75</sup>. Alla luce di questi rilievi, sembra che anche l'art. 34, co. 2, c.p.a. in esame, in quanto norma di chiusura del sistema, che vieta al giudice di dettare le

71 Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5, *sub* 8.3.1. Sul prodursi degli effetti conformativi in capo ad un'autorità non partecipante al giudizio di legittimità, nel caso in cui in una domanda di annullamento fosse dedotto il vizio di incompetenza contestualmente ad altri vizi v. Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 73; Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato, Sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5060. In dottrina cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. it.*, III, 1996, 161-162. *Contra* M.R. SPASIANO, *L'assorbimento dei motivi nell'evoluzione del processo amministrativo*, in F. FRANCARIO-M.A. SANDULLI (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019, 172-175.

72 Esclude la responsabilità dell'Amministrazione quando la stessa non possa trovare fondamento nella identità soggettiva tra le persone che esplicano l'attività amministrativa e l'ente pubblico G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1939, 377-378. Definisce l'ente come *centro di riferimento* degli interessi pubblici F.G. COCCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2019, 116. Altri Autori, invece, lo riconducono ad un *centro di potere*, come, ad esempio: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 82. Sul problema della soggettività v. C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, VI, 1932, 251-330.

73 Ritene irrilevante che in giudizio partecipi un organo diverso rispetto a quello che avrebbe dovuto emanare l'atto, in quanto a costituirsi in giudizio sarebbe la stessa Amministrazione nei cui confronti si produrrebbero gli effetti conformativi P. STELLA RICHTER, *Dopo il codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2012, 881.

74 Art. 97, co. 2: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»; co. 3: «Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».

75 Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5, *sub* 8.3.2.

regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non abbia ancora esercitato il proprio *munus*<sup>76</sup>, sia volto a salvaguardare, sostanzialmente, il principio di divisione dei Poteri e, in particolare, il confine tra Potere esecutivo e Potere giudiziario.

A ben vedere, però, anche la possibilità, per il giudice, di *sostituirsi* all'Amministrazione, già nel giudizio di cognizione, con la tutela di adempimento, riflette una sorta di invasione del Potere esecutivo da parte del Potere giurisdizionale. Anzi, poiché questi poteri sostitutivi del giudice rispetto all'Amministrazione sarebbero ammessi nei soli casi di giurisdizione estesa al merito, di cui all'art. 134 c.p.a.<sup>77</sup>, sembra che l'azione di adempimento abbia determinato uno spostamento del *confine* tra giudizio di legittimità e giudizio esteso al merito<sup>78</sup>, a favore del primo<sup>79</sup>, non attenendo più solo, il sindacato giurisdizionale, nel giudizio di legittimità, all'esame del *quomodo* dell'azione amministrativa, ma estendendosi all'*an* e al *quid*, sia pur nei soli casi individuati dalla legge ordinaria. Questo "ampliamento" dei poteri del giudice amministrativo, nel giudizio di le-

---

76 L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2016, 836: «L'enfaticizzato carattere "radicale" della "alterazione dell'esercizio della funzione pubblica" consiste, segnatamente, nel non aver ancora, l'autorità amministrativa competente, esercitato la sua funzione, con conseguente divieto, per il giudice, di prodursi in un sindacato precocemente teso, proprio perché preventivo, a pregiudicare il successivo esercizio del *munus* da parte dell'autorità amministrativa preposta». In giurisprudenza v. T.A.R. Napoli (Campania), Sez. III, 11 giugno 2020, n. 2326.

77 L'elemento caratterizzante la giurisdizione estesa al merito, infatti, non sembra essere tanto l'esercizio della discrezionalità amministrativa, da parte dell'autorità giurisdizionale, non ravvisabile nelle controversie relative agli atti e le operazioni in materia elettorale e nel giudizio sulla contestazione dei confini degli enti territoriali, di cui alle lett. b) e d) del co. 1 dell'art. 134 c.p.a., quanto la sostituibilità del giudice all'Amministrazione, ravvisabile in tutte le fattispecie indicate dallo stesso art. 134.

Riconduce la nozione di giurisdizione estesa al merito tanto alla possibilità, per il giudice, di sostituirsi all'Amministrazione determinando il contenuto del provvedimento da emanare quanto all'emanazione dello stesso in luogo dell'Amministrazione T.A.R. Trento (Trentino Alto Adige), Sez. I, 25 maggio 2020, n. 67; T.A.R. Roma (Lazio), Sez. I, 6 febbraio 2020, n. 1581; Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2020, n. 116; T.A.R. Trento (Trentino Alto Adige), Sez. I, 12 luglio 2019, n. 102.

78 Rileva F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 135, che l'ordinamento, nella giurisdizione estesa al merito, «[...] attribuisce al giudice poteri decisori talmente ampi da far dubitare della loro stessa natura giurisdizionale».

79 F. VOLPE, *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e di merito)*, in *giustamm.it*, XI, 2016. Cfr. F. MANGANARO, *op. ult. cit.*, 136.

gittimità<sup>80</sup>, tuttavia, sembra far seguito, in realtà, a quello già iniziato con l'attribuzione allo stesso del potere di annullamento<sup>81</sup>, poiché appare indubbio che l'autorità giurisdizionale, anche emanando sentenze costitutive, non può non incidere sulle funzioni proprie del Potere esecutivo. Infatti, il giudice, anche annullando il provvedimento, dispone una regolamentazione del rapporto diversa rispetto a quella introdotta dall'Amministrazione, e prevalente su quest'ultima.

Si rileva, infine, come il progressivo ampliamento della cognizione del giudice amministrativo, in sede di legittimità<sup>82</sup>, sia possibile in forza dell'assenza di limiti di rilievo costituzionale sulla tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito<sup>83</sup>, che permette al legislatore di modificare, a seconda delle esigenze del contesto storico e sociale in cui il sistema di tutela si inserisce, quelle garanzie sottese al principio di divisione dei Poteri nella sua tradizionale formulazione, con un conseguente indebolimento della protezione del privato a fronte all'autorità statale.

---

80 A riguardo del potere sostitutivo del giudice rileva G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2017, 1281: «In buona sostanza, all'ampliamento del potere sostitutivo del giudice, anche quello amministrativo, che finisce per operare come in un appello con effetto devolutivo pieno, spesso consegue una svalutazione del ruolo della pubblica amministrazione: dietro al principio di effettività della tutela sembra quindi celarsi un consistente spostamento dall'amministrazione al giudice del potere effettivo di disporre in ordine all'affare».

81 Emerge, perciò, un progressivo allontanamento della legge ordinaria dal principio di divisione dei Poteri, così come elaborato nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo, in cui il sistema di tutela del privato a fronte dell'autorità statale era garantito dallo strumento della disapplicazione, con cui il giudice, sindacando la legittimità dell'atto solo incidentalmente rispetto all'accertamento del diritto soggettivo lesso, non incideva sull'esercizio della funzione amministrativa. Ogni modifica o revoca dell'atto, infatti, era affidata alle sole *competenti autorità amministrative*. Cfr. G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 6-7.

Si ritiene che il Consiglio di Stato abbia definitivamente assunto il rilievo di autorità giurisdizionale con la previsione di cui all'art. 111, co. 8 Cost., ossia con il riconoscimento della possibilità di esperire ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, sia pur per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, essendo giurisdizionali tutte le autorità che pronunciano atti suscettibili di sindacato da parte della Corte.

82 Sulla commistione tra funzioni amministrative e giurisdizionali v. V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 269. Sull'esigenza di garantire il principio di divisione dei poteri con riguardo alle diverse funzioni dello Stato v. anche E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, 499-500.

83 F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, III, 2013, 496. L'Autore, a questo riguardo, evidenzia come, invece, i casi di giurisdizione esclusiva godano di una esplicita protezione costituzionale.



MELANIA D'ANGELOSANTE

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara  
*melania.dangelosante@unich.it*

**LA DISAPPLICAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI  
COME POSSIBILE ESITO DELLA RISOLUZIONE DEI  
CONFLITTI FRA PRECETTI AUTORITATIVI**

**THE DISAPPLICATION OF ADMINISTRATIVE ACTS AS A POSSIBLE  
CONSEQUENCE OF THE RESOLUTION OF CONFLICTS BETWEEN  
AUTHORITATIVE PRECEPTS**

SINTESI

Il saggio che qui si propone rappresenta il prodotto di un più ampio studio sulla disapplicazione degli atti amministrativi, come tecnica alternativa all'annullamento e alla declaratoria di nullità, sia da parte del giudice – soprattutto amministrativo – sia da parte della p.a. La ricerca tende a dimostrare che nel processo amministrativo può considerarsi praticabile, oltre alla disapplicazione *normativa*, avente a oggetto i regolamenti, anche quella degli atti generali e puntuali, pur se con alcuni limiti. Tende inoltre a evidenziare che per la p.a. la *disapplicazione* presenta maggiori frizioni rispetto al principio di legalità, ma va distinta dalla *non-applicazione*, la quale è invece praticabile senza particolari difficoltà dalla stessa amministrazione e dal giudice.

ABSTRACT

This essay is the result of a broader study on the disapplication of administrative acts, as an alternative technique to the annulment and the declaration of nullity, both by the judge - especially the administrative one - and by the public administration. The research tends to demonstrate that in the administrative process this activity can be considered practicable non only for the regulations, but also for general acts and punctual acts, albeit with some limits. However, the research also tends to highlight that, as far as the administrative function and administrative procedure are concerned, the *disapplication* is generally in

breach with the principle of legality, while the *non-application* is usually possible as a faculty which can be traced back to the administrative power already existing.

PAROLE CHIAVE: Disapplicazione – atti amministrativi – giudice amministrativo – pubblica amministrazione – teoria delle fonti

KEYWORDS: Disapplication – administrative acts – administrative judge – public administration – sources of law's theory

INDICE: 1. Una introduzione. – 2. L'origine e l'evoluzione del modello di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento italiano. – 3. La disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti. – 4. La disapplicazione del contenuto dei propri atti da parte della stessa amministrazione, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti. – 5. Le principali implicazioni e prospettive degli scenari tracciati, specialmente in riferimento alla teoria delle fonti del diritto e delle tecniche per comporne i contrasti reciproci, al principio di legalità e al principio di certezza del diritto.

## **1. Una introduzione**

Questo studio rappresenta il prodotto di una più ampia indagine sulla disapplicazione degli atti amministrativi<sup>1</sup>, come tecnica alternativa all'annullamento e alla declaratoria di nullità, sia da parte del giudice – soprattutto amministrativo – sia da parte dell'amministrazione.

Nell'ordinamento italiano la disapplicazione comporta, come noto, che in un caso specifico si possano paralizzare gli effetti di un atto amministrativo. Il potere è attribuito dalla legge al solo giudice ordinario e parzialmente a quello tributario. Altre autorità giurisdizionali, in particolare il giudice amministrativo, lo esercitano tuttavia in via pretoria.

La domanda fondamentale cui lo studio intende rispondere è se la disapplicazione degli atti amministrativi sia incompatibile con il processo amministrativo - fondato sulla centralità dell'azione costitutiva -, nonché con le tecniche di autotutela dell'amministrazione.

L'idea corrente è che i casi di disapplicazione ammessi dalla giurisprudenza amministrativa costituiscano un'eccezione giustificata dalla natura normativa degli atti disapplicati.

---

<sup>1</sup> Si v. M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.



Attraverso l'analisi della casistica, una concettualizzazione del tema diversa da quella comune e un approccio che privilegia il principio di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, la ricerca tende a dimostrare che nel processo amministrativo può considerarsi praticabile, oltre alla disapplicazione normativa, avente a oggetto i regolamenti, anche quella degli atti generali e puntuali, pur se con alcuni limiti.

Proprio l'esame della giurisprudenza amministrativa consente a sua volta di verificare che in qualche caso la disapplicazione è praticata anche direttamente dall'amministrazione. Questo fenomeno di "autodisapplicazione" è più diffuso di quanto si possa immaginare ed è ammesso dalla stessa giurisprudenza che permette di rilevarlo.

La ricerca si amplia quindi anche a questo campo e tende a evidenziare che per la p.a. la *disapplicazione* presenta maggiori frizioni rispetto al principio di legalità, ma va distinta dalla *non-applicazione*, la quale è invece praticabile senza particolari difficoltà dalla stessa amministrazione e dal giudice.

Non è ovviamente possibile, nel perimetro di questo contributo, dare spazio ai percorsi argomentativi che fondano tali affermazioni e che sono esposti nella ricerca più ampia da cui il saggio è tratto. Si cercherà a ogni modo di bilanciare la inevitabile assertività, che da ciò consegue, con una esposizione piana e comprensibile dei principali snodi logici del ragionamento, e con il necessario rinvio alle fonti di documentazione nelle note bibliografiche.

La struttura fondamentale dello studio consta di quattro sezioni: - l'esame dell'origine e dell'evoluzione del modello di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento italiano, con uno sguardo anche al processo di integrazione europea e alle relative implicazioni; - l'analisi della disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, e con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti; - l'indagine sulla disapplicazione del contenuto dei propri atti da parte della stessa amministrazione, pure in questo caso con uno

sguardo a quanto accade in altri ordinamenti; - la ricerca e la valutazione delle principali implicazioni e prospettive degli scenari tracciati, soprattutto in riferimento alla teoria delle fonti del diritto e delle tecniche per comporne gli eventuali contrasti reciproci, al principio di legalità e al principio di certezza del diritto.

## **2. L'origine e l'evoluzione del modello di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento italiano**

Il concetto di disapplicazione preso in considerazione dalla ricerca riguarda la tecnica processuale introdotta con le leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia per rispondere alla necessità di conciliare (a) le esigenze di tutela del cittadino avverso l'amministrazione e (b) la separazione fra il potere giurisdizionale e quello amministrativo.

Questa è la ragione per cui in quel contesto si è attribuita al giudice ordinario la potestà di ignorare *inter partes* gli effetti dell'atto amministrativo viziato, senza determinare conseguenze più stabili e impattanti sul potere esercitato dall'amministrazione<sup>2</sup>.

L'evoluzione e le trasformazioni dell'ordinamento – riferibili agli sviluppi del sistema di giustizia amministrativa, all'avvento della Costituzione repubblicana, e al processo di integrazione euro-unitaria – hanno tuttavia condotto all'emersione di più forme di disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo, a volte di creazione giurisprudenziale, anche in presenza di poteri di annullamento dell'autorità disapplicante sull'atto da disapplicare.

Ciò consente di 'sistemare' tali modelli sulla base di due coppie di variabili, vale a dire: (a) il fondamento normativo o pretorio del potere; e (b) l'esistenza o l'inesistenza, in capo alla autorità disapplicante, di una giurisdizione di annullamento o costitutiva sull'atto eventualmente disapplicato.

---

<sup>2</sup> Gli artt. 4 e 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo consentivano (e consentono) peraltro di distinguere la fattispecie della disapplicazione degli atti amministrativi lesivi di diritti (art. 4) da quella della disapplicazione degli atti amministrativi «*in ogni altro caso*» (art. 5).

Il giudice ordinario - in generale - e il giudice tributario - in alcuni casi - sono a esempio titolari del potere disapplicativo per attribuzione normativa in assenza di un potere di annullamento sull'atto. Ma il giudice ordinario e quello tributario sono talvolta contemporaneamente titolari, per specifica attribuzione normativa, sia del potere di disapplicazione sia del potere di annullamento, in via eccezionale. In un terzo gruppo di fattispecie il giudice tributario esercita invece il potere disapplicativo senza esserne titolare per attribuzione normativa, ma solo in via pretoria, e comunque in assenza di una giurisdizione di annullamento. Infine, il giudice amministrativo esercita il potere di disapplicazione in via pretoria, ed è titolare per legge - in via generale - del potere di annullamento degli atti amministrativi.

Una parte delle "torsioni" dell'originaria configurazione della disapplicazione dipende dallo sviluppo del processo di integrazione euro-unitaria: è noto che la Corte di Giustizia ha elaborato la teoria del dovere dei giudici dei Paesi membri di disapplicare le norme nazionali contrastanti rispetto al diritto comunitario/unionale; ed è pure noto che a tanto ha proceduto per assicurare, con il massimo grado di effettività consentito, il primato dell'ordinamento sovranazionale su quelli interni. Il contesto e le finalità del potere disapplicativo sono dunque differenti da quelli che hanno caratterizzato la genesi e lo sviluppo dello stesso potere nell'ordinamento interno. Fra le due fattispecie si possono tuttavia rilevare interessanti punti di contatto sul piano degli effetti, in particolare con riferimento alla disapplicazione degli atti amministrativi che non sono fonti del diritto, sostenuta talvolta dalla Corte di Giustizia per assicurare maggiore effettività al principio del primato<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> La Corte afferma in sostanza la disapplicabilità degli atti nazionali anticomunitari sia legislativi sia amministrativi, generali/normativi oppure puntuali, anche quando sia decorso il termine per la loro contestazione secondo l'ordinamento interno. Per la più analitica ricostruzione di tali orientamenti, si v. R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005, 136 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali. La Corte precisa tuttavia che la scelta di subordinare a termine decadenziale la proponibilità dell'impugnazione rientra nell'autonomia processuale degli Stati membri, esercitabile in assenza di una disciplina sovranazionale specifica; precisa inoltre che tale scelta risulta ragionevole e risponde ai principi di affidamento e certezza del diritto, senza compromettere i

Ebbene, il (presunto) discrimine tra atti-fonte e atti che non producono norme giuridiche è la principale chiave di lettura della ricerca, e assume rilievo sia quando il potere disapplicativo è esercitato in sede giurisdizionale, sia quando esso è esercitato in sede amministrativa.

In questo scenario è proprio la disapplicazione dell'atto amministrativo per anticomunitarietà a costituire un esito che accomuna le diverse conformazioni che tale potere assume quando è esercitato. Quest'ultimo, come si è visto,

criteri di effettività e di equivalenza del sistema delle garanzie, la cui violazione deve invece essere valutata in concreto, si v., *ex plurimis*, Corte Giust., 17 giugno 2004, n. 30, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); Corte Giust., sez. II, 23 aprile 2020, n. 13, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu). Sul dovere degli Stati di prevedere strumenti adeguati ad assicurare l'esercizio delle posizioni soggettive protette dal diritto unionale, evitando che il diritto interno comprometta o renda eccessivamente oneroso tale esercizio, in applicazione del principio di effettività della tutela, si v. D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018, 113 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 1 ss. Per ulteriori approfondimenti si v. M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 5, 1092 ss.; V. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 6, 1413 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sulla possibilità che il giudice amministrativo disapplichi la norma secondaria contrastante rispetto all'ordinamento comunitario e non impugnata. Per un approfondimento sulla consistenza del principio della certezza del diritto nell'ordinamento dell'U.E., anche come presupposto dei principi di equivalenza e di effettività del sistema delle garanzie, nonché come indicatore dell'osservanza dei principi dello Stato di diritto e del grado di garanzia dei diritti, si v. M.L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 4, 767 ss. Per un ulteriore approfondimento si v. B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 380 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: si v. Corte Giust., sez. II, 29 aprile 1999, n. 224, sulla necessità di disapplicazione di provvedimento di divieto la cui violazione ha determinato l'emanazione di sanzione amministrativa in contrasto rispetto al principio di libera prestazione dei servizi; Corte Giust., grande sez., 19 settembre 2006, n. 422, sull'autonomia procedurale dell'amministrazione nella scelta delle modalità di reazione all'anticomunitarietà degli atti amministrativi definitivi, fatto salvo l'eventuale regime derogatorio per garantire l'osservanza dei principi di equivalenza e di effettività della tutela; cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, sulla possibilità dell'amministrazione di reagire alla anticomunitarietà dell'atto amministrativo con il rimedio dell'autotutela, piuttosto che con quello della disapplicazione; Id., 10 gennaio 2003, n. 35, sulla possibilità del g.a. di reagire alla anticomunitarietà dell'atto amministrativo generale, a domanda della parte lesa, con il rimedio dell'annullamento, piuttosto che con quello della disapplicazione, oppure con la declaratoria di nullità, ma nel solo caso in cui l'atto sia stato adottato in attuazione di norma attributiva del potere anticomunitaria e quindi da disapplicare; per un ulteriore approfondimento si v. M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 383 ss.; A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Giustamm*, 2006, 5, e *ivi* i pertinenti riferimenti: Corte Giust., 9 settembre 2003, n. 19, sull'obbligo di disapplicazione di norma interna anticomunitaria anche da parte dell'autorità nazionale di regolazione della concorrenza e del mercato; Corte Giust., 9 marzo 1978, n. 106, sulla estensione dei presupposti per rilevare un'anticomunitarietà. Si v. inoltre, *ex plurimis*, Corte Giust., sez. III, 14 giugno 2007,

ha tuttavia una origine e ragioni differenti dallo stesso potere di genesi nazionale, rappresentando una tecnica introdotta dalla Corte di Giustizia a presidio del primato. Ciò determina un suo impatto significativo sul principio di autonomia procedurale, soprattutto quando – alla luce di alcune sue interpretazioni estensive promosse e sostenute dalla stessa Corte di Giustizia – viene riferito, oggettivamente, anche ad atti non normativi e, soggettivamente, anche all'amministrazione<sup>4</sup>.

---

n. 422, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'«insostenibile leggerezza» del processo impugnatorio)*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, 2, 519 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti: Corte Giust., 22 giugno 1989, n. 103, sull'obbligo di disapplicazione delle norme interne anticomunitarie da parte della p.a. Sulla insussistenza dell'obbligo delle autorità amministrative di riesaminare e/o annullare i propri atti contrastanti rispetto al diritto comunitario, pur se inoppugnati e definitivi, con l'eccezione delle ipotesi in cui tale obbligo sia previsto invece per gli atti amministrativi contrastanti rispetto al diritto interno, dovendosi garantire il principio di equivalenza degli strumenti di tutela, si v. Corte Giust., 19 giugno 2006, n. 392, *cit.* Per un approfondimento si v. M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, 2, 477 ss., e *ivi* anche i riferimenti all'orientamento del g.a. italiano a sostegno della doverosità dell'annullamento in autotutela degli atti amministrativi anticomunitari. Per l'orientamento della Corte di Giustizia a sostegno della doverosità del riesame a istanza di parte del provvedimento amministrativo, pur se 'stabilizzato' da una decisione del giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, ma caratterizzato da anticomunitarietà sopravvenuta, si v. G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'«insostenibile leggerezza» del processo impugnatorio)*, *cit.*, e *ivi* i pertinenti riferimenti: Corte Giust., 13 gennaio 2004, n. 453; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, sulla insussistenza della doverosità. La decisione della Corte di Giustizia è altresì richiamata da Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che tuttavia evidenzia l'eccezionalità della soluzione, affermando che di regola il principio del primato non incide sulla stabilità amministrativa o giurisdizionale degli atti nazionali. In tema si v. altresì P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, in *Dir. Un. eur.*, 2016, 1, 167 ss. Sul tema della doverosità dell'annullamento in autotutela dell'atto anticomunitario si v. inoltre G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la forza sovrana dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 217 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. Sulle oscillazioni della giurisprudenza amministrativa in punto di discrezionalità o doverosità dell'autoannullamento dell'atto amministrativo anticomunitario, si v. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, Giuffrè, 2012, 163 ss. In senso contrario alla disapplicabilità degli atti amministrativi anticomunitari si v. invece G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 54 ss.

<sup>4</sup> La fattispecie presa in considerazione dalla Corte di Giustizia riguarda infatti il contrasto fra la fonte sovranazionale e un *atto amministrativo* nazionale, il quale a sua volta può avere natura non soltanto normativa, quanto piuttosto anche provvedimentale. Il conflitto viene ritenuto rilevante sia se l'atto amministrativo debba essere applicato in sede giurisdizionale, sia se esso debba essere applicato dalla stessa amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni. Per i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici si rinvia a quelli indicati nella nota precedente.

La Corte di Giustizia riconosce in particolare agli Stati l'autonomia di disciplinare lo svolgimento dell'azione delle amministrazioni pubbliche e dei processi giurisdizionali, nei casi in cui l'Unione Europea non detenga nè abbia esercitato la potestà di individuare le regole di svolgimento dei procedimenti e dei processi per l'attuazione del suo ordinamento. Precisa però che *l'autonomia procedurale* degli Stati è derogabile per assicurare *i principi di effettività e di equivalenza*, ossia per assicurare che le norme nazionali garantiscano al cittadino una tutela effettiva delle posizioni fondate sul diritto comunitario, e per assicurare che il grado di effettività della tutela di tali posizioni non sia deteriore rispetto al grado di effettività della tutela delle posizioni fondate sul diritto interno<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Si v. Corte Giust., 17 giugno 2004, n. 30, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu). Per un approfondimento si v. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, Cedam, 2005, 303 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; cfr. Corte Giust., sez. III, 5 ottobre 2006, n. 368, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); A. BARONE, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc amm.*, 2020, 3, 555 ss.; Id., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008; C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 81 ss.; Id., *La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo tra diritto europeo e diritto globale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, 751 ss. Sulla generalità del regime secondo il quale spetterebbe invece agli Stati stabilire le modalità di esercizio e tutela dei diritti fondati sull'ordinamento comunitario aventi efficacia diretta dinanzi ai giudici nazionali in base al principio dell'autonomia processuale, oltre che designare i giudici competenti in base al principio dell'autonomia istituzionale, in ambedue i contesti sul presupposto dell'assenza di provvedimenti sovranazionali di armonizzazione, si v. A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 3, 525 ss., e *ivi* anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: *ex multis*, Corte Giust., 16 dicembre 1976, n. 33. Sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare l'articolo 21 *octies* della legge generale sul procedimento amministrativo, laddove prevede l'irrilevanza dei vizi procedurali o sulla forma degli atti ai fini della annullabilità del provvedimento amministrativo, per contrasto rispetto all'articolo 41 della Carta di Nizza nella parte in cui correla il diritto a una buona amministrazione a requisiti anche formali e procedurali, si v. D.U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 della Carta dei diritti UE*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 319 ss. Sulla astratta possibilità di rinvenire il contrasto anche nel rapporto fra diverse disposizioni della legge generale sul procedimento, richiamando indirettamente il suo articolo 1 anche la Carta di Nizza, si v. G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 259 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti bibliografici, nonché la verifica del carattere sostanzialistico della stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ciò si manifesterebbe in particolare nella valutazione in concreto della rilevanza del vizio formale-sostanziale per l'esito del procedimento e dunque per l'annullamento dell'atto, ma nella prospettiva della tutela effettiva del cittadino, piuttosto che dell'effettività dell'azione amministrativa, come riscontrato anche per la giurisprudenza nazionale.

Il giudice nazionale, dalla sua parte, nel qualificare la disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi per anticomunitarietà, oscilla fra lo schema della doverosità e quello della facoltatività nell'*an*, ponendo a sistema questa distinzione con l'ulteriore distinzione fra anticomunitarietà diretta o indiretta<sup>6</sup>.

L'*anticomunitarietà diretta*, ossia la diretta violazione dell'ordinamento eurounitario da parte dell'atto, è generalmente trattata ricorrendo ai classici strumenti di reazione all'invalidità (annullamento o declaratoria di nullità, in base ai casi), con la sola eventuale eccezione degli atti amministrativi normativi e/o solo generali, per i quali si individua talvolta anche l'esito della disapplicazione. L'*anticomunitarietà indiretta*, che si verifica quando l'atto amministrativo oggetto del giudizio abbia attuato o eseguito un atto anticomunitario, viene invece generalmente trattata disapplicando l'atto direttamente anticomunitario e qualificando quello attuativo/esecutivo invalido in via derivata<sup>7</sup>, ciò che a sua volta

---

<sup>6</sup> Questa variabile rileva dunque per la giurisprudenza amministrativa nazionale, la quale si è orientata a risolvere il contrasto con l'ordinario strumento dell'annullamento, nel caso di atto amministrativo affetto da vizio autonomo in quanto direttamente contrastante rispetto alla normativa comunitaria, senza intermediazione di normativa interna. Si è orientata invece a risolvere il contrasto disapplicando la norma interna, eventualmente previo rinvio pregiudiziale per l'ipotesi di norma sovranazionale priva dell'effetto diretto o della diretta applicabilità, nel caso di atto amministrativo affetto da vizio eteronomo poichè adottato in esecuzione di norma interna a sua volta contrastante rispetto al diritto comunitario. Ulteriore fattispecie è quella dell'atto amministrativo difforme da atto amministrativo presupposto; l'atto presupponente è adottato in esecuzione di norma interna conforme al diritto sovranazionale, ma l'atto presupposto è anticomunitario: qui il giudice si è orientato a disapplicare l'atto presupposto. Per un approfondimento si v. i riferimenti e la rassegna presenti in M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, 2, 477 ss. Sulla disapplicabilità del regolamento amministrativo non ritualmente impugnato, trattandosi di atto normativo per il quale il regime di reazione avverso l'anticomunitarietà va uniformato a quello delle altre norme nazionali, si v. G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'«insostenibile leggerezza» del processo impugnatorio)*, cit., pp. 519 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti: Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5826, sulla disapplicazione giurisdizionale del regolamento amministrativo anticomunitario, con effetti invalidanti sugli atti amministrativi a valle. Per un approfondimento sulla sostanziale equipollenza delle due fattispecie dell'anticomunitarietà diretta e indiretta in punto di contrasto dell'atto amministrativo rispetto al parametro unionale, si v. peraltro M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., pp. 125 ss.

<sup>7</sup> Lo schema della *invalidità derivata*, per contrasto dell'atto presupponente sia rispetto al diritto unionale sia rispetto ad atti dell'ordinamento interno, viene peraltro in molti casi ritenuto inconferente per il potere disapplicativo. La fattispecie ricorrente, cui tali teorie si riferiscono, è in particolare quella della decisione giurisdizionale che applica un atto presupposto illegittimo e inoppugnabile, facendo da ciò derivare anche il rigetto della domanda di annullamento dell'atto applicativo impugnato: per evitare questo esito, si propone la distinzione fra *invalidazione* e *di-*

consente di applicare ancora, per esso, i classici strumenti di reazione all'invalidità.

Quanto invece al sostegno della disapplicabilità degli atti anti-comunitari da parte dell'amministrazione, si possono richiamare le ben note decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 17 e 18 del 9 novembre 2021, rese in relazione alla vicenda dell'obbligo di cessazione del regime delle concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo<sup>8</sup>.

### **3. La disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti**

La seconda sezione dello studio verte, come si è anticipato, sull'analisi della disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, e con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti.

---

*sapplicazione*; la prima consistente nell'accertare la trasmissione del vizio dall'*atto presupposto* a quello applicativo; la seconda consistente, invece, nel considerare l'*atto pregiudiziale* come improduttivo di effetti, e pertanto inidoneo a trasmettere i propri vizi a quello applicativo. Nella *invalidazione* il rapporto fra atti si configurerebbe quindi in termini di *presupposizione*; nella *disapplicazione* in termini di *pregiudizialità*. Per un approfondimento in questa direzione si v. A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, 1073 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sull'effetto caducante come ostativo alla disapplicazione, si v. inoltre T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 20 ottobre 2007, n. 833, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso parzialmente dissonante rispetto a questa ricostruzione, si può tuttavia affermare che il rapporto di presupposizione/invalidazione pare limitato a una parte dei casi in cui la fattispecie è trilatera secondo il seguente schema: *legge – regolamento o atto amministrativo generale – provvedimento applicativo*. I casi sarebbero in particolare quelli caratterizzati da *simpatia* (ossia da conformità) fra il regolamento o l'atto generale (da una parte) e il provvedimento (dall'altra), i quali risulterebbero ambedue difformi dalla legge. Ove il ricorso fosse proposto solo avverso l'atto applicativo, la predetta fattispecie verrebbe infatti modificata se e nella misura in cui il giudice accogliesse la domanda di annullamento dell'atto presupponente, disapplicando quello presupposto. Quindi anche in questo scenario sarebbe ricavabile qualche spazio per la disapplicazione. Il rapporto di pregiudizialità/disapplicazione riguarda inoltre, come si è anticipato, le fattispecie trilateri caratterizzate da *antipatia* (ossia da contrasto) fra il regolamento e/o l'atto generale (da una parte) e il provvedimento applicativo (dall'altra): in questo scenario l'atto illegittimo, mediano nella sequenza, è disapplicato, mentre il provvedimento applicativo è legittimo.

<sup>8</sup> In senso contrario si v. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



Nel processo amministrativo, come pure si è accennato, la disapplicazione riferita dalla legge di abolizione del contenzioso al solo giudice ordinario è stata introdotta in assenza di fondamento normativo specifico, ma in presenza di una giurisdizione di annullamento.

È però opportuno soffermarsi anche sulle altre giurisdizioni, al fine di valutare comparativamente la portata della disapplicazione in base a modelli di tutela nei confronti degli atti amministrativi ispirati a criteri in teoria diversi.

Qui è utile precisare che, se fine generale dello studio è indagare il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo e il suo svolgimento, il suo fine più specifico è valutare le ricadute degli scenari tracciati su tre piani correlati, che si aprono a partire dalle tesi a sostegno della disapplicabilità nel processo amministrativo.

Tali tesi si fondano, a loro volta, essenzialmente sui seguenti argomenti: - l'antecedenza della fonte di legittimazione del potere di disapplicazione giurisdizionale (la legge di abolizione del contenzioso amministrativo, 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) rispetto alla istituzione del giudice amministrativo (avvenuta invece nel 1889, con la introduzione della IV Sezione del Consiglio di Stato); - la necessità di privilegiare il principio di effettività della tutela, che sarebbe a esempio violato ove si consentissero sperequazioni fra la tutela dei diritti soggettivi dinanzi al g.o. (che può disapplicare) e la tutela dei diritti soggettivi dinanzi al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva (ove si ritenesse che neppure in questo più specifico ambito si possa disapplicare).

Si tratta peraltro di tesi che, sebbene tutte affermative, non sono omologhe dal punto di vista dell'oggetto della disapplicazione, poiché, in base ai casi, tale oggetto può assumere dimensioni diverse e, in senso inversamente proporzionale, le tesi sono più diffuse quando l'oggetto è più stretto, e viceversa.

A esempio sono più diffuse le tesi a sostegno della sola disapplicabilità dei *regolamenti* da parte del g.a., meno diffuse quelle a sostegno della disapplica-

bilità *anche* degli *atti amministrativi generali*, e ancor meno diffuse quelle a sostegno della disapplicabilità *anche* dei *provvedimenti individuali*.

Si è ritenuto e si ritiene opportuno sottoporre dapprima tali tesi a verifica di tenuta e, successivamente, testarne l' idoneità a sostenere anche ulteriori esiti, mentre le tesi che negano la disapplicabilità tollerano aperture solo per il giudizio di ottemperanza e per l'anticipazione in sede di cognizione di alcune decisioni funzionali all'esecuzione.

La scelta di soffermarsi sulle tesi affermative, sottoponendole – appunto – a verifica di tenuta per poi testarne l' idoneità a sostenere anche ulteriori esiti, è dovuta alla circostanza che proprio in tale ambito si rilevi uno scollamento fra quanto con una certa diffusione accade nella prassi e la maggiore intensità delle incertezze e delle opacità che si frappongono alla legittimazione e alla giustificazione del fenomeno. Appare invece comparativamente meno problematico negare che il g.a. sia titolare del potere disapplicativo, perché la legge non glielo attribuisce espressamente e perché il suo esercizio può prestarsi a eludere la disciplina dell'azione di annullamento.

Ebbene, per riprendere il filo del discorso avviato poc' anzi, si può ora precisare che i tre piani individuati a partire dalle tesi a sostegno della disapplicabilità nel processo amministrativo, ed entro i quali la ricerca vorrebbe rintracciare e valutare le ricadute degli scenari tracciati precedentemente, sono i seguenti:

- il rapporto fra la disapplicazione e i principi e le regole della tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alle conseguenze dell'esercizio del potere disapplicativo sull'immagine del processo dinanzi al g.a.;

- la teoria delle fonti del diritto, cui la discussione si estende attraverso l'indagine sul fondamento del potere di disapplicazione del g.a.; i ragionamenti sviluppati in questo ambito conducono a qualificare la disapplicazione come possibile conseguenza della risoluzione di alcuni tipi di antinomie (ossia quelle

che risultino componibili in base al criterio gerarchico o al criterio della competenza);

- l'indagine sulla relazione di funzionalità o di frizione fra la disapplicazione e i principi di legalità e certezza del diritto.

Il piano secondo è mediano fra il primo e il terzo in quanto li congiunge. Esso rappresenta – a ben vedere – il baricentro dell'intera indagine, e consiste nell'uso di una teoria delle fonti per l'analisi dell'esercizio della disapplicazione nel processo amministrativo. Conviene pertanto soffermarvisi ora con una attenzione particolare, e riprendere gli altri due piani successivamente.

La prima forma di disapplicazione emersa nella prassi dello svolgimento del processo amministrativo è infatti quella avente a oggetto i regolamenti (*disapplicazione normativa*). Essa consegue alla risoluzione di antinomie in base al criterio gerarchico, attuando il principio *iura novit curia* e a prescindere dall'esistenza di domande e di decadenze processuali. Si tratta della tipologia di disapplicazione più diffusamente praticata dal g.a., soprattutto (1) con riferimento ad atti non direttamente lesivi, (2) incidentalmente e (3) a prescindere dalla natura della posizione lesa<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Queste tre caratteristiche risultano peraltro prevalenti, ma non esclusive. Per un approfondimento si v. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, 163 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 1941, n. 802; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Torino, 1998, 23 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, 18 agosto 1936, n. 820, in *Foro amm.*, 1937, 2, 45; Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 1995, n. 1332, in *Cons. Stato*, 1995, 1233, sulla disapplicazione normativa come tecnica di risoluzione delle antinomie; E. CANNADA BARTOLI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Torino, 1998, 145 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, Ad. plen., 18 dicembre 1940, n. 4; E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 2017, 2 Speciale, 1 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 1941, n. 93, in *Giur. it.*, 1942, 18, che esclude la disapplicabilità dell'atto presupposto immediatamente lesivo, impugnato congiuntamente a quello applicativo, ma dopo l'estinzione del termine di decadenza riferito allo stesso atto presupposto; S. BACCARINI, *La parabola della non disapplicabilità dei regolamenti amministrativi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, *cit.*, pp. 157 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, 13 gennaio 1937, sulla disapplicabilità del regolamento di igiene non impugnato, in giudizio avente a oggetto il diniego di licenza commerciale, in *Giur. it.*, 1937, 49. Si v. inoltre Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per un approfondimento ulteriore si v. R. VILLATA, *Introduzione al tema*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, *cit.*, pp. 5 ss.; A. DE ROBERTO, «Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministra-

La seconda forma di disapplicazione di cui si rinviene traccia nel processo amministrativo è decisamente meno diffusa della prima, riguarda gli atti amministrativi generali, ed è praticata talvolta dal g.a. per affinità della funzione materiale dell'atto generale rispetto al regolamento (*disapplicazione 'generale'*). Ciò avviene prevalentemente nella giurisdizione esclusiva a tutela di diritti soggettivi e/o per atti non direttamente lesivi, ma talvolta secondo lo schema della invalidità e talaltra secondo quello dell'antinomia (pur se, a ben vedere, l'invalidità è la conseguenza di una antinomia): la casistica riguarda soprattutto i bandi di gara e di concorso, nonché gli atti di pianificazione del territorio, specialmente laddove fissino *standard* urbanistici difformi da quelli ministeriali inderogabili<sup>10</sup>.

---

*tiva, ibidem*, 11 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Giudice Amministrativo e tutela praeter legem del cittadino*, in AA.VV., *Evoluzione della giustizia amministrativa, integrazione europea e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 1998; Id., *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2012*, Napoli, 2013, 9 ss.; F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 43 ss.: Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 1999, n. 59; N. DI MODUGNO, *Note sulla disapplicazione nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti, cit.*, pp. 301 ss.; si v. inoltre T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2019, n. 13771; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 settembre 2017, n. 1808; Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 1; Id., sez. V, 3 febbraio 2015, n. 515; Cons. Stato, sez. II, 9 gennaio 2020, n. 219; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1430; Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2017, n. 575, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 20 ottobre 1998, n. 2398, in *Mass. red. Giuffrè*, 1999.

<sup>10</sup> Si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 1 (ord.), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., sez. IV, 15 marzo 2000, n. 1407, in *Foro amm.*, 2000, 821; Cons. Stato, sez. IV, 13 agosto 2018, n. 4916, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Piemonte, sez. II, 5 ottobre 2016, n. 1224, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si v. inoltre G. ROMEO, *La disapplicazione dei regolamenti illegittimi: una pratica giudiziale dagli esiti incerti*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 10 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: T.A.R. Lombardia, sez. III, 2 aprile 1997, n. 354, che ha sottoposto alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale sulla disapplicabilità del bando di gara immediatamente lesivo e non impugnato nel termine di decadenza, alla luce del suo ruolo sostanzialmente normativo nell'ambito del procedimento cui si riferisce, e in ragione del presunto contrasto rispetto al diritto comunitario; T.A.R. Lombardia, Brescia, 4 novembre 2003, n. 1344, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha ritenuto disapplicabile un Piano urbanistico, ma in base alla preliminare affermazione della sua natura normativa; in senso conforme, con riferimento a un Piano comunale di zonizzazione acustica, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 10 luglio 2014, n. 597, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sulla disapplicabilità degli atti amministrativi generali in quanto tali, si v. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 14 dicembre 2004, n. 3772, in *Foro amm. Tar*, 2004, 12, 3871; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1725, in *Foro amm. Tar*, 2005, 7-8, 2617; Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4992, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (sulla disapplicabilità dello strumento urbanistico per contrasto rispetto agli standard inderogabili definiti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444); F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2779 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 agosto 2000, n. 234, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2000, 1166; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 1992, n. 1221, in *Foro amm.*, 1992, 2563; T.A.R. Lazio, sez. II, 25 ottobre 1994,

L'ultima forma di disapplicazione di cui si rinviene traccia nelle decisioni del giudice amministrativo è quella dei provvedimenti individuali (*disapplicazione provvedimento*). Essa è praticata ancor meno diffusamente dal g.a., e comunque prevalentemente nella giurisdizione esclusiva, per evitare sperequazioni rispetto alla tutela dei diritti dinanzi al g.o.<sup>11</sup>. Se comparata alle altre due fattispecie, questa è quella ove l'esercizio del potere denota maggiori opacità. Se da un lato, infatti, la disapplicazione è svolta *non* secondo lo schema dell'antinomia e del principio *iura novit curia*, ma in base al modello classico della invalidità, tuttavia le caratteristiche che assume sono quelle giustificate dal ricorso al principio *iura novit curia* per risolvere antinomie: così è a dirsi, principalmente, per il suo esercizio d'ufficio, in ogni tempo e in via incidentale.

In molti casi il potere disapplicativo tende inoltre a essere considerato doveroso, pur se la potestà del giudice di qualificare l'intera fattispecie è idonea a determinare una convergenza verso lo schema del potere-facoltà.

Per gli atti amministrativi normativi e per quelli generali causa della lesione il ragionamento antinomico è usato invece più raramente e si rivela come correttivo o elemento dissonante rispetto al regime della doppia impugnazione dell'atto normativo o solo generale e dell'atto applicativo, oppure al regime della immediata impugnazione dell'atto normativo o solo generale, direttamente lesivo<sup>12</sup>. Questo tipo di disapplicazione è emerso però in un secondo tempo ri-

n. 1340, in *Mass. red. Giuffrè*, 1995; Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2017, n. 5634, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., sez. V, 21 febbraio 2021, n. 2707, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, *ibidem*; Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367, *ibidem*.

11 Si v. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 9 febbraio 1999, n. 81, in *Mass. red. Giuffrè*, 1999. Sulla negazione della disapplicabilità provvedimento al di là di queste ipotesi, si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5602, in *Foro amm.*, 2001, 2821. Sulla giustificazione dell'esito disapplicativo adducendo il carattere sostanzialmente normativo dell'atto puntuale, si v. T.A.R. Veneto, sez. II, 6 aprile 2006, n. 879, in *Foro amm. Tar*, 2006, 4, 1256. Una *ratio* simile si rinviene fra le righe in T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2007, n. 3999, in *Foro amm. Tar*, 2007, 5, 1681. Sul carattere normativo del bando di gara si v. invece Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1476.

12 La disapplicazione può infatti rappresentare anche un eventuale strumento di elusione del termine per ricorrere incidentalmente avverso l'atto disapplicato. Per un approfondimento sul rapporto fra disapplicazione e regime dell'impugnazione nel processo amministrativo con riferimento alla relazione fra atto generale e atto applicativo, si v. Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, *cit.* Per un ulteriore approfondimento si v. F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione*

spetto all'esordio della prassi disapplicativa nella giurisdizione del g.a., consentendo anche di distinguere – appunto – lo schema antinomico, prospettato in origine per la disapplicazione dei regolamenti, e lo schema della invalidità.

Alle fattispecie della disapplicazione degli atti normativi, degli atti generali o dei provvedimenti individuali è comune peraltro l'approdo al problema del rapporto fra disapplicazione e nullità dell'atto che ne formerebbe oggetto. In ciascuno dei tre contesti la nullità, pur dovendo essere considerata, in via di principio, ostativa alla disapplicazione (la cui utilità sarebbe esclusa dall'impro-

---

(diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, Annali, 2010, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, 176 ss., e *ivi* i riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 792; Id., sez. V, 7 novembre 2007, n. 5776, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3150; L. PICCARDI, *Studi sulla giustizia amministrativa e altri scritti di diritto processuale*, Milano, 1968, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 1900; Id., sez. V, 4 febbraio 1910; Id., sez. IV, 28 settembre 1923; Id., 24 febbraio 1937, n. 13; Id., 2 marzo 1950, n. 85. Sulla limitazione della disapplicabilità ai regolamenti non immediatamente lesivi, nonché sull'effetto conformativo della pronuncia dichiarativa della illegittimità e funzionale alla disapplicazione si v. F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 43 ss.; Id., voce *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, *cit.*, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, sez. IV, 29.2.1996, n. 222. Sulla limitazione della disapplicabilità ai regolamenti e agli atti amministrativi generali non immediatamente lesivi, nel giudizio avente a oggetto l'atto applicativo, si v. ancora M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 53 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1; P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 792 ss. Per la tesi secondo cui il regime della doppia impugnazione potrebbe anche essere osservato, consentendo però di giungere all'esito disapplicativo per l'atto antecedente, si v. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, *cit.*, pp. 181 ss. Sulla possibilità di estendere la disapplicabilità anche agli atti presupposti immediatamente lesivi, si v. F.G. COCA, *Novità in tema di tutela dell'interesse legittimo*, in *Giustamm*, 2004, 3, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, *cit.*, pp. 53 ss, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1567. Si v. inoltre Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 8711, in *Foro amm. Tar*, 2013, 10, 3073. Si v. inoltre Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2019, n. 5859 sulla disapplicabilità di regolamento e Piano urbanistico locali contrastanti rispetto a regolamento ministeriale, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); N. DI MODUGNO, *Note sulla disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Aa.Vv.*, *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, *cit.*, pp. 301 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti. Si v. inoltre T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, in *Ragusan*, 2000, 195-196, 142; C.E. GALLO, voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1996, e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2006, n. 1124, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2002, n. 1053, *ibidem*. Si v. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657, in *Giur. it.*, 2003, 1030, sulla disapplicabilità di norma secondaria non impugnata, ma oggetto di eccezione della parte resistente, e contrastante rispetto al diritto comunitario; Id., sez. V, 18 dicembre 1997, n. 1587, in *Foro amm.*, 1997, 3082, sulla negazione della disapplicabilità dell'atto generale non impugnato.

duttività di effetti dovuta al tipo di vizio dell'atto), è tuttavia talvolta qualificata come condizione legittimante della disapplicazione (nella misura in cui l'esistenza del vizio venga comunque ricollegata alla produzione di qualche effetto, diversamente rispetto all'ipotesi della inesistenza dell'atto)<sup>13</sup>.

La legge di abolizione del contenzioso amministrativo non differenziava e non differenzia peraltro i tipi di atti amministrativi disapplicabili dal giudice ordinario: è stato invece il giudice amministrativo a introdurre la distinzione per giustificare l'uso del potere disapplicativo in via analogica nell'ambito della sua giurisdizione.

In questo scenario, come si è anticipato, la disciplina del processo amministrativo - fondato sulla centralità dell'azione di annullamento subordinata a termine di decadenza -, unitamente alla natura normativa degli atti ritenuti disapplicabili, ha indotto tuttavia il g.a. a concepire il potere disapplicativo come reazione a una antinomia rilevata attuando il principio *iura novit curia* e componibile in base al criterio gerarchico. Per evidente contiguità della funzione e della natura degli atti generali rispetto a quelli normativi, tale schema è stato tal-

---

<sup>13</sup> In particolare, il g.a. provvede talvolta alla disapplicazione degli atti nulli o li dichiara disapplicabili, si v. Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7778, in *Dir. e giust.*, 2004, 1, 77; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 ottobre 2010, n. 32797, in *Giur. mer.*, 2011, 3, 805; Id., sez. III, 8 gennaio 2013, n. 116, in *Foro amm. Tar*, 2013, 1, 158; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 febbraio 2011, n. 73, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2, 520; Cons. Stato, sez. IV, 13 agosto 2018, n. 4916, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 4 luglio 2018, n. 653, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 4, 1107. Per un approfondimento si v. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, cit., e *ivi* gli ulteriori riferimenti. Lo stesso atteggiamento è riscontrabile presso il g.o., si v. Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26763, in *Foro amm.*, 2017, 3, 531; in senso contrario, si v. Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26763, in *Foro amm.*, 2017, 3, 531. Per un ulteriore approfondimento si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 5 marzo 1998, n. 808, in *Foro amm.*, 1998, 10, 2877 ss., sulla possibilità per l'amministrazione di disapplicare l'atto nullo che difetti di requisiti essenziali richiesti dalla legge e l'assenza dei quali sia espressamente sanzionata dalla nullità, per incertezza sulla stessa provenienza dell'atto da una amministrazione. In senso sostanzialmente conforme: Id., sez. II, 10 febbraio 2000, n. 381, in *Foro amm.*, 2000, 1940. Riconosce al g.a. il potere di disapplicazione di atti amministrativi adottati in carenza assoluta di potere: Cass. civ., sez. un., 22 maggio 1998, n. 5144, in *App. urb. ed.*, 1999, 99; sulla disapplicabilità, da parte del giudice amministrativo, degli atti della p.a. inefficaci poiché emanati in carenza di potere, si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 1999, n. 994, in *Foro amm.*, 1999, p. 1217. Per un approfondimento sulle conseguenze giuridicamente paradossali di questa posizione, si v. A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2013, 1, 269 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, 118 ss.

volta esteso, appunto, anche agli atti generali. In ipotesi più rare la tecnica di-sapplicativa è stata riferita anche ai provvedimenti puntuali.

Soprattutto per gli atti generali, e a una prima impressione, il ricorso allo schema antinomico genera perplessità, aggiungendo opacità ai molti elementi che rivelano una precaria solidità dei criteri faticosamente elaborati per distinguere tali atti da quelli normativi dell'amministrazione. Nel caso dei provvedimenti individuali, invece, il giudice amministrativo non ricorre allo schema antinomico, ma a quello classico della invalidità (l'atto è disapplicato perché invalido): tuttavia non ne trae le conseguenze che dovrebbe trarne dal punto di vista della disciplina della disapplicazione, vale a dire la subordinazione a una domanda di parte, la soggezione a un termine di decadenza, la praticabilità in via principale, vale a dire quegli esiti conseguenti all'uso della disapplicazione quale alternativa all'annullamento o alla declaratoria di nullità. Il motivo è evidente: il g.a. ricorre alla disapplicazione per rispondere a una necessità di tutela quando, per qualche motivo, non può annullare o dichiarare la nullità.

Una più attenta analisi induce però, effettivamente, a ritenere che l'unico modo in cui la disapplicazione sembra poter funzionare nel processo amministrativo è proprio lo schema della possibile reazione a una antinomia rilevata applicando il principio *iura novit curia*, ma componibile usando, oltre al criterio gerarchico, anche quello della competenza, ossia quei criteri presupponenti la violazione dell'ordinamento da parte di uno degli atti in conflitto (ciò che non potrebbe invece affermarsi per il criterio di specialità o cronologico).

Gli interrogativi da porsi a questo punto diventano i seguenti: tale schema è riferibile ai soli atti normativi? Può estendersi a quelli generali? E a quelli individuali?

Per rispondere si propone una tesi orientata alla valorizzazione della tecnica antinomica rispetto a quella della invalidità, alla luce del contenuto precettivo e autoritativo che direttamente o indirettamente l'atto esprime, indipendentemente dalla sua normatività/generalità: si applica in sostanza anche a que-



sta fattispecie la teoria della *norma estesa*<sup>14</sup> o dell'*atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, pur essendo stata la seconda elaborata solo per gli atti generali<sup>15</sup>.

Per giungere a queste conclusioni si può sostenere - da un lato - che denominatore comune agli atti dell'amministrazione astrattamente disapplicabili sia l'invalidità non ostativa alla produzione di effetti. Si può inoltre evidenziare che tali atti hanno in comune la struttura, articolata nei tre elementi dell'autorità emanante, del contenuto, e del destinatario. Le declinazioni che ciascun elemento può assumere consistono - rispettivamente - nella natura monocratica o collegiale della autorità emanante, in quella astratta o concreta del contenuto, e infine in quella generale o individuale del destinatario.

Dall'altro lato - si può ridimensionare l'efficacia degli indici di riconoscimento delle norme giuridiche, sia formali sia sostanziali, alla luce dei tre seguenti rilievi.

Il primo rilievo riguarda le opacità, le incongruenze e le almeno parziali sovrapposizioni riferibili al significato e all'ambito di rintracciabilità dei predetti indici di riconoscimento, anche in relazione ai rapporti di subordinazione, sussidiarietà o concorrenza fra essi. È noto che, per consentire la qualificazione normativa 'secondo il concetto', tali indici vengono riferiti essenzialmente alla *astrattezza* e alla *generalità* del precetto, ma frequentemente vi si aggiungono le caratteristiche della *novità*, della *efficacia erga omnes*, della *cogenza*, della *efficacia a tempo indeterminato*, della *finalità* (rivolta al *pre-vedere piuttosto che al prov-vedere*)<sup>16</sup>. È altrettanto noto, tuttavia, quale sia il livello di incertezza delle risposte che si

---

14 Si v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè 1999.

15 Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003. Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit.

16 Si v., *ex plurimis*, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli 1998-2003; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010; L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quad. cost.*, 1993; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, Giuffrè 1962; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.

vorrebbero e/o dovrebbero trarre dalla loro applicazione in concreto<sup>17</sup>, soprattutto in relazione a un aspetto essenziale per l'oggetto di questo studio: vale a dire la distinzione fra le norme secondarie e gli atti amministrativi generali<sup>18</sup>.

Il secondo rilievo riguarda i limiti delle tecniche di qualificazione degli atti normativi 'secondo il trattamento', che rivelano in concreto uno scarso tasso di efficacia e di effettività<sup>19</sup>. Ciò si può riscontrare, principalmente, dalla dissociazione fra forma e contenuto (che si verifica a es. per le leggi-provvedimento); o dall'esistenza di atti a forma non riservata (a es. non sempre è richiesto di indicare il *nomen iuris*, e talvolta le procedure per l'adozione di alcuni atti normativi e non normativi convergono); o, ancora, dall'esistenza di atti con forma sotto-rappresentata, o rappresentata in modo opaco (è a es. diffuso il fenomeno della adozione nella forma del decreto ministeriale di atti sostanzialmente regolamentari, per sfuggire alla disciplina della legge 23 agosto 1988, n. 400, oppure alla necessità di osservare la competenza regolamentare regionale definita dal comma sesto dell'art. 117 Cost.).

Il terzo argomento consiste nel comune ruolo di edificazione dell'ordinamento svolto almeno dagli atti autoritativi e precettivi degli apparati pubblici o a essi equiparati. Ciò trova riscontro anche in una parziale convergenza o coincidenza dei regimi giuridici. Si pensi: al sistema di tutela giurisdizionale, il quale è comune, nei suoi tratti essenziali, agli atti amministrativi normativi e non normativi; o, ancora, al carattere non necessario della motivazione, previsto per gli atti amministrativi sia normativi sia generali, così come gli atti generali sono soggetti al regime della pubblicazione al pari di quelli normativi; anche l'abrogazione, infine, è idonea a regolare la successione nel tempo non solo fra atti

---

17 Si v., *ex plurimis*, M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti alla giurisprudenza amministrativa.

18 Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit. Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit.

19 Per un approfondimento si v. *ex plurimis*, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.

normativi con la stessa forza, ma anche fra atti amministrativi non normativi ritenuti a loro volta equiparabili dal punto di vista della forza.

Pure l'argomento fondato sulla circostanza che gli atti normativi denoterebbero, rispetto a quelli non normativi, un legame più solido rispetto al principio democratico<sup>20</sup>, può essere a ben vedere ridimensionato, poiché tale rapporto non è dello stesso livello neppure per tutti gli atti-fonte (si pensi a una legge rispetto a un atto normativo dell'Esecutivo), e poiché, anche per gli atti amministrativi non-fonte, esso è almeno indirettamente rintracciabile, in ragione delle relazioni interorganiche interne alle amministrazioni territoriali, nonché delle relazioni intersoggettive fra le amministrazioni territoriali e quelle non territoriali.

Gli atti amministrativi possono dunque caratterizzarsi in termini di astrattezza vs. concretezza, generalità vs. individualità, legame diretto vs. legame indiretto col principio democratico: il regolamento emanato dal Consiglio Regionale esprime a es. un legame diretto rispetto a tale principio.

In ragione del possesso, per ciascun binomio, dell'una o dell'altra delle caratteristiche alternative che si sono indicate, gli atti amministrativi possono inoltre realizzare i valori di *uguaglianza formale*, *certezza*, *equità* e/o *uguaglianza sostanziale*, alternativamente e/o con intensità diversa, mantenendo però il comune ruolo di elementi costitutivi dell'ordinamento, sebbene diversamente articolato.

L'insieme di queste deduzioni consente di svolgere *in astratto*, con esito positivo, la verifica della applicabilità dei criteri di risoluzione delle antinomie anche ai conflitti che coinvolgono atti amministrativi non-fonte, rispetto ad altri atti amministrativi non-fonte o rispetto ad atti-fonte, anche legislativi o di grado superiore.

La verifica di applicabilità *in concreto* può essere svolta a partire dal criterio gerarchico e privilegiando i maggiori gradi astrattezza, generalità, legame col

---

<sup>20</sup> Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit., pp. 13 ss., 95 ss.

principio democratico. L'applicabilità degli ulteriori criteri di risoluzione delle antinomie anche alla composizione dei conflitti che coinvolgono il contenuto di atti amministrativi non-fonte può invece conseguire alla presenza delle stesse condizioni che ne consentirebbero l'uso per i conflitti fra norme: violazione di regole attributive della competenza da parte di uno dei precetti in conflitto, oppure equiordinazione dei precetti ed esistenza fra essi di un rapporto di specialità per contenuto, o infine equiordinazione dei precetti e loro diversa datazione. In questo scenario la possibilità di ricorrere ai criteri *gerarchico* o di *competenza* riflette una violazione dell'ordinamento da parte di uno degli atti in conflitto. Il rimedio può quindi astrattamente consistere in un annullamento o in una declaratoria di nullità, o in una disapplicazione. La possibilità di ricorrere al criterio di *specialità* non riflette invece la violazione dell'ordinamento da parte di uno dei precetti in conflitto, ma comporta unicamente che alla fattispecie sarà applicabile il precetto dal contenuto speciale, derogatorio di quello dal contenuto generale, mentre questo risulterà semplicemente *non applicato*, alla luce di una *deroga*.

Pure la possibilità di ricorrere al criterio *cronologico* non riflette la violazione dell'ordinamento da parte di uno dei precetti in conflitto, ma comporta unicamente che alla fattispecie concreta sarà applicabile il precetto più recente, abrogativo di quello meno recente, mentre quest'ultimo risulterà *non applicato* come conseguenza di una *abrogazione*. Rispetto alla abrogazione *espressa*, quella *tacita* e/o *implicita* si fonda però su una attività interpretativa che conduce a non applicare l'atto recessivo in un caso specifico, e quindi con efficacia limitata. Tuttavia l'invalidità può trasmettersi anche all'azione che eventualmente si svolga senza tenere conto del modo in cui il contrasto debba risolversi applicando i criteri di specialità o cronologico.

Entro questa cornice, esistono *ulteriori tre argomenti* per sostenere il potere di disapplicazione del giudice amministrativo, anche in una dimensione più estesa di quella ricavabile oggi dall'esame della giurisprudenza. Ognuno di tali

argomenti è idoneo a fondare autonomamente il potere, ma l'opportunità di usarli congiuntamente rafforza la base legittimante.

Il *primo argomento* si riferisce alla differenza strutturale fra annullamento e declaratoria di nullità (da una parte) e disapplicazione (dall'altra): la paventata elusione dei termini di decadenza previsti per la pronuncia di annullamento o per la declaratoria di nullità si ridimensiona, in sostanza, ove si consideri che la disapplicazione è strumento meno impattante degli altri due rimedi, essendo soggettivamente e oggettivamente limitata al caso deciso. Concretamente, tuttavia, la sua praticabilità dovrà essere subordinata a una valutazione che metta a sistema le regole e i principi che la legittimerebbero con le regole e i principi che invece la ostacolerebbero, per ricercare una interpretazione idonea a prevenire il conflitto o per individuare una regola di prevalenza.

Al *secondo argomento* si giunge considerando che fra tali regole e principi rivestono un ruolo centrale quelli ricavabili dagli artt. 24, 101 e 113 Cost., e proponendone una interpretazione a sostegno della disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del giudice amministrativo.

In particolare l'art. 24 fonda il principio di *effettività della tutela* riferendolo ugualmente alla lesione dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

L'art. 101 subordina il giudice solo alla legge, richiedendogli quindi di trovare soluzioni che garantiscano il primato nella legge anche – e soprattutto – nei casi di contrasti fra precetti in genere: in questo scenario disapplicare un atto in quanto invalido, in assenza di soluzioni alternative, è strumento di realizzazione del primato della legge se e nella misura in cui una interpretazione idonea a prevenire il conflitto o una regola di prevalenza consentano di individuare questa soluzione.

Infine, l'art. 113 Cost. rappresenta il *primo strumento di realizzazione del principio di effettività della tutela* fondato dall'art. 24: afferma infatti che, contro gli atti della pubblica amministrazione, è *sempre* ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, subordinando però la *giurisdizione di*

*annullamento* di tali atti a una specifica *riserva di legge*. Emerge quindi che il primo strumento previsto dalla stessa Costituzione per realizzare il principio di effettività della tutela contro gli atti dell'amministrazione è il *principio di atipicità delle azioni diverse da quella di annullamento* (la quale è, evidentemente, la più impattante sull'esercizio del potere amministrativo, ed è pertanto subordinata a cautele più specifiche). Lo stesso Codice del processo amministrativo valorizza del resto il principio di atipicità, qualificando espressamente come atipiche l'azione cautelare e quella di condanna, con la sola eccezione della condanna a emanare il provvedimento. Anche l'ottemperanza può peraltro considerarsi atipica in base al Codice del processo, pure in assenza di una esplicita qualificazione in tal senso, ma in ragione del fascio di poteri attribuiti al giudice in questa fattispecie. L'interpretazione delle disposizioni costituzionali qui suggerita può peraltro evidentemente ampliare l'area dell'atipicità oltre tali orizzonti.

Il *saldo del principio di atipicità con quello di effettività della tutela* contribuisce altresì a sottolineare che la disapplicazione è idonea ad accelerare e consolidare la trasformazione del processo amministrativo in un tipo di giudizio vertente sul rapporto fra amministrazione e cittadino, piuttosto che sugli atti in cui tale rapporto normalmente si esprime. Resterebbe tuttavia da comporre un eventuale contrasto di questa interpretazione rispetto alla *riserva di legge in materia processuale* prevista dall'art. 111 Cost.<sup>21</sup>: la soluzione potrebbe essere rintracciata ipotizzando che la riserva si riferisca al modo di svolgimento del processo, piuttosto che ai tipi e ai contenuti delle domande processuali, se diverse da quella di annullamento e rispetto a essa più scarsamente impattanti sul potere amministrativo, almeno per la tutela avverso gli atti dell'amministrazione.

Il *terzo argomento* per sostenere il potere di disapplicazione del giudice amministrativo, anche in una dimensione più estesa di quella ricavabile oggi dall'esame della giurisprudenza, riguarda l'esistenza di quello che a ben vedere

---

<sup>21</sup> Per un approfondimento si v., *ex plurimis*, A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, 121 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

pare un rapporto di funzionalità (piuttosto che frizione) fra la disapplicazione e i *principi di legalità e certezza del diritto*.

La funzionalità rispetto al *principio di legalità* si riferisce alla qualificazione della disapplicazione come reazione a una forma di invalidità, come reazione proprio alla violazione del principio di legalità, pur se con scarso grado di stabilità rispetto alle soluzioni dell'annullamento o della declaratoria di nullità. Le frizioni più significative della disapplicazione rispetto al principio di legalità riguardano tuttavia gli atti inoppugnabili o per cui si sia estinto il potere di autotutela dell'amministrazione. Di fronte a questi possibili scenari, ma anche nelle ipotesi di frizioni meno evidenti, torna quindi l'opportunità di mettere in concreto a sistema regole e principi, per ricercare una interpretazione idonea a prevenire il conflitto o per individuare una regola di prevalenza.

Le paventate frizioni della disapplicazione (dell'atto amministrativo da parte del g.a.) rispetto ai *principi di certezza del diritto e di affidamento*, richiedono invece di essere valutate ampliando il ragionamento in corso al rapporto fra *certezza e diritto*, e tentando in particolare di argomentare che la certezza sia una naturale vocazione del diritto, piuttosto che un suo canone assoluto e indefettibile. In questo scenario si può tentare di rintracciare un legame diversificato fra la certezza del diritto e – rispettivamente – gli atti generali e astratti, gli atti solo generali e infine gli atti individuali, ritenendolo però compatibile rispetto all'ordinamento in ciascuna delle tre declinazioni. Tuttavia la maggiore vaghezza correlata alla astrattezza e alla generalità veicola inevitabili elementi di incertezza. Si possono in sostanza rintracciare diversi tipi di legami con la certezza del diritto, che si sviluppano in modo reciprocamente differente con riferimento al ciclo di vita delle regole, il quale si snoda a partire da quelle orientate al *pre-vedere* (le norme giuridiche strettamente intese) per giungere a quelle orientate al *prov-vedere* (i provvedimenti amministrativi, soprattutto individuali), passando per quelle che manifestano nella sostanza elementi delle une e delle altre (è evidentemente il caso degli atti amministrativi generali). Si muove dalla maggio-

re prevedibilità e al contempo dalla maggiore vaghezza correlate alle regole più astratte e più generali, per giungere infine alla minore prevedibilità e al contempo alla maggiore precisione delle regole più concrete e con destinatari puntualmente individuabili. Come si vede, la certezza, in forme diverse, consistenti nella *prevedibilità oppure nel contenuto puntuale*, può alternativamente caratterizzare sia i precetti che aprono la filiera del 'ciclo di vita delle regole' (quelli astratti e generali) sia i precetti che la chiudono (quelli concreti e individuali).

Dal raffronto fra quanto accade nella giurisdizione amministrativa e quanto accade nelle altre giurisdizioni (essenzialmente quella ordinaria civile e quella tributaria) emerge infine un dato interessante. Vale a dire che, nei casi in cui il giudice sia legislativamente munito del potere di disapplicazione, questi si mostra restio a utilizzarlo, o almeno a farlo secondo l'ampiezza prevista dalla legge.

Ad esempio il giudice tributario ne limita l'esercizio agli atti lesivi di diritti, secondo l'interpretazione più restrittiva degli artt. 4 e 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo. Nella giurisdizione tributaria non emerge comunque la distinzione fra antinomia e invalidità<sup>22</sup>, che è invece essenzial-

22 Si v. Comm. Trib. Prov. Pisa, sez. V, 10 marzo 1999, n. 22, in *Riv. giur. trib.*, 2000, 70; Comm. Trib. Prov. Torino, sez. IV, 17 agosto 1999, n. 68, in *Fisco*, 2000, 134; Comm. Trib. Reg. Lombardia, Brescia, 5 novembre 2001, n. 35, in *Fin. loc.*, 2003, 76; Cass., sez. Trib., 11 novembre 2003, n. 16870, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 11; Id., 28 novembre 2019, n. 31112, in *Giust. civ. mass.*, 2000; Cass., sez. Trib., 12 settembre 2019, n. 22767, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Id., 10 aprile 2019, n. 10010, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Id., 30 giugno 2010, n. 15528, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Cass., sez. Trib., 5 agosto 2004, n. 15073, in *Giust. civ. mass.*, 7-8, 2004; Id., 6 maggio 2005, n. 9441, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 9; Id., 25 gennaio 2008, n. 1609, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Comm. Trib. Reg. Abruzzo, Pescara, sez. IX, 25 novembre 2011, n. 307, in *Dir. e giur. online*, 2012, 1; Comm. Trib. Prov. Brescia, sez. XI, 17 dicembre 1998, n. 524, in *Boll. Trib.*, 1999, 1624; Comm. Trib. Reg. Lombardia, Milano, sez. XXXVII, 9 maggio 2000, n. 211, in *Giur. mer.*, 2001, 500; Comm. Trib. Prov. Firenze, sez. X, 26 maggio 2001, n. 126, in *Riv. giur. trib.*, 2002, 549; Comm. Trib. Prov. Roma, sez. XXIV, 20 novembre 2002, n. 433, in *Red. Giuffrè*, 2012; Comm. Trib. Reg. Friuli V.G., Trieste, sez. X, 20 aprile 2015, n. 147, in *Red. Giuffrè*, 2015; Cass., sez. Trib., 13 giugno 2012, n. 9642, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 6, 419; Comm. Trib. Prov. Reggio Emilia, sez. II, 18 aprile 2013, n. 74, in *Red. Giuffrè*, 2013; Cass., sez. Trib., 14 marzo 2007, n. 5929, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 3; Comm. Trib. Prov. Lecce, sez. I, 7 aprile 1999, n. 105, in *Boll. trib.*, 1999, 1537; Cass., sez. Trib., 23 maggio 2019, n. 14039, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Id., 24 gennaio 2019, n. 1952, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Cass., sez. Trib., 25 giugno 2009, n. 14979, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Comm. Trib. Reg. Lombardia, Milano, sez. X, 16 giugno 2017, n. 2710, in *Red. Giuffrè*, 2017; Comm. Trib. Reg. Lombardia, sez. XXXVI, 20 settembre 2011, n. 119, in *Mass. Comm. trib. Lombardia*, 2013, 1, 224. Per ulteriori approfondimenti, si v. P.



mente frutto della giurisprudenza amministrativa (*supra*). Il giudice ordinario in sede civile esclude invece talvolta il potere disapplicativo per gli atti che ritenga stabilizzati dal giudicato<sup>23</sup>, se non normativi<sup>24</sup>, e nelle controversie ove egli sia titolare di una giurisdizione costitutiva sull'atto della cui disapplicazione si tratta<sup>25</sup> e/o nelle quali sia parte la p.a.<sup>26</sup>. In alcuni casi, inoltre, egli limita l'invalidità idonea a legittimare la disapplicazione alla violazione di legge in senso stretto<sup>27</sup>.

Naturalmente, per definizione, un atteggiamento opposto a quello del *self restraint* si rinviene laddove a fondare il potere disapplicativo si pervenga per via interpretativa, come accade nella giurisdizione amministrativa.

---

POZZANI, *Premesse per uno studio sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 395 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali: Cass. civ., sez. un., 7 febbraio 2002, n. 1733, in *Corr. trib.*, 2002, 21, 1895; F. MONTANARI, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Padova, Cedam, 2019, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cass., sez. Trib., 9 maggio 2018, n. 11052.

23 Si v. Cass. civ., sez. I, 8 gennaio 2003, n. 60, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 19; Id., 3 febbraio 1997, n. 982, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 169; Id., 27 marzo 1997, n. 2721, in *Giust. civ. mass.* 1997, 475; Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390, in *Foro amm. CdS*, 2007, 5, 1373; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1998, n. 4573, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 952.

24 Si v. Cass. civ., sez. I, 29 maggio 1999, n. 5263, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 1218.

25 Si v. a es. Cass., sez. lav., 29 giugno 1984, n. 3849, in *Giust. civ.*, 1985, 412. Sulla disapplicabilità degli atti amministrativi datoriali emanati nei rapporti di impiego pubblico privatizzato, si v. tuttavia Pret. Genova, 22 marzo 1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 651. Sulla limitazione di tale forma di disapplicabilità ai soli atti autoritativi emanati dal datore di lavoro pubblico, si v. invece Pret. Napoli, 24 marzo 1999, in *Giust. civ.*, 1999, 3504. Per un approfondimento sulla giurisdizione ordinaria nei confronti dell'amministrazione datrice di lavoro, si v. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa – Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004.

26 Si v. Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Id., 6 febbraio 2015, n. 2244, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1652; Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2006, n. 19659, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 9, 9; Id., 4 luglio 2018, n. 17485, in *Guida al dir.*, 2019, 2, 62.

27 Si v. Cass. civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4670, in *Giur. it.*, 1998, 85; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2006, n. 21173, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 9; Cass. civ., sez. un., 3 novembre 1982, n. 5751, in *Giust. civ.*, 1983, 842. Si v. inoltre A. KLITSCHKE DE LA GRANDE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1961, 181 ss., e *ivi* i riferimenti a: Cass., 29 luglio 1955, n. 2194; si v. altresì L. PICCARDI, *Studi sulla giustizia amministrativa e altri scritti di diritto processuale*, Milano, Giuffrè, 1968, 200 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1961, n. 578, in *Giust. civ.*, 1961, 1258. Per un approfondimento, in via generale, sui poteri del g.o. nei confronti della p.a., si v. V. FANTI, *I poteri del giudice ordinario nei confronti della P.A. nell'ottica dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale*, in E. Follieri (a cura di), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, Bari, Cacucci, 2018, 101 ss.; Id., *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006; Id., *L'annullamento e la disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio di risarcimento dei danni innanzi al giudice ordinario*, in E. Follieri (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2004, 95 ss.

Una tendenza espansiva dell'uso della disapplicazione *praeter legem* si riscontra anche in altri ordinamenti. Si possono prendere in considerazione la Francia e il Regno Unito, in quanto la prima possiede un sistema 'a diritto amministrativo', a differenza del secondo, ove non esistono - in via generale - una disciplina separata per la funzione amministrativa e la giurisdizione nei confronti dell'amministrazione, e neppure un giudice appositamente dedicato alle controversie sull'esercizio del potere amministrativo. Ulteriore ragione della scelta consiste nel diverso livello di integrazione dei due ordinamenti rispetto alla Unione Europea, storicamente intenso e stabile per la Francia, e invece interrotto dalla Brexit per il Regno Unito, in un contesto ove peraltro il Regno Unito, rispetto alla maggior parte degli altri Paesi membri, aveva già optato per una integrazione meno intensa. È opportuno prendere tuttavia in considerazione anche lo stesso ordinamento dell'Unione Europea, per verificare se e in che misura gli atti delle sue istituzioni siano o possano essere disapplicati.

Da ciascuno dei tre contesti si può rilevare che il potere di disapplicazione degli atti amministrativi è riferito o riferibile prevalentemente al giudice, piuttosto che all'amministrazione, ed essenzialmente a quello comune, come sua facoltà accessoria, piuttosto che a quello amministrativo o alle sezioni specializzate.

In particolare, nell'ordinamento dell'Unione, a differenza che negli altri, la disapplicabilità in sede giurisdizionale è limitata agli atti generali, anche normativi, inclusi quelli legislativi<sup>28</sup>.

28 Per un approfondimento, si v. B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, e *ivi* gli ulteriori ampi riferimenti; M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 384 ss. (spec. 421 ss.), e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali; Trib. primo grado C.E., 3 ottobre 1997, n. 186, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, in C. BACKES, M. ELLANTONIO (eds.), *Judicial review of administrative action*, Oxford, 2019, 572, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Corte Giust., 24 ottobre 1996, n. 329; G. BERTEZZOLO, *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 175 ss.; si v. inoltre lo Statuto della Corte di Giustizia allegato al T.F.U.E. quale Protocollo n. 3 e il Regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia; si v., ancora, A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Padova, Cedam 2009, 128 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., pp. 157 ss.; Trib. primo grado U.E., 13 di-

Tuttavia, l'osservazione più attenta dei sistemi giuridici, della prassi delle Corti e del fenomeno disapplicativo nel suo complesso, consente di rintracciare spazi per la disapplicabilità anche nello svolgimento delle funzioni dei giudici speciali o dell'amministrazione.

La comparazione permette, in estrema sintesi, di rilevare la presenza di giudici unici<sup>29</sup>, o di giudici amministrativi<sup>30</sup>, o di sezioni specializzate per il con-

---

cembre 2016, n. 713, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2010, 6, 1471 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; M.L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 4, 767 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia; Corte Giust., 22 dicembre 2008, C-333/07, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); Corte Giust., 23 ottobre 1974, n. 17; Id., 28 maggio 1998, n. 22; Id., 11 settembre 2003, n. 211; Id., 3 settembre 2008, n. 402, tutte in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); Id., 5 ottobre 2000, n. 434, *ibidem*; Id., sez. V, 10 marzo 1992, n. 188, *ibidem*; Id., grande sezione, 8 settembre 2020, n. 119, *ibidem*; Corte Giust., 15 gennaio 2001, n. 239, *ibidem*; Id., 12 ottobre 1978, n. 156, *ibidem*; Id., 6 marzo 1979, n. 92, *ibidem*; Id., sez. II, 15 maggio 2008, n. 442, *ibidem*; Id., sez. V, 22 giugno 1993, n. 222, *ibidem*; Corte Giust., 31 marzo 1965, n. 21, *ibidem*; Id., 28 giugno 2005, n. 189, *ibidem*. Per una indicazione più ampia delle fonti di documentazione si rinvia peraltro a M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata*, in *amministrativ@mente*, 2022, 4, 128-169.

29 In particolare, nell'ordinamento dell'Unione esiste un *unico modello di disapplicazione* in sede *giudiziale*, a *fondamento sia normativo sia parzialmente giurisprudenziale*. La disapplicazione a fondamento normativo è riferibile all'*eccezione di disapplicazione* ex art. 277 T.F.U.E., per i motivi di invalidità di cui all'art. 263 T.F.U.E.; è inoltre riferibile all'*annullamento parziale* ex art. 264 T.F.U.E., al *rinvio pregiudiziale di validità con effetti dichiarativi* ex art. 267 T.F.U.E., all'*azione risarcitoria autonoma da quella di annullamento*. La disapplicazione a fondamento giurisprudenziale è riconducibile, a esempio, agli orientamenti della Corte di Giustizia che ammettono l'annullamento parziale, per ragioni di evidente affinità fra i due strumenti. Pare inoltre possibile individuare *fattispecie differenti* ove la disapplicazione potrebbe ritenersi almeno astrattamente praticabile. Il caso della disapplicazione correlata all'azione risarcitoria autonoma da quella di annullamento è però controverso, in ragione del fatto che esiste un dibattito, sviluppatosi soprattutto nell'ordinamento interno, sulla compatibilità/incompatibilità della disapplicazione dell'atto lesivo non impugnato né annullato rispetto al risarcimento dei danni da esso provocati: alla tesi che esclude la disapplicabilità in ragione della circostanza che gli effetti dannosi dell'atto sarebbero condizione per il risarcimento, si oppone infatti quella secondo cui la illegittimità dell'atto rimane comunque elemento costitutivo della fattispecie dal punto di vista dell'antigiuridicità, alla quale si dovrebbe reagire non solo con l'accertamento del vizio, ma anche, se possibile, con l'annullamento, oppure, in subordine, con la disapplicazione. Se non esiste un interesse contrapposto a quello della parte danneggiata tale da saldarsi all'interesse pubblico precludendo l'annullamento e pure la disapplicazione (si pensi all'ipotesi dell'appalto illegittimamente aggiudicato e che tuttavia abbia avuto principio di esecuzione, richiedendo alla stazione appaltante sia di retribuire l'appaltatore sia di risarcire il concorrente leso), è in sostanza difforme al principio di buon andamento risarcire il danno e al contempo consentire che esso continui a prodursi, legittimando quindi la proposizione anche di richieste di ristoro ulteriori.

30 In Francia si possono a esempio distinguere *l'eccezione di illegittimità dinanzi al g.o. o al g.a. nel giudizio di annullamento dell'atto presupponente* (da una parte) e *il rinvio pregiudiziale al g.a. per una*

tenzioso di diritto pubblico<sup>31</sup>, titolari del potere di annullamento degli atti amministrativi, ma cui al contempo può essere riferito anche quello di disapplicarli, in ragione di una base normativa pure indiretta, che consente di assumere decisioni almeno nella sostanza disapplicative. Si rilevano inoltre orientamenti giurisprudenziali per l'ulteriore estensione del potere in via pretoria<sup>32</sup>.

---

*pronuncia dichiarativa* (dall'altra). Per un approfondimento, si v. B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; Conseil d'État, 11 maggio 2004, n. 255886, in R. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), *Judicial review of administrative action*, cit., pp. 555 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Conseil d'État, 1 giugno 1970, n. 6410; Conseil d'État, 3 dicembre 2003, n. 240267; Id., 6 febbraio 2004, n. 240560; Conseil d'État, 19 gennaio 2001, n. 228815; Id., 14 febbraio 2014, n. 375081; Id., 29 maggio 1908, n. 25488; Id., 30 dicembre 2013, n. 367615; Id., 18 maggio 2018, n. 414583; Id., 27 maggio 2002, n. 227338; si v. inoltre A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., pp. 3 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., pp. 354 ss.; R. NOGUELLOU, *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif: le cas français*, in Aa.Vv., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Annuario 2012 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2013, 167 ss.; si v. altresì il *Code de justice administrative*; H. PÜNDER, A. KLAFKI, *Grounds of review and standard of review*, in C. Backes, M. Eliantonio (eds.), cit., pp. 441 ss., spec. 489 ss.; Conseil d'État, 21 marzo 2007, n. 284586, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), cit., p. 304. Per una indicazione più ampia delle fonti di documentazione si rinvia infine a M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata*, cit.

31 Nell'ordinamento inglese si possono a esempio distinguere il *collateral attack* dinanzi al giudice comune per la tutela dei *private law rights* e la *judicial review* dinanzi alla Sezione specializzata del giudice comune per la tutela dei *public law rights*. Qui, inoltre, l'azione risarcitoria non è autonoma da quella di annullamento, mentre la *judicial review* può condurre ad annullamento parziale e a decisioni dichiarative, inibitorie, tendenzialmente atipiche, entro il cui ambito potrebbero collocarsi anche esiti sostanzialmente disapplicativi. Per un approfondimento si v. C. FRANCHINI, *Il giudice di fronte alla pubblica amministrazione nell'ordinamento inglese*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1985, 4, 1113 ss.; B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; House of Lords, 2 aprile 1998, in E. CHEVALIER (ed.), *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., pp. 639 ss., spec. 641; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, Cedam, 2005, 303 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; T. PERROUD, *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, in C. Backes, M. Eliantonio (eds.), cit., pp. 16 ss.; M. ELIANTONIO, *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), cit., pp. 53 ss.; S. PELLIZZARI, *La stabilità e la contendibilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., pp. 95 ss.; Supreme Court, 4 febbraio 2010, in E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., pp. 555 ss.; High Court (Queen's Bench Division), 24 giugno 1999, in E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court*

#### 4. La disapplicazione del contenuto dei propri atti da parte della stessa amministrazione, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti

Attraverso due percorsi che giungono a intersecarsi, il tema della disapplicazione degli atti amministrativi può essere esteso anche alla pubblica amministrazione, collocandolo in una dimensione contigua a quella dell'autotutela.

Il *primo percorso* si riferisce al potere di disapplicazione per anticomunitarietà, poiché talvolta esso viene esteso dalla Corte di Giustizia – soggettivamente – anche alla p.a.<sup>33</sup> e – oggettivamente – anche agli atti amministrativi (soprattutto, ma non solo, normativi)<sup>34</sup>. Per il giudice interno prevale invece il principio dell'autonomia procedurale, che richiama le reazioni tradizionali alla invalidità, anche tenendo conto della distinzione fra anticomunitarietà diretta e indiretta (*supra*).

In questo scenario, la teoria della disapplicazione per anticomunitarietà induce a domandarsi se siano giustificabili due regimi o se alcuni strumenti, una volta introdotti per far posto al diritto comunitario, debbano essere generalizzati.

Il richiamo dei principi unionali da parte della legge sul procedimento amministrativo rafforza peraltro il regime del primato, che si salda alla disapplicazione per anticomunitarietà come tecnica per renderlo effettivo.

Il *secondo percorso* si riferisce all'analisi della giurisprudenza amministrativa, dalla quale si ricava che talvolta il g.a. legittima o favorisce l'uso della disapplica-

---

*decisions, cit.*, pp. 171 ss., 605 ss.; M. ELIANTONIO, F. GRASHOF, *Types of administrative action and corresponding review*, e E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, ambedue in C. Backes, M. Eliantonio (eds.), *Judicial review of administrative action, cit.*, pp. 171 ss., 593 ss.; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE, cit.*, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2008, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; L. HERING, *I vizi procedurali nella disciplina giuridica dell'amministrazione diretta dell'Unione europea, fra correzione e irrilevanza*, in *Riv. inter. dir. amm. pubb.*, 2021, 2, e *ivi* gli ulteriori riferimenti. Per l'indicazione di ulteriori fonti di documentazione si v. infine M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata, cit.*

32 Si v. le tre note bibliografiche precedenti.

33 Si v. le note bibliografiche del paragrafo secondo.

34 Si v. le note bibliografiche del paragrafo secondo.

zione 'in autotutela' da parte della p.a., anche per argomentare l'esistenza del potere disapplicativo dinanzi a sé, e pure al di là dell'anticomunitarietà.

Un primo contesto in cui ciò si può rilevare riguarda alcune fattispecie trilateri in condizione di *antipatia* dell'atto mediano rispetto agli altri due: il caso è in sostanza quello del contrasto dell'atto provvedimento applicativo rispetto all'atto regolamentare o generale che lo precede, il quale a sua volta contrasta rispetto alla legge.

La casistica è abbastanza variegata e riguarda, fra le altre fattispecie, i bandi di gara o di concorso, in riferimento ai quali si può talvolta assistere al rigetto dei ricorsi avverso gli atti di aggiudicazione che li abbiano violati: il giudice, rilevando a esempio il contrasto del bando rispetto alla normativa comunitaria o al principio del *favor participationis*, dichiara la legittimità dell'atto di aggiudicazione che abbia violato la *lex specialis*, giustificando quindi anche la condotta dell'amministrazione che, così operando, abbia sostanzialmente disapplicato un proprio atto generale<sup>35</sup>.

Altro caso è quello della c.d. etero-integrazione legale dell'atto amministrativo: la violazione degli *standard* urbanistici inderogabili (si pensi alla distanza minima fra pareti finestrate di edifici che si fronteggino anche solo parzialmente) da parte degli atti di pianificazione del territorio determina in sostanza, per consolidato orientamento giurisprudenziale, la necessità di disapplicare il Piano difforme, considerandolo automaticamente etero-integrato dalla previsione normativa violata, e imponendo di rilasciare i titoli edificatori tenendo conto al tempo stesso della disapplicazione e della etero-integrazione<sup>36</sup>.

---

35 Si v. Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1476. In senso sostanzialmente conforme, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 5 luglio 2013, n. 647, in *Foro amm. Tar*, 2013, 7-8, 2414. In senso contrario su fattispecie analoga si v. invece T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 febbraio 2011, n. 73, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2, 520; sulla negazione della disapplicabilità del bando di gara nella parte relativa ai requisiti formali dei contenuti degli atti di partecipazione, si v. inoltre Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2190, in *Foro amm. CdS*, 2012, 4, 902. Sulla negazione della disapplicabilità anche con riferimento a parti del disciplinare di gara inopportuna o incongruamente formulate, si v. T.A.R. Basilicata, sez. I, 8 marzo 2017, n. 195, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

36 Le fattispecie ricondotte alla 'etero-integrazione' riguardano soprattutto il rapporto fra lo standard minimo della distanza di 10 metri fra pareti finestrate di edifici fronteggianti e gli

Ulteriori ipotesi di disapplicazione degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione, di cui si rinviene sempre traccia esaminando la giurisprudenza amministrativa che li giustifica, riguardano gli atti interni (in specie le circolari) e alcuni tipi di accordi (come le convenzioni per l'organizzazione dei servizi pubblici locali o gli accordi dei commissari straordinari conclusi in base a poteri *extra ordinem* degli stessi commissari)<sup>37</sup>.

---

atti di pianificazione urbanistica o i regolamenti edilizi comunali: gli standard sono quelli previsti dall'articolo 9 del decreto ministeriale n. 1444/1968, si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3094, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 6, 1691; Id., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5759, in *Foro amm. CdS*, 2011, 10, 3125; T.A.R. Piemonte, 9 ottobre 2013, n. 1052, in *Foro amm. Tar*, 2013, 10, 2961; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 maggio 2015, n. 2791, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

37 Sulla *insussistenza delle caratteristiche della normatività e della vincolatezza* delle circolari, cui si accompagna peraltro la *disapplicabilità da parte sia dell'amministrazione sia del giudice, a prescindere dalla domanda*, nell'ambito della contestazione della legittimità dell'atto applicativo, si v. Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2010, n. 3877, in *Foro amm. CdS*, 2010, 6, 1227; si v. inoltre Cons. Stato, IV, 15 gennaio 2019, n. 367, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sulla *disapplicabilità* delle circolari e sulla conseguente *esclusione dell'onere di impugnazione*, si v. Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6299, in *Foro amm.*, 2000, 11; Id., sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5354, in *Foro amm.*, 2001, 2719; Id., sez. IV, 26 marzo 1999, n. 421, in *Foro amm.*, 1999, 643; T.A.R. Calabria, 24 giugno 1998, n. 663, in *Mass. red. Giuffrè*, 1998; Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 2013, n. 2916, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sulla *vincolatezza*, e sulla correlata *negazione della disapplicabilità da parte dell'amministrazione*, si v. invece Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1989, n. 546, in *Foro amm.*, 1989, 2832. Sulla limitazione della *vincolatezza* delle circolari al caso in cui esse siano *legittime*, e pertanto sulla *doverosità della disapplicazione in sede amministrativa di quelle illegittime*, si v. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, cit., pp. 182 ss., e *ivi* i riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 1999, n. 421, in *Foro amm.*, 1999, 643. Nello stesso senso T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 giugno 2012, n. 5201, in *Foro amm. Tar*, 2012, 6, 1979. Sulla *disapplicabilità delle circolari interpretative da parte del giudice amministrativo e dell'amministrazione*, si v. Cons. Stato, Ad. plen., 14 novembre 2011, n. 19, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sulla *insussistenza delle caratteristiche della normatività e della vincolatezza* delle circolari, cui si accompagna peraltro la loro affermata *disapplicabilità* in relazione alla contestazione della legittimità dell'atto applicativo, anche da parte della p.a., si v. Cons. Stato, 30 maggio 2005, n. 2768, in *Foro amm. CdS*, 2005, 5, 1422; sul *dovere di disapplicazione delle circolari illegittime da parte della p.a.* si v. Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 2000, n. 5506, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sulla *impossibilità di disapplicare le circolari in sede amministrativa alla luce del loro carattere vincolante all'interno dell'apparato*, si v. invece Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1989, n. 546, in *Foro amm.*, 1989, 2832. Per un ulteriore approfondimento si v. A. GASPARI, *I poteri di disapplicazione del giudice amministrativo e dell'autorità amministrativa tra il nuovo e l'antico*, in *Giustamm*, 2002, 11, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 1988, n. 733, in *Foro amm.*, 1988; Id., Ad. plen., 25 maggio 1973, n. 2; Id., sez. IV, 17 giugno 1993, n. 620, in *Foro amm.*, 1993. Altro caso è quello degli accordi accessivi a provvedimenti, a loro volta disapplicati dal Commissario straordinario per l'attuazione dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario: la fattispecie non pare tuttavia propriamente riconducibile allo schema descritto. Inoltre, in ambedue le ipotesi l'apparato disapplicante non è una amministrazione terza rispetto a quella emanante, bensì il suo organo straordinario e temporaneo. Infine, nella seconda ipotesi la legittimazione del potere si

Soprattutto per i bandi e gli atti etero-integrati, la fattispecie intercetta il tema dell'atto implicito di autotutela, in alternativa alla disapplicazione: il limite principale che si frappone alla possibilità di individuare un atto implicito consiste tuttavia nella necessità che i poteri impliciti osservino il principio di legalità, soprattutto se esercitati in forma tacita; ulteriori difficoltà potrebbero emergere nelle ipotesi in cui l'elemento presupponente sia un comportamento, piuttosto che un atto<sup>38</sup>.

A queste fattispecie si aggiunge il tema della conformazione amministrativa alla disapplicazione realizzata in sede giurisdizionale: qui emerge la necessità di valorizzare il significato sostanziale della attività di conformazione e la concezione del giudizio come vertente sul rapporto fra amministrazione e cittadino, piuttosto che sui soli atti in cui il rapporto si esprime<sup>39</sup>. In questi termini, la conformazione potrebbe essere svolta tramite (i) l'autotutela su atti non direttamente incisi dalla decisione del giudice, oppure attraverso (ii) il riesercizio del potere primario.

Le modalità in cui l'attività conformativa potrebbe realizzarsi richiamano, a loro volta, gli ulteriori temi del rapporto fra le due opzioni e il principio di legalità, degli effetti sostanzialmente abrogativi del riesercizio del potere primario sugli atti difformi non incisi dalla pronuncia giurisdizionale, e – infine – del rapporto fra l'eventuale estinzione del potere e la possibilità o il dovere del suo

---

fonda essenzialmente sul possesso di competenze *extra ordinem* da parte dell'apparato disapplicante. Per i riferimenti giurisprudenziali si v. Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2012, n. 2470, in *Foro amm. CdS*, 2012, 4, 923, sulla disapplicabilità degli accordi accessivi o integrativi rispetto a provvedimenti ritenuti illegittimi o inopportuni, da parte del Commissario regionale per il rientro dal disavanzo sanitario e nell'ambito dei suoi poteri *extra ordinem*. Si v. altresì Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2001, n. 1045, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>38</sup> Per un approfondimento si v. A. DE SIANO, *Brevi osservazioni sull'atto amministrativo implicito*, in *Giustamm*, 2014, 6, e *ivi* gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici. Per uno studio più generale sul tema, si v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>39</sup> Per un approfondimento si v. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, cit.; A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 171 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.



riesercizio con effetti sostanzialmente abrogativi (ciò che a es. si può rilevare nella successione fra Piani urbanistici).

Per l'amministrazione, alla quale non sono riferibili gli artt. 24 e 113 Cost., il principale problema riguarda però il rapporto tra disapplicazione e nucleo essenziale del principio di legalità sostanziale: le tesi che negano la disapplicabilità si fondano in sintesi sull'esistenza del potere di autotutela o della possibilità di riesercitare quello primario, valorizzandone l'inesauribilità<sup>40</sup>, la quale – come noto – è stata tuttavia ridimensionata dalla introduzione di fattispecie di decadenza dall'autotutela<sup>41</sup>. Il tema induce a indagare il rapporto fra la disapplicazione e alcune attività dell'amministrazione che vi si possono correlare: l'esercizio di poteri impliciti o l'adozione di atti di sospensione cautelare, ma anche l'azione conformativa rispetto a una possibile disapplicazione giudiziale (con l'autotutela o il riesercizio del potere primario, appunto).

L'esistenza di un potere di disapplicazione “in autotutela” al di fuori dei casi di anticomunitarietà risulta quindi più difficilmente sostenibile. Ma ciò non esclude la possibilità e/o l'opportunità di ricercare ancora una risposta in concreto, ragionando sui rapporti reciproci fra i precetti che l'intero sistema ordinamentale esprime. Nel complesso, tali rapporti appaiono tuttavia orientati a sostenere una soluzione negativa, sebbene intensamente stridente rispetto a ciò

---

40 Per un approfondimento si v. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013; C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa: tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, Giuffrè, 2007; cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, 121 ss. In questo scenario un ulteriore e assorbente limite è stato individuato nella circostanza che la disapplicazione consisterebbe in un mero strumento processuale, inidoneo pertanto a esplicare i propri effetti fuori dal processo, si v. S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 4, 1112 ss. Appare tuttavia difficile immaginare che gli effetti di una disapplicazione processuale non si riverberino in ambito sostanziale. La giurisprudenza nazionale tende peraltro a limitare ai soli regolamenti la disapplicabilità dell'atto amministrativo da parte dell'amministrazione per contrasto rispetto alle fonti interne primarie e al diritto comunitario immediatamente applicabile, si v. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 2 luglio 1997, n. 242, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

41 Si pensi ai limiti temporali per l'annullamento in autotutela dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici, introdotti dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, e poi ulteriormente intensificati dalle riforme amministrative approvate nel periodo pandemico.

che accade o può accadere nella prassi, e di cui, come si è visto, si ha contezza indirettamente attraverso l'esame della giurisprudenza amministrativa<sup>42</sup>.

Diverso è il caso del potere di non-applicazione, che conduce – in un contesto di apparente contrasto fra prescrizioni concorrenti e gerarchicamente equiparabili per la disciplina di un fatto – a scegliere il precetto da applicare per ragioni diverse dalla invalidità di quello escluso: a esempio in base al contenuto, ricorrendo al criterio di specialità, oppure in base alla datazione, ricorrendo al criterio cronologico, se quello di specialità non può essere utilizzato per omogeneità dei contenuti. Questa attività sembra potersi considerare, a buon diritto, una facoltà dell'amministrazione strumentale e immanente rispetto ai poteri di cui essa è già titolare. È pur vero, peraltro, che la distinzione fra *disapplicabilità* e *non-applicabilità* risente del limite rappresentato dalla necessità di una attività interpretativa per discernere le diverse fattispecie, e che ciò veicola inevitabili elementi di incertezza. Si può a questo punto declinare il tema in argomento tornando a volgere lo sguardo, come nel paragrafo precedente, agli ordinamenti che si sono selezionati per la comparazione.

In ciascuno dei tre contesti esaminati (U.E., Francia e Regno Unito) la fattispecie della disapplicazione degli atti amministrativi da parte della p.a. può rappresentare l'estrema risposta dell'ordinamento alla gestione di situazioni

---

42 Per il tema della disapplicabilità dei propri atti da parte dell'amministrazione può astrattamente rilevare anche il rapporto fra gli eventuali esiti disapplicativi e la natura dei vizi idonei a determinarli. Si fa riferimento alla disciplina dei vizi procedurali o di forma ex art. 21 *octies* della legge generale sul procedimento amministrativo, estesa, in via interpretativa, dall'annullamento giurisdizionale a quello in autotutela da parte della p.a. È evidente che l'atto affetto da tali vizi, pur se non annullabile, è comunque antigiuridico, e quindi astrattamente disapplicabile. Tuttavia lo svolgimento di questo potere trova una scarsa rappresentazione nelle decisioni del g.a. (con riferimento alla disapplicazione sia da parte dello stesso giudice amministrativo sia da parte dell'amministrazione), riguardando essenzialmente la disapplicazione dei bandi di gara per violazione del *favor participationis*, in un contesto caratterizzato peraltro da un potere amministrativo discrezionale. A questo si correla peraltro l'ulteriore tema della disapplicabilità del comma 2 dell'art. 21 *octies* per violazione dell'art. 41 della Carta di Nizza (per un approfondimento si v. D.U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 della Carta dei diritti UE*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 319 ss.; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 259 ss.).

concrete ove l'atto debba cessare di essere attuato, ma non esistano rimedi ancora praticabili o altrettanto proporzionali rispetto agli effetti che si vogliono o si debbano assicurare. Il caso in cui questa utilità può risultare più percepibile consiste in quello dell'adeguamento ampio alle decisioni giurisdizionali stabilizzate dal giudicato o provvisoriamente esecutive, in un contesto ove i poteri di ritiro o riforma da parte della p.a. non siano esercitabili per qualche motivo<sup>43</sup>.

### **5. Le principali implicazioni e prospettive degli scenari tracciati, specialmente in riferimento alla teoria delle fonti del diritto e delle tecniche per comporne i contrasti reciproci, al principio di legalità e al principio di certezza del diritto**

In estrema sintesi, sia per il giudice sia per la p.a. la disapplicazione può rivelarsi strumento di realizzazione o di violazione dei principi di legalità e cer-

---

43 A esempio, se si guarda all'ordinamento dell'U.E., può emergere il tema della attività conformativa della p.a. o dei giudici alla dichiarazione di illegittimità resa nel rinvio pregiudiziale di validità ex art. 267 T.F.U.E.; o il tema dell'obbligo degli apparati dell'UE di conformarsi alle decisioni giurisdizionali di annullamento dei loro atti ex art. 266 T.F.U.E. (si pensi alla disapplicazione di atti non direttamente interessati dal sindacato svolto, ma la cui esecuzione sia ostativa a realizzare l'assetto di interessi che la decisione giurisdizionale ha inteso tutelare); oppure, ancora, può emergere il tema dell'attività conformativa degli apparati dell'U.E. alle sentenze di condanna al risarcimento dei danni provocati dalla p.a. pronunciate in assenza di annullamento dell'atto lesivo. Fattispecie come queste potrebbero coinvolgere il potere di autotutela della p.a., ritenuto di regola facoltativo nell'*an* e discrezionale nel contenuto, e solo in casi eccezionali doveroso nell'*an* e vincolato nel contenuto, anche in riferimento alla scelta della efficacia retroattiva o *ex nunc*. Il potere è fondato prevalentemente sulla giurisprudenza unionale, e solo per qualche fattispecie particolare è assistito da base normativa. Fra i presupposti per il suo esercizio, il rilievo di forme di invalidità meno gravi o di ragioni di opportunità è escluso o eccezionale. Sono però, in alcuni casi, previsti termini per l'attivazione e lo svolgimento di una parte dei poteri di autotutela: ciò può in sostanza far emergere l'ulteriore tema della potestà dell'amministrazione di disapplicare gli atti da essa stessa non più annullabili o revocabili per l'avvenuta decorrenza del termine, soprattutto ove ciò sia funzionale alla conformazione alle decisioni giurisdizionali. Considerazioni e ragionamenti dello stesso tipo possono essere estesi agli ordinamenti della Francia e del Regno Unito. Per un approfondimento si v. M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit.; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, cit.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit.; M. ELIANTONIO, *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), *Judicial review of administrative action*, cit.; *Un'indagine comparata*, cit.; H. PÜNDER, A. KLAFKI, *Grounds of review and standard of review*, cit., pp. 441 ss., spec. 489 ss., e *ivi* anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Trib. primo grado, 7 dicembre 2004, n. 251; si v. inoltre Corte Giust., 12 gennaio 1984, n. 266, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); Corte giust., 26 aprile 1988, n. 215, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); Trib. primo grado, 13 dicembre 2016, n. 713, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); T. PERROUD, *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.; M. ELIANTONIO, *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, cit., pp. 53 ss.

tezza, ma le condizioni di componibilità del potere disapplicativo rispetto alle attività consentite dall'ordinamento all'amministrazione e al suo giudice vanno ricercate in concreto.

Il bilanciamento reciproco fra i diversi obiettivi delle regole/decisioni può avvenire individuando il livello di certezza o incertezza ritenuto accettabile per consentire al diritto di svolgere la sua funzione sociale. La medesima affermazione si può estendere agli obiettivi di uguaglianza formale nonché di uguaglianza sostanziale e di equità.

La stessa scelta di affidare all'amministrazione la cura degli interessi ritenuti più meritevoli di considerazione, fra quelli espressi dalla comunità, riflette l'esito di un bilanciamento: fra la predeterminazione generale e astratta di tutte le possibili regole di comportamento e il pieno rinvio all'autonomia privata.

La predeterminazione generale e astratta di tutte le possibili regole di comportamento rappresenta la condizione teorica del grado massimo di certezza/prevedibilità, uguaglianza formale. Il pieno rinvio all'autonomia privata rappresenta invece la condizione teorica del grado massimo di incertezza/parcelizzazione, equità, uguaglianza sostanziale.

La flessibilità, l'equità, l'uguaglianza sostanziale, e quindi l'incertezza con-naturale alla decisione del caso concreto, diventano così funzionali a consentire l'applicazione della regola, e strumentali anche alla certezza della sua effettività.

GIOVANNI GALLONE  
Consigliere di Stato – PhD  
*gion.gallone@gmail.com*

**DIGITALIZZAZIONE, AMMINISTRAZIONE E PERSONA:  
PER UNA “RISERVA DI UMANITÀ” TRA SPUNTI  
CODICISTICI DI TEORIA GIURIDICA  
DELL’AUTOMAZIONE**

**DIGITALIZATION, ADMINISTRATION AND HUMAN BEING:  
TOWARDS A “RESERVE OF HUMANITY” AMONG CODICISTIC  
INSIGHTS OF A LEGAL THEORY OF AUTOMATION**

SINTESI

Lo scritto si interroga sul ruolo da riconoscere alla persona umana nelle procedure amministrative automatizzate e sulla esistenza di una “riserva di umanità” nello svolgimento delle funzioni amministrative segnalando come anche i più recenti interventi legislativi nel campo dell’evidenza pubblica (con il nuovo Codice dei contratti pubblici - d.lgs. n. 36 del 2023) depongano ormai in questa direzione.

ABSTRACT

The paper questions the role to be accorded to the human person in automated administrative procedures and the existence of a “reserve of humanity” in the execution of administrative functions, pointing out how the most recent legislative interventions in the field of public procurement (the new Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 36 del 2023) now depose in this direction.

PAROLE CHIAVE: digitalizzazione – funzione amministrativa – riserva di umanità – evidenza pubblica.

KEYWORDS: digitalization – administrative functions – reserve of humanity – public procurement.

INDICE: 1. Automazione amministrativa e ruolo della persona. 2. Il formante costituzionale e le basi dogmatiche della “riserva di umanità”. 3. La natura e la portata della riserva di umanità. 4. La “riserva di umanità” nell’art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici: in cammino verso una compiuta teoria giuridica dell’automazione amministrativa.

## 1. Automazione amministrativa e ruolo della persona

L'automazione decisionale<sup>1</sup>, almeno nelle sue forme più elementari, è, ormai da tempo, realtà in molti uffici della pubblica amministrazione<sup>2</sup>. Non vi è da stupirsi, pertanto, se, anche sulla scia della progressiva digitalizzazione delle nostre vite, il tema sia divenuto sempre più centrale negli studi giuridici. Invero, in Italia<sup>3</sup> le prime riflessioni risalgono a oltre trenta anni fa<sup>4</sup> e quella attuale è

---

1 Lo scritto prende ampia ispirazione dal lavoro monografico dell'autore G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione tra procedimento e processo*, Milano, Cedam, 2023, reperibile anche in formato open access su <https://ciadig.catedradebuengobierno.es> e ne riattualizza, in parte, le conclusioni alla luce dell'entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78.

2 Si seguono, ad esempio, da almeno un paio di decenni, procedure automatizzate per la gestione di trasferimenti ad istanza di parte, attuati da alcune forze armate; cfr. A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn.dir.amm.*, 2004, p. 1371 o per procedure di mobilità di dipendenti del M.I.U.R.. Invero, già A. RAVALLI, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 1989, II, p. 261-262, oltre a preconizzare esempi di future applicazioni dell'I.A. all'attività amministrativa, richiamava l'esempio dei "sistemi di determinazione degli emolumenti, loro aggiornamenti e progressione [...] (all'epoca già) generalmente automatizzati" e delle conseguenti problematiche giuridiche.

3 Ancora più risalente è l'attenzione per il tema in Germania dove il dibattito sull'automazione nasce addirittura alla fine degli anni '50 del secolo scorso (oltre a K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Karlsruhe, 1959, e dello stesso Autore, *Verwaltungsfabrikat und Gefährdungshaftung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, vanno richiamati i lavori di H.P. BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, Hamm, 1964; S. SIMITIS, *Automation in der Rechtsordnung, Möglichkeiten und Grenzen*, Heidelberg, 1967, 23; M. VON BERG, *Automationsgerechte Rechts und Verwaltungsvorschriften*, Köln-Berlin, 1968; A. VON MUTIUS, *Zu den Formerfordernissen automatisierter Verwaltungsentscheidungen*, in *Verwaltungsarchiv*, 67, 1976, p. 116 ss.; un nuovo slancio si è registrato a partire dagli anni 90' con P. LAZARATOS, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, Berlin, 1990, 35; R.M. POLOMSKI, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, Berlino, 1993, 22; N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlino, 1997, e poi sull'onda dello sviluppo della tecnologia dell'intelligenza artificiale con M. MARTINI, *Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung*, publication of Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer, 2016, p. 4 ss.). In Spagna, invece, il filone è fiorito più di recente (I. MARTÍN DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, in *Revista de administración pública*, 2009; E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Valencia, 2017; J. VALERO TORRIJOS, *Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 2019, 87; O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, *La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 30, 2020, 6 ss.) dovendo molto, almeno in principio, all'impulso proprio della dottrina italiana ma si distingue, oggi, sul piano comparatistico europeo, per qualità dell'elaborazione.

solo l'ultima stagione di un dibattito molto più articolato<sup>5</sup>. Sembra, tuttavia, che, anche in ragione della sua relativa giovinezza, il confronto sul tema abbia rinunciato, con l'eccezione di alcuni studi fondativi<sup>6</sup>, a costruire un'organica e compiuta teoria giuridica dell'automazione amministrativa. Questa ritrosia è, con ogni probabilità, da ricondurre a due diversi fattori: da un lato la mancanza di una disciplina legale di riferimento e, quindi, di una base positiva su cui innestare categorie e concetti e, dall'altro, una netta prevalenza, almeno nelle prime fasi, del formante giurisprudenziale che, schiacciato, come di consueto, sull'esigenza di dare risposte concrete di giustizia alle singole fattispecie, ha mancato di dare una sistemazione teorica di più ampio respiro alla materia.

In questo quadro si è perso di vista, con alcune meritorie eccezioni, quello che forse rappresenta il principale nodo teorico del fenomeno dell'automazione: il ruolo da riconoscere alla persona e, di riflesso, i confini esterni entro cui è ammissibile il ricorso alla macchina nello svolgimento delle funzioni amministrative.

---

4 A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 52; G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in Riv.amm., 1978, 407 ss.; B. SELLERI, *Gli atti amministrativi «in forma elettronica»*, in Dir.Soc., 1982, 133; G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, Franco Angeli, 1983, p. 145; V. FROSINI, *L'informatica e la p.a.*, in Riv.trim.dir.pubbl., 1983, p. 48; A. RAVALLI, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, cit., p. 261-262; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in Dir.inf., 1993, p. 17 ss.. Tra gli studi monografici A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993 e U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993.

5 Di "stagioni" di studio ve ne sono state almeno due dopo i lavori dei pionieri della materia. La prima ha avuto luogo agli inizi degli anni 2000 su stimolo della giurisprudenza amministrativa (A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in Foro amm. C.d.S., 2002, 2276; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in Dir.ec., 2003, 615; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2005; A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in Giorn.dir.amm., 12, 2005, p. 1300 ss.). La seconda, più recente ed ancora in corso, figlia dell'impetuoso sviluppo tecnologico degli ultimi anni, ha preso abbrivio a partire dalla seconda metà degli anni '10 di questo secolo (a cui si farà riferimento in più parti nel prosieguo), è certamente più ricca dal punto di vista quantitativo ma si muove, in massima parte, ancora nel solco tracciato dai lavori precedenti.

6 Il riferimento è, anzitutto, a A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., che resta, a tutt'oggi, avendo largamente ispirato i lavori successivi (come quello di D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit.) il principale punto di partenza e confronto per la riflessione in materia di automazione.

È evidente come, specie in prospettiva di quella che sarà l'evoluzione tecnica e, soprattutto, degli scenari che aprirà l'impiego dell'intelligenza artificiale<sup>7</sup>, sia divenuta ineludibile, anche per fronteggiare il “volto oscuro” di questa<sup>8</sup>, una netta presa di posizione della scienza giuridica.

In particolare, v'è da chiedersi se esista una sfera giuridica incompressibile di appannaggio dell'essere umano e, quindi, perimetrarne portata e contenuto.

La risposta non può che essere affermativa ed appare legata a quella che può definirsi, senza enfasi, un'opzione ordinamentale di fondo di carattere assiologico.

Definire il ruolo della persona nel processo decisionale amministrativo equivale, infatti, prima di ogni ulteriore riflessione dogmatica, a confrontarsi ed interrogarsi, sul piano filosofico ed etico, in ordine al rapporto uomo-macchina, come declinazione del tema del rapporto tra soggetto ed oggetto io e non-io<sup>9</sup>.

Le basi metagiuridiche del discorso sono offerte, oggi, da quelli che sono gli approdi quasi universalmente condivisi del pensiero postmoderno<sup>10</sup>.

7 L'automazione “avanzata” a mezzo di intelligenza artificiale (per distinguerla da quella che, in maniera, quasi ossimorica può definirsi l'automazione “tradizionale”, per riprendere la terminologia suggerita in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 17 ss.) apre nuovi scenari giuridici che impongono di rivedere le costruzioni teoriche proposte dalla dottrina dei primordi (tra tutte A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit. p. 58 ss.) che hanno assunto a riferimento l'impiego di algoritmi deterministici. Invero, la stessa espressione “intelligenza artificiale” di cui non esiste una definizione positiva, è polisemica e si presta a conglobare tecnologie differenti che spaziano dal *machine learning* al *natural language processing* e che sono accomunate, non senza un certo margine di approssimazione, dall'intento mimetico di avvicinarsi alle capacità della mente umana.

8 Fatto di *bias*, errori e di non controllabilità degli esiti computazionali. Per una breve rassegna di questo “volto oscuro” sia consentito rinviare a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 26 ss..

9 Per una più ampia disamina, anche in ottica storica, si rinvia ancora un volta a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 5 ss..

10 Senza pretese di esaustività, sull'impatto degli algoritmi sul nostro modello di società si segnalano le voci preoccupate di H. FRY, *Hello World. Essere umani nell'era delle macchine*, nella traduzione di A. MIGLIORI, Torino, Bollati Boringhieri 2018, B. KAISER, *La dittatura dei dati*, Milano, Harper Collins, 2019 e di S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a Human Future at the new Frontier of Power*, New York, Public Affairs-Hachette Book Group, 2019. La post-modernità è anche, in certa misura, il “post umano” di cui parla S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, p. 341 ss..



Pur nella diversità degli approcci<sup>11</sup>, pare, infatti, vi sia un condiviso timore che il genere umano, nel coltivare l'antica ambizione di dominare il mondo, possa finire col rendere superfluo sé stesso<sup>12</sup>.

In questa temperie culturale che vede sempre più acceso il dibattito etico attorno all'impiego degli algoritmi<sup>13</sup>, si predica da più parti il ritorno ad approccio antropocentrico che metta al centro la persona umana nella sua irriducibilità ed unicità<sup>14</sup>.

Si auspica, in particolare, il fiorire di un "umanesimo digitale"<sup>15</sup>, figlio della nostra epoca dell'"umanesimo giuridico"<sup>16</sup>.

I principali corollari di questo approccio sono, in particolare, la necessità di ricondurre la macchina (e, prima ancora, l'algoritmo ed il software di cui esso è espressione) a *mero instrumentum* al servizio dell'uomo e l'assegnazione alla stessa di una funzione servente di supporto e non sostitutiva dell'umanità.

---

11 Accanto a voci laiche se ne trovano di altre animate da un approccio religioso al tema. Nel mondo cattolico il riferimento è, anzitutto a P. BENANTI, *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Roma, Luca Sossella, 2018 e del medesimo Autore *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Bologna, Marietti 1820, 2018. In questo contesto il 28 febbraio 2020, su iniziativa della Pontificia Accademia per la Vita, è stato firmato in Vaticano l'Appello di Roma per un'etica dell'intelligenza artificiale (Call for AI Ethics).

12 È la prospettiva escatologica dell'"antropocene" di Y.N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, nella traduzione di M. PIANI, Milano, Bompiani, 2017. L'Autore immagina che "gli uomini diventeranno sempre meno utili sia sotto il profilo economico che sotto quello militare" con la conseguenza che "il sistema economico e politico cesserà di accordare loro così tanta importanza". Un'analogia preoccupazione è condivisa da J. KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Roma, Luiss, 2016.

13 Per una panoramica ad ampio spettro del dibattito etico attorno all'impiego degli algoritmi cfr. B.D. MITTELSTADT, P. ALLO, M. TADDEO, S. WACHTER, L. FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in *Big Data & Society*, luglio-dicembre 2016, 1 ss..

14 La c.d. *separateness of persons* per riprendere i fondamentali insegnamenti di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982, p. 48. La coscienza, intesa come consapevolezza della propria e altrui esistenza e delle conseguenze del proprio operato, resta l'altro tratto davvero caratterizzante l'io e l'umano, che lo rende irriducibile ad una macchina. Coscienza che è il presupposto ineliminabile per il rapportarsi secondo morale ed etica in qualsiasi decisione.

15 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 32 ss.. L'espressione "umanesimo digitale" è stata impiegata da J. NIDA-RÜMELIN, N. WEIDENFELD, *L'umanesimo digitale. Un'etica per l'epoca dell'Intelligenza Artificiale*, nella traduzione di G. B. DEMARTA, Milano, Franco Angeli, 2019.

16 Dagli insegnamenti di G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, oggi in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 445 ss.. Non si può non scorgere anche l'influenza del pensiero neo-tomista di J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, II ed., Brescia, Morcelliana, 1963, 17 ss. e passim, latore di una "una filosofia per i tempi nuovi" che ruota attorno ad un "umanesimo integrale".

Ciò si traduce nella ricerca di un punto di equilibrio tra la quantità di potere che si delega alla macchina e quello che si mantiene agli esseri umani. Esso è da individuare, secondo l'opinione più accreditata<sup>17</sup>, attraverso un criterio di “meta-autonomia” che raccomanda che siano gli esseri umani ad avere il potere di decidere quali decisioni prendere, esercitando la libertà di scegliere, dove necessario, e cedendo tale libertà, mediante una scelta comunque revocabile, nei casi in cui ragioni di opportunità e convenienza possono ritenersi prevalenti. Dal punto di vista tecnico la soluzione avanzata è quella della costruzione di un modello di intelligenza artificiale che sia *human-centered designed* e che preveda il c.d. *Human-in-the-loop*<sup>18</sup> collocando la conoscenza e l'esperienza delle persone al centro dei processi di apprendimento automatico. In esso la rinnovata centralità dell'individuo va assicurata, in particolare, con riguardo al momento finale dell'assunzione della scelta, prevedendo che il risultato computazionale elaborato dal software, prima di rifluire in una decisione, possa essere sottoposto a revisione da parte di una persona fisica che sia a ciò preposta<sup>19</sup>. In questo senso si è proposto di parlare, sul piano giuridico, di “riserva di umanità”<sup>20</sup> nello svol-

---

17 Tra tutti L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 185 ss.. Agli anni '90 del secolo scorso risale la fondazione, come branca autonoma, della filosofia dell'informazione, a cui ha contribuito in maniera determinante proprio l'opera di L. FLORIDI, *Philosophy and Computing: An Introduction*, Londra-New York, 1999.

18 Che si contrappone al modello opposto e più radicalista dello *Human-out-of-the-loop*. Per una introduzione a questo approccio human-based C.E. BRADLEY, *Human-in-the-loop applied machine learning*, in 2017 IEEE International Conference on Big Data, Boston, 2017.

19 È la soluzione avanzata ancora una volta da L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, cit., 98, secondo cui “gli esseri umani dovrebbero mantenere il potere di decidere quali decisioni prendere, esercitando la libertà di scelta dove necessario e cedendola nei casi in cui ragioni di primaria importanza, come l'efficacia, possano prevalere sulla perdita di controllo sul processo decisionale” con l'ulteriore precisazione che “qualsiasi delega dovrebbe anche rimanere in linea di principio rivedibile, adottando come ultima garanzia il potere di decidere di decidere di nuovo”.

20 Il conio dell'espressione “riserva di umanità” (in spagnolo “reserva de humanidad”) la si deve a J. PONCE SOLÈ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, p. 50, 2019. In Italia hanno parlato, riprendendo sul punto sempre J. PONCE SOLÈ, di una “tradizionale riserva di umanità” propria del diritto F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazioni e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 137. V'è, però, da rilevare che l'uso dell'espressione fattane da J. PONCE SOLÈ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, cit. p. 50 è parzialmente

gimento delle funzioni amministrative<sup>21</sup> con ciò indicando quella sfera minima di intervento che deve inderogabilmente rimanere di appannaggio esclusivo della persona (con il corollario del divieto di forme di automazione integrale).

Questa scelta terminologica non si spiega solo per la forza evocativa della formula ma riposa su specifiche considerazioni dogmatiche.

Anzitutto, il concetto di “riserva”, istituto classico del diritto pubblico transitato dalla tradizione liberale allo Stato costituzionale contemporaneo, esprime, nelle sue diverse declinazioni (di legge, di giurisdizione, di amministrazione), una precipua pregnanza giuridica individuando una sfera materiale o di azione non contendibile e di appannaggio esclusivo di uno specifico potere dello Stato ovvero di una specifica fonte del diritto. Inoltre, esso non è estraneo al campo amministrativo essendo stato impiegato ad altri fini in un’accezione che, tuttavia, in sostanza, è sempre quella di delimitazione di uno spazio giuridico minimo<sup>22</sup>.

La locuzione “riserva di umanità” sembra, poi, restituire maggiore profondità rispetto ad altre espressioni, pur di successo e, come si dirà in chiusura,

---

diverso da quello che qui si propone atteso che questi, invero, ha immaginato l’esistenza di una “reserva de humanidad” come bilanciamento alla mancanza di empatia emozionale da parte dell’algoritmo, osservando che “la IA no puede acabar consiguiendo disponer de máquinas con empatía emocional con los humanos, porque hace falta ser humano para ello, entonces IA y empatía emocional sería una contradicción in terminis, y el sueño, en el sentido de aspiración, de la razón total (artificial en este caso) podría llegar a producir monstruos burocráticos que no resuenen emocionalmente ni se conecten con los humanos”.

21 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., passim.

22 È il caso della “riserva di competenza” elaborato in dottrina sin da E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1983, p. 286 ss. (poi ripreso da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 7 e 20-21) che, nel tenere distinte valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa, disegna una sfera di esclusività della pubblica amministrazione rispetto all’accertamento di fatti di ordine tecnico. Più di recente, sulla scia della giurisprudenza costituzionale si è parlato, in chiave di contenimento del campo di operatività delle cd. legge-provvedimento, anche di “riserva di procedimento” con ciò intendendo quell’ambito materiale che “si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo” (così Corte cost. n. 116 del 2020). Altre volte il termine “riserva” ha assunto, in campo amministrativo, un’accezione dal sapore atecnico e con valenza perlopiù descrittiva come accaduto, ad esempio, per la locuzione “riserva di scienza” (G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022, p. 799 ss.).

oggi penetrate nel tessuto normativo, quali la “non esclusività algoritmica”<sup>23</sup>. Quest’ultima, in quanto costruita in termini puramente negativi come mero limite, non dà, infatti, contezza della portata positiva del concetto potendosi pre-stare ad una lettura oltremodo riduttiva che rischia di relegare l’intervento umano nel procedimento quasi a mera eccezione rispetto alla regola dell’informatizzazione-automazione.

## 2. Il formante costituzionale e le basi dogmatiche della “riserva di umanità”

La pervasività della “riserva di umanità” come principio giuridico generale, nella dimensione che quest’ultima categoria assume per la teoria generale del diritto<sup>24</sup>, emerge, infatti, con tutta evidenza, a livello di fonti super-primarie.

Benché essa non trovi alcuna consacrazione espressa nella nostra Carta Costituzionale, è certamente possibile rintracciare nella fitta trama dei principi costituzionali una serie di saldi appigli che possono costituire la base normativa ed assiologica su cui fondare detta riserva<sup>25</sup>.

---

23 La locuzione “principio di non esclusività” è stata impiegata per la prima volta da dallo scritto di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 63. È stata, poi, testualmente ripresa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato con la nota pronuncia Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 (L. CARBONE, *L'algoritmo e il suo giudice*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur.it.*, luglio 2020, 1738) ed è, oggi, stato ripreso, come si dirà nel prosieguo, all’art. 30, comma 3, lett. b), del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023).

24 La natura autenticamente normativa dei principi come norme giuridiche che presentano tutti i caratteri delle regole di condotta è stata sostenuta per la prima volta con forza in dottrina in Italia da V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv.intern.fil. dir.*, XXI, 41-63, 157-81, p. 230 ss., studi poi ripresi ed applicati alla nuova esperienza costituzionale in V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952. In questo solco si colloca la dottrina oggi prevalente che sembra abbracciare una distinzione “forte” fondata su caratteristiche di tipo qualitativo e sostanziale, quali la “sovrabbondanza” di valori e la funzione giuspoietica propria dei principi (in termini F. MODUGNO, *Apunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, Giappichelli, 2002, p. 56). Per un quadro di insieme S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc.dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 494 ss. e, sul piano della teoria generale, N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Nss. dig. it.*, XII, Giappichelli, Torino, 1966, p. 348 ss..

25 Così *amplius* G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 41 ss..

È dato, infatti, scorgere, lungo tutto il dettato della Costituzione, un'assoluta centralità della persona umana, portato diretto del compromesso raggiunto, in sede costituente, tra le tradizioni politiche e costituzionali delle sinistre, del pensiero liberale e democratico e di quello cattolico. Esso si percepisce, peraltro, tanto nella parte relativa ai “Principi fondamentali” quanto nelle disposizioni che si occupano specificatamente della “Pubblica Amministrazione”.

Partendo da queste ultime è possibile affermare che il nostro modello costituzionale di amministrazione è innegabilmente quello di un'amministrazione umana, con ciò intendendosi un'amministrazione fatta dagli uomini e destinata a servire gli stessi<sup>26</sup>. Più segnatamente, la “Pubblica Amministrazione”, per come tratteggiata dagli artt. 97<sup>27</sup> e 98 Cost.<sup>28</sup>, si identifica non solo con i “pubblici uffici” nella loro dimensione oggettiva ma, soprattutto, con i “pubblici impiegati”<sup>29</sup>.

In questo senso depone anche il disposto dell'art. 54, comma 2, Cost. norma dal valore non solo simbolico ma sistemico che chiama i “cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche” a “disciplina e onore”<sup>30</sup> così lasciando inten-

---

26 Secondo la parabola di progressiva “personalizzazione” disegnata da I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in E. FOLLIERI e L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 165.

27 L'art. 97 comma 3 Cost. prevede, infatti, che “nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari” ed il termine “funzionari” ivi impiegato è chiaramente riferito non al complesso di risorse materiali e strumentali necessario allo svolgimento delle funzioni pubbliche (identificandosi questo con i “pubblici uffici organizzati secondo disposizioni di legge”), ma con le persone fisiche che si trovano a rivestire tale qualità. In questi termini R. CARANTA, *Commento all'art. 97 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, p. 1901.

28 Un chiaro accento personalistico nel delineare i tratti del modello costituzionale di amministrazione si avverte anche nell'art. 98 Cost. che si riferisce direttamente ai “pubblici impiegati” chiarendo, al primo comma, che gli stessi sono al “servizio esclusivo della Nazione” e tracciando, in quelli successivi, alcuni aspetti fondamentali del loro statuto giuridico.

29 È l'opinione di M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in questa rivista, 1, 2021, 78 che mette in risalto come emerga “chiaramente la fisionomia costituzionale dei «funzionari» (artt. 28, 87, 97 Cost.), che la Carta fondamentale illumina nel loro essere, innanzitutto, persone umane che assumono su di sé come lavoro-dovere l'esercizio di una funzione”.

30 Trattasi, all'evidenza, di concetti semanticamente più vicini alla morale che al diritto e come tali riferibili solo alla persona fisica. Una parte della dottrina lega gli stessi direttamente al valore del buon andamento (A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in Enc. giur., XIV, Roma, Treccani,

dere che lo svolgimento delle funzioni pubbliche sia rimesso nelle mani non di un apparato spersonalizzato ma dei cittadini, ovvero delle singole persone fisiche investite della qualità di funzionario.

A chiusura e suggello del modello costituzionale di amministrazione umana si pone, infine, l'art. 28 Cost.. Il principio di responsabilità diretta si atteggia a principale fattore di legittimazione giuridica dei pubblici poteri<sup>31</sup> ed ha come termine finale non l'apparato nel suo complesso ma i singoli funzionari persona fisica (potendosi solo rispetto a questi ipotizzare responsabilità, oltre che civili, anche penali e amministrative).

Ma sembra che il vero cardine costituzionale della riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative automatizzate vada rintracciato fuori del modello di amministrazione (che ha una dimensione necessariamente storica e non rappresenta un'acquisizione definitiva e stabile nel tempo), volgendo l'attenzione ai "Principi fondamentali" della Carta.

L'esistenza di una sfera necessariamente riservata all'intervento umano nella spendita del potere pubblico non può, infatti, che discendere dai valori di fondo che permeano l'ordinamento e tra tutti, in coerenza con quelle che abbiamo visto essere le sue radici metagiuridiche, dal principio personalista che innerva il nostro ordinamento e che risulta sancito all'art. 2 Cost.<sup>32</sup>.

L'uomo è, nella sua irriducibile unicità, il protagonista assoluto della Carta e ciò impedisce ogni sua parificazione, in termini di valore, alla macchina (alla quale, peraltro, non è riconosciuto in Costituzione alcuno specifico status

---

1988, p. 4) andando a differenziare la posizione del funzionario da quella normale cittadino (M.G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 174).

31 Sul ruolo che svolge la responsabilità come chiusura del circuito della legittimazione dei poteri amministrativi cfr. le considerazioni di F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in Riv.trim.dir.pubbl., 1986, p. 11 ss., *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazioni di indirizzi e programmi* (1992), in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1992, p. 3859 ss., e l'opera di G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, CEDAM, 1994.

32 Sul principio personalista si veda, tra gli altri, E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in Aa.Vv., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, AVE, 1982, p. 695 ss. Parla di "eccedenza assiologica" propria del principio personalista rispetto ai restanti principi fondamentali A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue protezioni*, in *Federalismi*, 17, 2013.

di protezione). La dignità della persona<sup>33</sup> quale principale corollario del principio personalista si pone, pertanto, come argine alla disumanizzazione dell'amministrazione<sup>34</sup> perché non consente di affidare integralmente alla macchina decisioni che possano incidere, in positivo ovvero in negativo, sulla sfera giuridica dell'individuo-cittadino. Altrimenti opinando si disegnerebbe, del resto, un rapporto di asimmetria tra soggetto e oggetto che colloca il primo in una posizione di inferiorità (data, appunto, dall'assoggettamento all'altrui scelta) che rovescia completamente l'ordine assiologico disegnato dalla Carta.

La netta opzione ordinamentale nel senso dell'esistenza di una riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative si riflette e, al contempo, si ripercuote anche a livello delle categorie giuridiche generali del diritto amministrativo, da sempre costruite sull'assunto della necessità di un imprescindibile sostrato personale a base dell'azione amministrativa<sup>35</sup>.

---

33 Considerata da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 184, l'innovazione più significativa del costituzionalismo del dopoguerra. L'Autore disegna una suggestiva parabola storica delle dottrine costituzionalistiche in cui dall'homo hierarchicus si passa all' *homo aequalis* per giungere all'*homo dignus*. La dignità è assunta a pietra angolare anche dei cataloghi sovranazionali di diritti umani essendo posta in apertura tanto della Dichiarazione universale dei Diritti Umani del 1948 quanto della Carta di Nizza.

34 Si rinvia alle più ampie considerazioni svolte sul punto in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 50 ss..

35 L'esigenza giuridica di stabilire criteri certi di imputazione del contenuto degli atti automatici al fine di evitare che, per mezzo degli elaboratori, si realizzi una sorta di spersonalizzazione dell'agire amministrativo è stata già messa in evidenza, pur con sfumature differenti da A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, cit., 1300 ss.; S. Civitarese Matteucci, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir.p pubbl.*, 1, 2019, 5, p. 22 ss. che si interroga sull'esistenza di un "principio di preferenza per la «decisione antropica»"; V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 129, che teorizza l'esistenza di una "required human component in administrative decision" mettendo in risalto la differenza corrente tra "serving" e "substitutive role in exercise of power"; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 3, 2019, p. 2 ss.; M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1, 1-2, 2020, p. 72 ss.; A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in *Aa.Vv.*, *Diritto amministrativo: scritti per Franco Gaetano Scocca*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 675; V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. app.*, 2021, 5, p. 581 ss. R. ROLLI, M. D'AMBROSIO, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, in questa rivista, 2021, p. 590.

Il principale referente dogmatico è, in questo senso, la teoria dell'organo<sup>36</sup>.

La “metafora organicistica”, pure recepita a livello costituzionale<sup>37</sup>, è penetrata così a fondo nella cultura giuridica giuspubblicistica da rappresentare una delle costanti della disciplina tanto generale quanto settoriale dell'azione amministrativa<sup>38</sup>.

La dottrina, anche amministrativistica, ha avuto premura di chiarire che il rapporto organico costituisce, tuttavia, solo una di possibili meccanismi di imputazione giuridica formale dell'atto<sup>39</sup>.

E non è, peraltro, mancato, in questa ottica, chi abbia tentato, proprio in relazione al fenomeno dell'automazione amministrativa, di costruire meccanismi di imputazione inediti in grado di prescindere del tutto dalla *fictio* dell'immedesimazione organica e, quindi, dall'eliminabile componente umana che essa reca in sé<sup>40</sup>.

In Germania, paese in cui sono state elaborate le ricostruzioni dogmatiche più risalenti ed originali in materia e che oggi conosce una disciplina che

---

36 Sulla nozione di organo, in dottrina, si vedano: A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, CEDAM, 1931, p. 77 ss.; C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, Sez. giuridica, vol. 6, Padova, 1932, p. 257 ss.; U. FORTI, *Nozione e classificazione degli organi*, in *Studi di diritto pubblico*, 1937, 18 ss.; V. CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, in *Arch.giur.*, 1938, p. 81 ss.; S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 145 ss.; L. RAGGI, *Ancora sul concetto di organo*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1951, p. 301 ss.; S. FODERARO, *Organo (teoria dell')*, in *Nss. dig. it.*, XII, 1968, p. 214 ss.; S. FODERARO, *Organo delle persone giuridiche pubbliche*, in *Nss. dig. it.*, XII, 1968, p. 223 ss.; S. AGRIFOGLIO, L. ORLANDO, *Teoria organica e Stato-apparato*, Palermo, La Palma, 1979; M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc.dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 37 ss.; G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Itinerari moderni della persona giuridica*, 11-12, n. 2, 1982/1983, p. 1001 ss.; G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 393 ss.; G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, Treccani, 1990.

37 All'art. 97, comma 3, Cost.. Così M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, cit., p. 72.

38 Per maggiori riferimenti sia consentito rinviare a G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 71 ss.

39 In questi termini M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1993, 126, che riprende gli insegnamenti della scienza privatistica e, segnatamente, di A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 14. L'imputazione a mezzo di organo si di-



sembra aprire a forme di automazione integrale<sup>41</sup>, si è parlato di *Verwaltungsfabrikat*<sup>42</sup> (ossia di un “prodotto amministrativo”, in contrapposizione al tradizionale *Verwaltungsakt*) suggerendo che l'imputazione di questo possa avere luogo su base puramente obiettiva in forza della scelta organizzativa a monte compiuta dalla P.A. di avvalersi dell'automazione stessa. Detta impostazione è stata ripresa, seppur con alcune significative variazioni, da una parte della dottrina italiana che ha evocato, a fondamento dell'imputabilità su base oggettiva dell'atto automatizzato, il principio *causa causae est causa causati*, sostenendo che la volontà

---

stingue, in particolare, dall'altra forma di imputazione, particolarmente studiata in campo civilistico, della rappresentanza ex art. 1387 e ss. c.c.. L'elaborazione della categoria dell'imputazione (in tedesco *Zurechnung*), nella sua accezione più generale ed unificante, come nesso formale tra la fattispecie condizionante e la fattispecie condizionata quale pura relazione di *sollen* (e, quindi, come riferimento al soggetto di conseguenze giuridiche dell'azione del soggetto stesso o altrui), si deve alla Scuola della dottrina pura del diritto e, in particolare, a H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), Torino, Giappichelli, 1952, p. 51 e passim.

40 Sin dalle sue origini la figura dell'organo ha, peraltro, presentato una chiara e ben delineata anatomia secondo cui la sua titolarità non può che spettare ad una persona fisica. Sul piano della teoria generale l'imprescindibilità di un sostrato personale alla figura dell'organo è stata riconosciuta da A. Falzea, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Atti del Convegno di Messina, 30 aprile - 5 maggio 1979, Milano, 1981, p. 149 ss., ora in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Vol. III. Scritti d'occasione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 67 ss., spec. p. 88-89. La dottrina amministrativistica maggioritaria (M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 37 ss. e G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit.) individua due elementi essenziali della nozione di organo: l'uno oggettivo, rappresentato dall'ufficio o sfera di competenza, con ciò intendendosi la porzione di pubblica potestà che viene attribuita allo stesso e l'altro soggettivo, rappresentato dal titolare dell'organo (o funzionario), coincidente, appunto, con la persona fisica di cui l'ente pubblico si avvale per esercitare le proprie potestà. La dimensione necessariamente personale del funzionario è sottolineata da M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, cit., 73-74, il quale fa, sul punto, leva sulla disciplina della performance di cui al d.lgs. n. 150 del 2009. Per un'impostazione parzialmente diversa e sostanzialmente isolata C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, vol. VI (sez. giur.), 1932, p. 251 che mette in risalto il collegamento strutturale esistente tra organo e personalità giuridica di diritto pubblico escludendo l'identificazione del primo con la persona fisica.

41 Il riferimento è al noto art. 35a della *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Per un suo commento E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in questa rivista, vol. 8, 2021, p. 501 e della stessa Autrice *Fully Automated Administrative Acts in the German Legal System*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1, 1-2, 2020, 105.

42 È la tesi di K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, cit., ripresa dallo stesso Autore in *Verwaltungsfabrikat und Gefährdungshaftung*, cit., p. 681.

del computer è, quanto alla sua genesi, volontà dell'Autorità e, quindi, ad essa attribuibile<sup>43</sup>.

Simili ricostruzioni, oltre a non aver fatto breccia a livello pretorio, scontentano invero il limite di fondo di intendere l'automazione come un fenomeno eccentrico rispetto alle tradizionali categorie del diritto amministrativo. Il che, oltre ad essere rischioso sotto il profilo delle garanzie perché allontana dai presidi tradizionali che la scienza giuridica amministrativa ha faticosamente costruito attorno all'azione amministrativa, porta a disarticolare alcune nozioni fondamentali tra cui, in primis, quella stessa di provvedimento amministrativo<sup>44</sup>. Ma, soprattutto, esse si appalesano del tutto inadeguate ove messe a confronto con le forme più avanzate di automazione (in particolare a mezzo di intelligenza artificiale) che, fondandosi su algoritmi a struttura aperta e a carattere non deterministico si sottraggono al pieno controllo di chi le utilizza.

Non sembra, pertanto, che siano stati offerti spunti abbastanza convincenti per abbandonare, nell'inquadramento giuridico dell'attività amministrativa automatizzata, un modello così rodato e consolidato sul piano dogmatico e normativo come quello della immedesimazione organica.

Ciò sembra legato anche alla necessità di non spezzare né inibire, neppure in parte, il circuito della responsabilità, che rappresenta uno dei principali

---

43 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 85-86, secondo cui attraverso il programma (il software) l'Autorità "predispone in precedenza la decisione per un numero indeterminato di casi" sicché "l'autorità è e resta dominus dell'intero procedimento, dal momento che l'elaboratore non può eseguire alcuna operazione che non sia prevista dal programma".

44 In disparte dalla questione che il soggetto possa assurgere (o meno, come pare preferibile) a requisito essenziale del provvedimento amministrativo (ritengono, in proposito che il soggetto non sia elemento essenziale del provvedimento M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 173; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 202; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 188), occorre scendere a patti con l'idea che si possa concepire un atto giuridico privo di ogni, seppur minimo, predicato di umanità, così allontanandosi da secoli di elaborazione della scienza del diritto. L'idea che l'atto amministrativo sia *naturaliter* atto umano è implicita in M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 174 ss. che pure non manca, in un passaggio, di evidenziare che il provvedimento, passando per più uffici, "è frutto del concorso di un numero piuttosto elevato di persone fisiche".

fattori di legittimazione dei pubblici poteri<sup>45</sup>. È, infatti, di tutta evidenza che creare *ex novo* un meccanismo di imputazione dell'atto amministrativo alla P.A. che non passa per la persona fisica del funzionario equivale a sterilizzare, almeno in parte qua, detto circuito perché impedisce di configurare responsabilità diverse da quella civile (in particolare penale e amministrativa come invece richiesto dall'art. 28 Cost.). E la riduzione delle forme di responsabilità dei pubblici poteri a quella aquiliana reca con sé il pericolo di una sua definitiva patrimonializzazione con tutte le conseguenze che ne discendono in punto di capacità conformativa dell'azione amministrativa<sup>46</sup>.

A completamento di questo quadro, sempre sotto il profilo dogmatico, sembra, infine, che la riserva di umanità possa rinvenire il suo fondamento, sempre in coerenza con le premesse metagiuridiche da cui si è mosso in apertura, nella natura giuridica dell'algoritmo (e, di conseguenza, del software che ne è la traduzione in linguaggio macchina)<sup>47</sup>.

Come noto, la natura dell'algoritmo ha dato vita ad un vivace dibattito, nato in letteratura e proseguito nelle aule di giustizia, che si è concentrato soprattutto sulle ricadute che detto inquadramento produce in termini di tutela del cittadino destinatario del provvedimento automatizzato (e, segnatamente, di impugnabilità ed ostensibilità dello stesso). Nella dottrina italiana le tesi di più lunga tradizione hanno pensato al software adoperato dalle amministrazioni per la gestione informatica dei procedimenti (e di riflesso all'algoritmo alla sua base), qualificandolo, con sfumature diverse, in termini di atto amministrativo. Secondo una prima ricostruzione l'atto-programma è "atto (amministrativo) che pone delle prescrizioni generali ed astratte" con le quali l'autorità ammini-

---

45 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 403.

46 Il rischio è, in altri termini, che la P.A. possa scientemente adottare atti illegittimi mettendo in conto le conseguenze solo patrimoniali a cui va incontro in un'analisi comparativa tra detto costo ed i benefici (anche indiretti) che potrebbe conseguire da tale operato illegittimo. Un simile approccio non può, invece, essere seguito ove restino predicabili, anche in relazione ad attività amministrative automatizzate, responsabilità individuali (civili, penali e amministrative) del singolo funzionario persona fisica (che resta direttamente esposto a conseguenze personali di un'eventuale violazione di legge).

47 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 87 ss..

strativa “indirizza” il proprio agire amministrativo predeterminandone modalità e contenuti<sup>48</sup>. Esso, peraltro, non sarebbe mero atto interno in quanto, pur privo di effetti diretti ed immediati, risulterebbe comunque dotato di una certa rilevanza esterna, in quanto in grado di condizionare l'adozione del provvedimento finale. Né è mancato chi, in ultimo, sempre abbracciando un inquadramento di tipo attizio, ha collocato il software nel *genus* degli atti regolamentari<sup>49</sup>.

Le ricostruzioni in parola sembrano, tuttavia, muovere dal fraintendimento del significato, tecnico prima che giuridico, del concetto di algoritmo (e, a cascata di quelli di “automazione” e di “intelligenza artificiale”). L'algoritmo (e, di riflesso, il software che ne è espressione), inteso come procedimento logico che risolve una classe di problemi attraverso operazioni o istruzioni elementari, non presenta mai un contenuto di accertamento, di valutazione, di giudizio, né di decisione ma assume una valenza descrittiva e non prescrittiva in quanto indica i passaggi di cui si compone la sequenza senza imporli. In altri termini, esso non esprime un comando né si propone di dichiarare o conservare ovvero innovare la realtà del diritto perché, semplicemente, non si pone un orizzonte giuridico. L'inadeguatezza delle ricostruzioni di matrice attizia si appalesa, peraltro, con ancor maggiore chiarezza se si guarda all'“automazione avanzata” a mezzo di intelligenza artificiale. Quest'ultima tecnologia, infatti, si fonda su algoritmi a struttura aperta che non prevedono un numero finito di operazioni e non presentano, perciò, il carattere del determinismo. È, quindi, ancor più difficile immaginare che un siffatto tipo di algoritmo sia idoneo a

48 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., p. 56 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, cit., p. 17; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., p. 100 ss.. Anche una parte della giurisprudenza italiana ha seguito questa ricostruzione di impronta attizia; in particolare, Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270, cit., secondo cui “la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva” con la conseguenza che “l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico”.

49 La tesi della natura regolamentare è, invece, sposata da A. BOIX PALOP, *Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 2020, p. 223.

esprimere una decisione, un giudizio, un accertamento, una valutazione. In ultimo, sembra che la tesi dell'algoritmo (e del software che ne è espressione) come atto amministrativo informatico si fondi su un equivoco di fondo rappresentato dall'indebita confusione tra l'algoritmo in sé ed il veicolo giuridico su cui lo stesso viaggia e attraverso cui fa ingresso nel tessuto procedimentale. In particolare, pare che l'algoritmo, nella sua dimensione statica costituisca, più correttamente, l'oggetto dell'atto giuridico<sup>50</sup> e, segnatamente, l'oggetto della volizione amministrativa preliminare con cui si opta per l'automazione<sup>51</sup>. Questa impostazione impone, peraltro, un approccio che può definirsi "eclettico", posto che l'algoritmo potrà viaggiare non solo su un atto amministrativo (se del caso a carattere generale, come il bando di gara) ma anche su un regolamento amministrativo. Quest'ultima evenienza accadrà tutte le volte in cui l'Amministrazione non recepisca l'algoritmo in occasione e con riguardo ad uno specifico, singolo procedimento ma preveda, in via generale ed astratta, sulla base di un'apposita base giuridica di rango primario, l'applicabilità di un dato algoritmo (espresso in linguaggio informatico nel software) ad un *genus* di procedimenti.

In questa ottica, se ci si pone in una prospettiva dinamica (e non statica), l'algoritmo (ed il software che ne è espressione) è mero *instrumentum* nelle mani dell'amministrazione<sup>52</sup> che viene impiegato dalla stessa a cavallo tra la fase

---

50 L'oggetto, infatti, per definizione, resta esterno alla fattispecie attizia sicché non può coincidere con la stessa. Ciò si pone in sintonia con il rilievo che l'algoritmo (ed il *software*) sono normalmente formati fuori del contesto procedimentale da un soggetto che talvolta neppure riveste la qualità di funzionario amministrativo. In campo amministrativo definisce l'oggetto come "termine della volizione" P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 165. In termini analoghi A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 670 ss. Nega, invece, che l'oggetto, inteso in questi termini, rappresenti un elemento essenziale del provvedimento S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 212. Non considera l'oggetto un elemento del provvedimento, riservando tale qualifica alla volontà, alla causa e alla forma S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, p. 289. Per l'evoluzione del concetto nel diritto civile si veda E. GABRIELLI, *Storia dogma dell'oggetto del contratto*, in Riv.dir.civ., 2, 2004, p. 327 ss. con gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi contenuti.

51 Si veda *amplius* in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 92 ss..

52 È l'intuizione di A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit., p. 2276, ripresa dallo stesso Autore in A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, cit., p. 1300 ss. Ad impedire la sua qualificazione come provvedimento e, quindi, come manifestazione di volontà, militerebbe, secondo l'Autore, la considerazione che lo stesso è espresso in linguaggio macchina e non in

istruttoria e quella decisoria (attraverso l'inserimento dei dati in *input* e, successivamente, lo svolgimento, secondo la sequenza di istruzioni disegnata dall'algoritmo, dell'operazione di calcolo che conduce al risultato computazionale).

Questa impostazione sembra trovare avallo anche nel dato positivo e sistematico e, *in primis*, nell'art. 3-bis della l. n. 241 del 1990, come da ultimo novellato, che, nell'aprire l'attività amministrativa all'uso della telematica (nelle sue diverse manifestazioni e, quindi, anche nelle forme dell'informatica decisionale), pur mancando di fornire una disciplina di dettaglio, fa propria l'idea che quelli informatici e telematici siano, appunto, "strumenti"<sup>53</sup>.

Muovendo da siffatta presa di posizione in ordine alla natura giuridica dell'algoritmo è possibile, peraltro, trarre una serie di importanti corollari, tutti invero coerenti con la necessità che via sia un intervento umano minimo nel procedimento automatizzato.

In primo luogo, se l'algoritmo non si sostanzia in una decisione, il risultato computazionale in *output* prodotto dell'automazione va ad integrare, nello schema della legge del procedimento, un particolare profilo delle "risultanze

---

lingua italiana come prescritto in via generale dall'art. 122 c.p.c.. Fuori dell'Italia la ricostruzione in parola è condivisa e ripresa espressamente da I. MARTÍN DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, cit., p. 361. In questo senso depone ormai anche la giurisprudenza amministrativa e, segnatamente, Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8474, cit.. Già in precedenza, invero, la giurisprudenza più attenta (Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, n. 8902 del 2018 e Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136), si era soffermata sul "ruolo" rivestito dallo strumento informatico in seno al procedimento affermando "il principio generale secondo il quale le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni".

53 Recita l'art. 3-bis della L. n. 241 del 1990 che "Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati". Il testo dell'originario art. 3-bis (introdotto per effetto dell'art. 3 della L. 11 febbraio 2005, n. 15) è stato, modificato dall'art.12 comma I lett. b) del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120 sostituendo le parole "incentivano l'uso della telematica" con proprio con l'inciso "agiscono mediante strumenti informatici e telematici". Per un'analisi approfondita della previsione normativa F. CARDARELLI, *Uso della telematica, commento art. 3-bis della L. n. 241/1990*, in *Aa.Vv.* (a cura di M.A. SANDULLI), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.

dell'istruttoria" ex art. 6, comma 1, lett. e) della l. 7 agosto 1990, n. 241. da porre a base dell'adozione del provvedimento finale da parte del responsabile del procedimento<sup>54</sup>. La considerazione che la decisione amministrativa in senso sostanziale resta appannaggio del funzionario persona fisica implica e, in un certo senso, impone, così, sul piano logico prima che dogmatico, la previsione di una sfera riservata all'uomo nello svolgimento delle funzioni amministrative.

In secondo luogo, la natura di *instrumentum* dell'algoritmo sottrae quest'ultimo ad una competizione con l'uomo e, anzi, rappresenta la proiezione sul piano del diritto della concezione etico-filosofica che vuole, come visto, lo stesso (e, segnatamente, l'intelligenza artificiale) al servizio della persona.

### **3. La natura e la portata della riserva di umanità**

Chiarito il fondamento costituzionale e dogmatico della riserva di umanità resta da chiarire quale sia la sua natura e portata.

Quanto al primo aspetto, sembra che non si possa negare che essa, almeno nel suo nocciolo duro, assurga a principio giuridico dotato di immediata valenza precettiva<sup>55</sup>. Con maggiore impegno esplicativo può dirsi che la riserva di umanità, intesa nel suo significato minimo come divieto di esercizio delle potestà amministrative in forma totalmente automatizzata senza alcun contributo della persona fisica, permea e penetra il regime dell'azione amministrativa, conformandone lo statuto e, quindi, contribuendo a disegnare le norme di azione che presiedono alla spendita della capacità speciale autoritativa dell'Amministrazione. In questo senso la riserva di umanità come principio giuridico costituisce un profilo – inedito quanto assai pregnante – della legalità nella sua accezione sostanziale<sup>56</sup>.

---

54 Così già A.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, cit..

55 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 141 ss..

56 Questa connessione è colta, pur giungendo a conclusioni differenti (id est di stretta legalità dell'automazione), da S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., che parla di un "tipo di legalità [...] di secondo grado nel senso che si applica a poteri conferiti o comunque riferibili, in base al principio antropomorfo, in prima battuta a esseri umani".

Pur potendo l'automazione essere più o meno spinta (e, quindi, di riflesso, più o meno recessiva la componente personale) resta sempre ferma ed inderogabile la necessità che sia garantito un *minimum* di umanità nello svolgimento della funzione amministrativa. È evidente, così, che il nodo si sposta sulla definizione di questo *minimum* rispetto al quale il principio in parola assume forza naturalmente precettiva (con tutte le conseguenze in ordine alla sua eventuale violazione).

In proposito, è stato suggerito di individuare due punti di necessaria emersione della riserva di umanità nel procedimento amministrativo<sup>57</sup>.

Essi coincidono con quelli che sono gli snodi che caratterizzano lo svolgimento del procedimento in forma automatizzata.

Nell'automazione delle funzioni amministrative possono, infatti, scorgersi due distinti momenti di volizione<sup>58</sup>: il primo, a carattere preliminare in cui, a monte dell'istruttoria, l'Amministrazione sceglie (a mezzo di un atto amministrativo o regolamentare) di adoperare l'algoritmo; il secondo, a valle dell'istruttoria (che vede l'impiego dell'algoritmo come strumento), in cui l'Amministrazione può fare proprio il prodotto dell'operazione algoritmica (*output*) recependolo come contenuto del provvedimento conclusivo.

In entrambi tali frangenti deve necessariamente aversi l'intervento della persona fisica del funzionario.

Quanto al primo punto di emersione (coincidente come detto con la scelta di optare per l'automazione definendone le modalità anche attraverso l'individuazione dell'algoritmo da impiegare), appare preferibile parlare di volizione "preliminare" per distinguere la stessa dalla volizione "definitiva" espressa a mezzo del provvedimento conclusivo della seriazione procedimentale. La

---

57 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 148 ss..

58 È, peraltro, quasi superfluo rammentare che il termine "volizione" non è impiegato in senso psicologico - volontaristico ma avendo a mente la nozione gianniniana di volontà come ipostasi depurata di ogni connotato psichico ed intesa nella sua dimensione procedimentale, come la stessa si forma ed obiettivizza nel dipanarsi dell'azione amministrativa attraverso i singoli atti che la sostanziano (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 241).



scelta di optare per l'automazione non definisce, infatti, neppure in parte, il rapporto amministrativo sostanziale risolvendosi in una vicenda tutta interna al procedimento a valenza essenzialmente organizzativa<sup>59</sup>. Non può, tuttavia, negarsi, che essa presenti una sua precipua pregnanza giuridica, non risultando sprovvista di riflessi sul piano delle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e, quindi, anche delle garanzie degli interessati con la conseguenza che, benché in sé neutra rispetto al giudizio di spettanza del bene finale della vita e priva di carattere autenticamente decisorio, essa deve necessariamente competere ed essere riservata all'uomo. Nel concreto, le modalità con cui esprimere questa volizione preliminare con cui si opta per l'automazione possono, peraltro, essere profondamente diverse tra loro, potendo l'algoritmo, come detto, viaggiare su atti di diversa natura (normativa-regolamentare ovvero amministrativa sotto forma di atto amministrativo puntuale o di atto amministrativo generale).

Il secondo (e più importante) punto di emersione della riserva di umanità nel procedimento amministrativo è costituito, poi, dall'adozione del provvedimento finale. Quest'ultimo è l'atto destinato a sortire effetti giuridici diretti sulla sfera giuridica del destinatario e che, quindi, quale farsi del potere, importerebbe, ove adottato in forma totalmente automatizzata, la sottoposizione della persona all'autorità ed alla decisione della macchina disegnando un rovesciamento di valori lesivo della dignità dell'individuo.

Si impone sempre, pertanto, a valle della fase istruttoria nel corso della quale è stato impiegato l'algoritmo, l'intervento in sede di decisione della persona fisica del funzionario, chiamato a scegliere se recepire o meno in forma provvedimentale il risultato computazionale espresso dalla macchina (come in una sorta di "proposta" di provvedimento).

---

<sup>59</sup> In dottrina la tesi della valenza meramente organizzativa della scelta a monte di optare per l'automazione è stata ricondotta alla "potestà autorganizzatoria che è propria e naturale di ciascuna istituzione, sia pubblica che privata, sia esso corpo organizzato o semplice ufficio" da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 54.

Non sembra, peraltro, che questa necessità possa essere esclusa nei casi di attività *tout court* vincolata<sup>60</sup>. Benché si siano levate sul punto autorevolissime voci di dissenso<sup>61</sup>, sembra che la riserva di umanità nel suo significato minimo di divieto di svolgimento del procedimento in forma integralmente automatizzata, per la sua valenza costituzionale di principio fondamentale del diritto pubblico, debba operare con riguardo ad ogni campo dell'azione amministrativa autoritativa, senza alcuna distinzione<sup>62</sup>. Del resto, al di là della difficoltà di immaginare potestà amministrative autoritative che siano, sotto ogni profilo, totalmente vincolate, è evidente che l'esigenza di garantire, sul piano costituzionale, il rispetto della dignità della persona così come quella di evitare che possa essere spezzato il circuito della responsabilità sussiste anche in relazione a quest'ultima<sup>63</sup>.

60 G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 159 ss.. In Germania il legislatore sembra aver seguito questa strada nel già citato art. 35a VwVfG, il quale, oggi, con una disposizione alquanto laconica, si occupa della emissione in forma completamente automatizzata dell'atto amministrativo (vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes) limitandosi a stabilire che un atto amministrativo può essere emesso interamente per via automatica, purché ciò sia consentito dalla legge e non vi sia discrezionalità o potere di valutazione ("Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht"). Va, peraltro, osservato che non appare chiaro l'ambito oggettivo di applicazione del regime giuridico disegnato dall'art. 35a VwVfG, nutrendosi da più parti dubbi circa la sua estensibilità a sistemi di intelligenza artificiale fondati su algoritmi aperti di autoapprendimento (in termini P. STELKENS, H.J. BONK, M. SACHS, in P. STELKENS (a cura di), *VwVfG § 35a*, in *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 2018, Rn. 5-8; più ampiamente in U. STELKENS, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG*, in H. HILL, D. KUGELMANN, M. MARTINI (a cura di) *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, Baden-Baden, 2018, 102).

61 Il riferimento è a J-B- AUBY nella prefazione a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. XV laddove suggerisce un "ambito di applicazione variabile" del principio della riserva di umanità da delimitare secondo un "criterio di proporzionalità" anche alla luce "della maggiore o minore importanza delle decisioni amministrative assunte".

62 Un discorso parzialmente diverso vale per l'attività di tipo negoziale della Pubblica Amministrazione e per il campo dei servizi (quantomeno nella loro componente di prestazione) in quanto in essi manca il momento della decisione e una sostanziale equiordinazione tra uomo e macchina non risulta lesiva della dignità della persona perché rinviene il proprio fondamento nella volontà della stessa quale parte del rapporto contrattuale e nell'utilità ritraibile dall'automazione.

63 Ciò, in particolare, se si muove dalla prospettiva, invero condivisibile, che anche l'atto vincolato ha sostanza di decisione amministrativa, al pari di quello discrezionale (così, da ultimo F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi*, 7, 2017, 20 ss.). Manifesta, in materia di automazione decisionale amministrativa, uno "scetticismo debole" sulla vincolatezza (idea in parte ripresa proprio da F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit.,

Inoltre, l'impiego di forme di automazione avanzata a mezzo di intelligenza artificiale pone, in tema di dominabilità e conoscibilità dell'algoritmo, incognite sostanzialmente analoghe sia che il potere esercitato sia a morfologia discrezionale che tout court vincolata, rendendo in ogni caso auspicabile l'intervento e la supervisione umana<sup>64</sup>.

Specie se si sposa la lettura più rigorosa (e che sembra preferibile) che vuole la riserva di umanità operante anche rispetto all'attività amministrativa autoritativa tout court vincolata, il passaggio più delicato nella costruzione di una teoria giuridica dell'automazione amministrativa diviene, così, quello di individuare un punto di equilibrio nel *trade off* tra umanità ed automazione. È, infatti, di tutta evidenza che i vantaggi ritraibili dall'automazione in termini di celerità, efficienza ed imparzialità dell'azione amministrativa rischiano, infatti, di essere vanificati dal riconoscimento in favore del funzionario persona fisica della possibilità di non recepire il risultato computazionale e di determinarsi, senza alcun vincolo, diversamente.

Sembra che detto punto di equilibrio possa essere rinvenuto riconducendo, ancora una volta, il fenomeno dell'automazione amministrativa ai modelli della legge generale del procedimento e, segnatamente, alla disciplina in tema di adozione del provvedimento finale.

---

10), ovvero sulla possibilità di ravvisare delle ipotesi di atti "interamente prefigurati dall'ordinamento" e basati su termini realmente analitici e univoci P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, 2, 2018, 17.

<sup>64</sup> Così anche nella giurisprudenza amministrativa, che dopo una chiusura iniziale (si veda Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270) si è ormai schierata in favore dell'ammissibilità del ricorso all'automazione anche in relazione ad attività amministrative di tipo discrezionale (così Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 secondo cui non "vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse"; ciò in quanto "In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità".

È stata così, in particolare, prospettata l'opportunità di guardare al già evocato art. 6, comma 1, lett. e) della l. n. 241 del 1990<sup>65</sup>.

La struttura di detta previsione rivela, infatti, con chiarezza che la possibilità per il funzionario di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria (e, quindi, nel nostro caso, dal risultato computazionale prodotto dell'automazione) costituisce un'eccezione a cui si accompagna un appesantimento procedimentale costituito dalla previsione di un onere aggravato di motivazione a carico dell'Amministrazione precedente imposto a pena di illegittimità del provvedimento finale.

V'è, del resto, in generale, un dovere di tendenziale sintonia tra esito dell'attività istruttoria e decisione finale, tra proposta di provvedimento e provvedimento conclusivo. Ciò è, a ben vedere, espressione della coerenza che deve accompagnare lo sviluppo dell'azione amministrativa in tutti i suoi passaggi e, di riflesso, dell'affidamento che l'amministrato deve poter nutrire su di essa. Sembra, inoltre, che, con riguardo alla specifica ipotesi del procedimento amministrativo automatizzato, la ratio dell'art. 6, comma 1, lett. e) della l. n. 241 del 1990 si colori di un'ulteriore peculiare sfumatura atteso che al *favor* verso il recepimento in sede provvedimentale del risultato computazionale pare sottendere una sorta di presunzione semplice *iuris tantum* di correttezza del prodotto dell'automazione che si fonda sulla tendenziale maggiore affidabilità del *software*.

La natura eccezionale dell'ipotesi delineata dall'art. 6, comma 1, lett. e) della L. n. 241 del 1990 pare suggerire un approccio tassativizzante rispetto ai casi che consentono di discostarsi dal risultato computazionale, non potendosi ammettere motivazioni generiche e solo apparenti. Ciò spinge a ritenere, anche in ragione della obiettiva difficoltà per il funzionario persona fisica elaborare una motivazione convincente che giustifichi detto scostamento<sup>66</sup>, che tale pos-

<sup>65</sup> Così R. ROLLI, M. D'AMBROSIO, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, cit., p. 590 e *amplius* G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 169 ss..

<sup>66</sup> Ciò al netto peraltro dei condizionamenti psicologici collegati, in un clima di "burocrazia difensiva", alla paura della firma (in tema F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*:

sibilità sarà tendenzialmente circoscritta ai casi di manifesta ingiustizia, illogicità del risultato ovvero alle ipotesi-limite dell'errore di computo *stricto sensu* inteso, dell'errore materiale commesso in sede di *input* nonché a quelle che attengono alla correttezza della scelta a monte, in sede di volizione preliminare con cui si opta per l'automazione, dell'algoritmo da impiegare.

La motivazione in dialettica all'algoritmo (o anche in risposta agli apporti partecipativi e, segnatamente, alle osservazioni eventualmente formulate dall'istante a seguito di preavviso di diniego ex art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 fondato sul risultato computazionale elaborato dalla macchina) diviene così, a chiusura, il definitivo suggello di umanità al procedimento.

#### **4. La “riserva di umanità” nell’art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici: in cammino verso una compiuta teoria giuridica dell’automazione amministrativa**

Il dibattito attorno alla configurabilità nel nostro ordinamento di una riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative ha l'occasione, oggi, di confrontarsi con una novità di assoluto rilievo.

Il tanto atteso nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>67</sup> ha, infatti, avuto il merito di introdurre, nella Parte II intitolata “Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti”<sup>68</sup>, rompendo la tradizionale afasia del legislatore italiano<sup>69</sup>,

*procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”, in Federalismi, 36, 2020, spec. 66; G. LA ROSA, La “paura della firma” e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa, in Dirittifondamentali.it, 3, 2021) che potrebbe spingere ad affidarsi pregiudizialmente all'algoritmo nell'ottica di una decisione non solo più “comoda” ma anche più “sicura”.*

67 Decreto legislativo 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, pubblicato su GU n.77 del 31-03-2023 - Suppl. Ordinario n. 12, di seguito anche solo “Codice”.

68 Espressione che è in grado di restituire una dimensione più ampia e pregnante al fenomeno della digitalizzazione dell'evidenza pubblica: non più solo formale e limitata alla fase pubblicistica di scelta del contraente ma sostanziale ed estesa a quella esecutiva del rapporto negoziale. Questa prospettiva era stata suggerita già in G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell'automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, in *Federalismi*, 20/2020, p. 143 ss..

69 All'esito della soppressione, per effetto dell'art. 64, comma 2, del d.lgs. n. 179 del 2016, dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 39 del 1993 (il quale recitava “Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi

una disciplina settoriale dell'automazione amministrativa. Benché riferita al solo campo dell'evidenza pubblica e pur restando lontana dai canoni di una regolazione organica<sup>70</sup>, questa novità normativa va salutata con estremo favore perché offre a dottrina e giurisprudenza una prima base di confronto positiva e segnala, ove ancora ve ne fosse bisogno, l'urgenza di costruire, sul piano dogmatico, una compiuta teoria giuridica dell'automazione decisionale pubblica.

I frammenti di disciplina sparsi agli artt. 19 e 30 del Codice<sup>71</sup> assumono, infatti, una valenza trasversale che va ben oltre i confini delle procedure di affidamento in quanto appaiono in larga misura ricognitivi dei principi fondamentali fino ad oggi elaborati *in subiecta materia*. Si scorge, tra le righe di questa disciplina, una netta prevalenza del formante giurisprudenziale, a discapito di quello dottrinale. Chiara è, in particolare, specie nell'art. 30, la eco della giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>72</sup>, da cui il legislatore delegato ha attinto a piene mani. Ciò si spiega, non solo e non tanto con l'approccio piuttosto timido al tema della digitalizzazione seguito nella legge di delega<sup>73</sup>, quanto, probabilmente, con

---

automatizzati") difettava, nel nostro ordinamento, una base giuridica generale per il ricorso alla automazione decisionale amministrativa, pur permanendo in vigore talune disposizioni di dettaglio relative a settori particolari (come messo in luce da G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 41).

70 Oltre alla già ricordata esperienza tedesca il riferimento è alla disciplina iberica contenuta all'art. 41 della Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, significativamente rubricato "Actuación administrativa automatizada". Per un'analisi più approfondita del dato comparatistico in materia sia consentito rinviare a G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 128 ss.

71 Per un commento alle novità del Codice in tema digitalizzazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici G. CARLOTTI, I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023, A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici e le procedure "automatizzate": le sfide del prossimo futuro*, in corso di pubblicazione in *Federalismi*.

72 Il riferimento è, anzitutto, a Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit..

73 L'art. 1 della l. 21 giugno 2022 n. 78, al comma 2, individua i principi e criteri direttivi di delega ma nessuno di essi risulta appositamente dedicato al tema della digitalizzazione. Nel dettaglio, solo la lett. m) contiene un riferimento, invero laconico, alla "digitalizzazione" ed alla "informatizzazione delle procedure" peraltro espressamente legato al solo obiettivo dichiarato della "riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara" ed "alla stipula dei contratti". La lett. t) contiene, invece, un criterio più specifico relativo alla "individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, con possibilità di escludere, per i contratti che non abbiano carattere transfrontaliero, le offerte anomale determinate sulla base di meccani-

il ritardo che sconta, come visto, la letteratura giuridica nel dare una sistemazione dogmatica stabile e condivisa al fenomeno dell'automazione decisionale amministrativa.

Non si deve, peraltro, dimenticare che, seguendo una tecnica già rodada, in maniera non dissimile da quanto accaduto con il c.p.a., nella previsione di apertura della legge delega (art. 1, comma 1) si è palesata l'esigenza di adeguare la disciplina dei contratti pubblici "al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali".

Sembra, pertanto, che quantomeno ai fini della ricostruzione in chiave storica della *voluntas legislatoris*, pur consapevoli che essa non necessariamente coincide con *la voluntas legis*, si debba cercare di leggere le nuove disposizioni anche attraverso la lente dell'elaborazione pretoria, confrontandosi con il significato che le espressioni ed i concetti ivi impiegati hanno assunto nell'insegnamento giurisprudenziale.

Un primo terreno di confronto con il tema dell'automazione decisionale è offerto dall'art. 19, norma di esordio della Parte II.

Essa si segnala, anzitutto, per la scelta del titolo "principi e diritti digitali", espressione, questa, che sembra tradire la fascinazione di una certa dottrina che ormai da tempo ha condivisibilmente parlato di diritti di cittadinanza digitale<sup>74</sup>. Ma se una titolazione così ampia spinge a nutrire grandi aspettative in ordine al contenuto dell'articolo esse sono, tuttavia, in larga parte, destinate a rimanere infrante. La previsione in parola non reca, infatti, come sarebbe stato ragionevole aspettarsi, un'elencazione di diritti ma presenta ampi richiami, forse

---

smi e metodi "matematici", che tuttavia tradisce una prospettiva limitata ad una sola delle possibili, svariate, applicazioni dell'informatizzazione al settore dell'evidenza pubblica.

<sup>74</sup> Sulla nascente cittadinanza digitale G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, Bologna, 2021, che pure inserisce proprio il "diritto di opporsi a trattamenti automatizzati" tra i "diritti per la cittadinanza digitale". Non può obliterarsi che la categoria dei "diritti di cittadinanza digitale" è già conosciuta dal nostro ordinamento interno. Il c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale, decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, pubblicato in G.U. del 16 maggio 2005, n. 112, impiega a più riprese tale espressione e prevede, peraltro, un'intera sezione (la seconda del Capo I) denominata "Carta della cittadinanza digitale".

superflui, al C.A.D.<sup>75</sup> ed a norme interne al Codice medesimo, accompagnate da una serie eterogenea di disposizioni che, oltre a non brillare per sistematicità, risultano tutte dettate *ex latere auctoritatis* e non *ex latere civis*<sup>76</sup>.

Per ciò che qui più interessa il comma 6 dell'art. 19 fa esplicita menzione dei “processi decisionali automatizzati” ponendo talune garanzie minime per il loro svolgimento in tema di “tracciabilità”, “trasparenza”, “accessibilità” ai dati e “conoscibilità” (che saranno, invero, ribadite e precisate all'art. 30).

Il secondo alinea del comma 6 dell'art. 19 aggiunge, poi, che “I gestori delle piattaforme assicurano la conformità delle medesime alle regole tecniche di cui all'articolo 26”. È, questa, una previsione di grande interesse sistematico perché intercetta il tema cruciale del rapporto tra legalità ed automazione amministrativa<sup>77</sup>.

Ben può dirsi, in proposito, che il combinato disposto degli artt. 19 e 30 del nuovo Codice sdrammatizza definitivamente il problema del fondamento legale dell'automazione amministrativa quantomeno nel campo della evidenza pubblica. La questione resta, per contro, almeno in teoria, aperta fuori di tale ambito materiale anche se, probabilmente, come già si è avuto modo di osservare, si è dinanzi ad uno “pseudo-problema”<sup>78</sup> atteso che, se si muove dall'idea

---

<sup>75</sup> Così il comma 1 dell'art. 19 che impone il rispetto non solo dei “principi” ma anche delle “disposizioni” (e, quindi, delle statuizioni di dettaglio) del “codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”. Con previsione sostanzialmente ridondante si aggiunge, al successivo comma 3, 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; i dati e le informazioni a essi relativi sono gestiti e resi fruibili in formato aperto, secondo le previsioni del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005”. Un richiamo ulteriore al C.A.D. è contenuto anche al successivo comma 4 in tema di operabilità.

<sup>76</sup> Così, ad esempio, il comma 5 dell'art. 19 del Codice che individua specifici doveri organizzativi di “stazioni appaltanti” ed enti concedenti” a “a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali”.

<sup>77</sup> Su si è da tempo interrogata la dottrina. Si veda, in particolare, S. CIVITARESE MATTEUCCI, «*Umano troppo umano*». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit.. Il travagliato rapporto tra principio di legalità e digitalizzazione delle funzioni amministrative è stato indagato, con particolare riferimento al rapporto con le regole tecniche da F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir.inf.*, 2015, 238 ss..

<sup>78</sup> G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 142 e ss..



che l'automazione amministrativa sia fenomeno non eccentrico ma intimamente coerente con le categorie tradizionali del diritto amministrativo e che il *software* sia mezzo istruttorio e non atto amministrativo, non si avverte la necessità di una specifica previsione di legge (invero superflua) che ne autorizzi l'impiego. Basti, in proposito, osservare come la stessa legge generale sul procedimento non si preoccupa di definire e tipizzare gli strumenti che possono essere impiegati nel corso dell'istruttoria procedimentale, utilizzando formule volutamente assai ampie<sup>79</sup>.

Ben più problematico è lo spunto offerto dal secondo alinea del comma 6 dell'art. 19 secondo cui "I gestori

delle piattaforme assicurano la conformità delle medesime alle regole tecniche di cui all'articolo 26". Esso, infatti, rivela l'esistenza di un secondo livello di "legalità" dell'azione amministrativa automatizzata rappresentato da atti di regolazione dalla natura giuridica ancora tutta da indagare<sup>80</sup> e che pone, anche rispetto alla digitalizzazione, la questione della palliata decodificazione della disciplina della evidenza pubblica e della frammentazione della natura giuridica del testo normativo che chiamiamo "Codice". A cascata si pone, peraltro, l'interrogativo di stabilire quale siano i riflessi della eventuale violazione delle regole tecniche. Pare che, tuttavia, non si possa seriamente dubitare che esse si pongano come autentiche regole di validità dell'azione amministrativa con la conseguenza che la loro inosservanza dà luogo a illegittimità del provvedimento finale. Tanto, peraltro, in disparte dalla tesi circa la natura giuridica delle regole tecniche che si intende seguire (*id est* normativa/regolamentare ovvero, su

---

79 Così l'art. 6 comma 1 lett c) della L. n. 241 del 1990 e ss.mm. secondo cui il responsabile del procedimento "accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria".

80 Stabilisce l'art. 26, comma 1, del Codice che "I requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento digitale, nonché la conformità di dette piattaforme a quanto disposto dall'articolo 22, comma 2, sono stabilite dall'AGID di intesa con l'ANAC e la Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la trasformazione digitale, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice". Le regole tecniche in tema di "Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale" sono state, peraltro, già licenziate, nella versione 1.0, da A.G.I.D. l'1 giugno 2023.

modello delle vecchie linee guida<sup>81</sup>, di atto di regolazione), posto che, in caso di loro inosservanza, verrebbe comunque in rilievo la violazione indiretta anche degli artt. 26 e 19, comma 6, secondo alinea, del Codice.

Di ancor maggior interesse è, poi, il successivo art. 30, espressamente dedicato all'“uso di procedure automatizzate”<sup>82</sup>.

Tale titolo suggerisce, a conferma delle considerazioni dogmatiche prima svolte, che l'automazione è solo una delle possibili concrete modalità di conduzione del procedimento<sup>83</sup> e che, più in generale, l'algoritmo (ed il *software* che ne è espressione in linguaggio macchina) sono, in coerenza con il disposto del già ricordato art.3-bis della l. n. 241 del 1990, solo uno strumento. Tanto è evincibile anche dal comma 3 dell'art. 30 che parla di “decisioni assunte mediante automazione”.

Questa locuzione ha il pregio di chiarire che l'automazione non è in sé decisione ma solo, appunto, uno strumento per giungere ad essa, un'operazione amministrativa funzionalizzata all'esercizio del potere<sup>84</sup>.

Sempre sul piano terminologico l'art. 30, al suo comma 1, si fa carico, nel solco dell'insegnamento dottrinario e giurisprudenziale, di tenere distinti i concetti di “automazione” e “intelligenza artificiale”<sup>85</sup>. Quest'ultima, pur non tro-

---

81 Sul problema della loro natura giuridica si veda, anche per ulteriori riferimenti, il quadro offerto F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir.proc.amm.*, 2017, p. 381 ss..

82 In dottrina si è parlato, con riguardo all'art. 30 e, segnatamente, del suo comma 3, di “*constitutional rule* della legittimità della c.d. «decisione algoritmica»” (G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, cit.).

83 Così anche il comma 1 dell'art. 30 ove si parla, per la P.A., di “automatizzare le proprie attività”.

84 Come si era cercato di sostenere già in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 96-97 riprendendo le nozioni tradizionali di “operazione amministrativa” di P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II: Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 4 e G. SALA, *Operazione amministrativa*, in *Dig.disc.pubbl.*, vol. X, Torino, Giappichelli, p. 319. Invero aveva già aperto verso la qualificazione dell'automazione come “operazione amministrativa” D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., 85.

85 La differenza era stata marcata già da Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891 pubblicata su *Diritto di internet*, 1, 2022, 157 ss. con il commento di G. GALLONE, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale*, p. 161 ss..

vando esplicita definizione<sup>86</sup>, è considerata, al pari dei “registri distribuiti”<sup>87</sup>, solo una delle possibili “soluzioni tecnologiche” per automatizzare il procedimento<sup>88</sup>.

Al comma 1 sembra, peraltro, sottendere, in linea con le riflessioni rassegnate nei paragrafi precedenti, che quella per l'automazione costituisca un'opzione per l'Amministrazione da esprimere attraverso una volizione preliminare in tal senso. Nello stabilire che “Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività”<sup>89</sup> il legislatore delegato ha lasciato intendere che non vi sia

---

86 Per una sua definizione positiva si dovrà, con tutta probabilità, attendere l'approvazione definitiva della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione - COM/2021/206 final.

87 Il riferimento è alla tecnologia *blockchain* e l'espressione ricalca quella impiegata dal noto art. 8 ter del c.d. decreto competitività per l'anno 2019 (Decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con la legge 11 febbraio 2019, n. 12 di «Conversione in legge del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno

e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», pubblicata in G.U. n. 36 del 11 febbraio 2019). Sulle applicazioni della tecnologia *blockchain* al settore pubblico M. ATZORI, *Blockchain technology and decentralised governance: is the State still necessary?*, in *Journal of governance and regulation*, 2017, 6(1), 45, G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir.ec.*, 3, 2019, 196, M. ALLENA, *Blockchain technology for environmental compliance: towards a choral approach*, in *Environmental Law Review*, 4, 2020, M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *Federalismi*, 2, 2021 e G. GALLONE, *Blockchain e big data nel settore pubblico: spunti in tema di G.D.P.R. compliance*, in *Federalismi*, 14, 2022, 67 ss..

88 Non può, peraltro, obliterarsi che il comma 2 dell'art. 30 del Codice parla di “acquisto o sviluppo” di tali soluzioni tecnologiche. Con ciò si delineano due possibili scenari (già ipotizzati in dottrina) in ordine all'elaborazione del software: lo sviluppo diretto dello stesso da parte della stessa P.A. attraverso proprie risorse interne ovvero la possibilità di rivolgersi al mercato e acquisire, dietro il corrispettivo di un prezzo, con forme contrattuali che possono essere differenti (tra cui anche la mera licenza d'uso), la disponibilità di un programma sviluppato da altri soggetti, anche privati. Con particolare riguardo a tale seconda evenienza sono, peraltro, poste, alle lett. a) e b) del comma 2 dell'art. 30, specifiche prescrizioni destinate a disciplinare il rapporto con lo sviluppatore – titolare nell'ottica di affrontare i delicati problemi in tema di proprietà intellettuale affrontati nella dicotomia tra *software* proprietario e *software open source* da (in proposito vd. A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, Cacucci, 2020, p. 212 e F. BRAVO, *Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making. What Proportional Balancing of Interests?*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1-2, 2020, p. 157 ss.). L'ipotesi dello sviluppo externalizzato del *software*, affidato a soggetto privato fuori del procedimento amministrativo, sembra inoltre confermare, sul piano dogmatico, la tesi, vista al secondo paragrafo, che esso costituisca oggetto della volizione preliminare con cui si opta per l'automazione.

89 Invero, la disposizione ricalca quasi pedissequamente quanto già prescritto dal comma 7 dell'art. 19 del Codice in cui si legge che “Ove possibile e in relazione al tipo di procedura di affidamento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ricorrono a procedure automatizzate

un dovere in tal senso della P.A.. Quello espresso dal Codice è, al più, un *favor* per l'automazione (“ove possibile”), rimanendo, per converso, sostanzialmente intatta la discrezionalità di ogni singola stazione appaltante nello scegliere se farvi ricorso o meno.

Leggendo l'art. 30 nel suo complesso emerge, peraltro, che questa opzione preliminare per l'automazione, primo punto di emersione della riserva di umanità, possa essere espressa tanto in via normativa per legge o regolamento (così argomentando ex art. 30 comma 1 ove si invoca “il rispetto delle specifiche disposizioni in materia” senza specificare che queste debbano avere rango primario) ovvero in occasione e con riguardo alla singola procedura a mezzo di uno specifico atto amministrativo o della *lex specialis*. Con riguardo a tale ultimo aspetto è, infatti, appena il caso di notare che la lett. b) del comma 2 dell'art. 30, seppur con riguardo allo specifico profilo della previsione di “prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione”, stabilisce che la disciplina dell'automazione (e si deve, *a fortiori*, ritenere anche l'opzione per la stessa) possa essere posta “negli atti di indizione delle gare”.

Si delinea così un sistema di disciplina dell'automazione multilivello: normativo-legislativo (l'art. 30 in parola), normativo regolamentare (le “specifiche disposizioni in materia” invocate dal comma 1 dello stesso art. 30), le regole tecniche di cui all'articolo 26 e, infine, gli atti amministrativi generali di indizione delle procedure (id est il bando di gara).

La riserva di umanità fa, tuttavia, ancor più chiaramente capolino nel testo del Codice all'art. 30, comma 3, lett. b). Dopo aver dato consacrazione positiva ad altri fondamentali principi in materia di automazione decisionale (e, in particolare, a quello della conoscibilità e della non discriminazione<sup>90</sup>), la disposizione nella valutazione delle offerte ai sensi dell'articolo 30”.

<sup>90</sup> Il comma 3 dell'art. 30 del Codice stabilisce, in particolare, alla lett. a), il principio della “conoscibilità e comprensibilità” in base al quale “ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali

automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata”; alla lett. c), invece, è sancito quello della “non discriminazione algoritmica”, In

sizione in parola sancisce quello della “non esclusività della decisione algoritmica” recependo, con minime variazioni, quanto affermato sul punto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>91</sup>. In particolare, si afferma che in forza di tale principio “comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata”<sup>92</sup>. Con ciò il legislatore ha, con tutta evidenza, tentato di tracciare la portata minima (espressa dall'inciso “comunque”) della riserva facendola coincidere con un'attività di “controllo”, “validazione” ovvero di “smentita”.

Al di là della sua discutibile collocazione topografica nel testo del Codice<sup>93</sup>, la formulazione impiegata, anche perché originariamente contenuta in uno scritto di dottrina e poi trasfusa per osmosi in un testo di legge, non brilla per particolare rigore e chiarezza. Anzitutto, è discutibile la scelta terminologica di parlare di “decisione automatizzata”. Questa locuzione, per quanto preferibile rispetto a quella utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>94</sup>, appare intimamente contraddittoria posto che non è dato concepire, sul piano logico prima che giuridico, una decisione che sia sottoposta a “validazione” (avendosi in tal caso, al più, una mera proposta). Inoltre, essa stride con l'impostazione dogma-

---

forza del quale “il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici”. I nuovi concetti di “conoscibilità e comprensibilità” costituiscono, in particolare, l'occasione per dare nuova linfa al dibattito attorno al tema della trasparenza algoritmica (su di esso, anche per ulteriori riferimenti bibliografici anche in chiave comparativa A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi*, cit., p. 193 ss.).

91 Il riferimento è alla più volte citata sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato, a sua volta largamente ispirata dal lavoro di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit..

92 Chiara è la eco della sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato che al suo punto 15.2 della motivazione in diritto ha statuito che “deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica”.

93 Il valore di “principio” della “non esclusività algoritmica” avrebbe suggerito (se non imposto), che lo stesso venisse menzionato anche al comma 6 dell'art. 19 del Codice, ove infatti si fa espresso riferimento agli altri due principi della “trasparenza delle attività svolte” e della “conoscibilità dei processi decisionali automatizzati” pure sanciti all'art. 30 comma 3.

94 Che addirittura si esprime in termini di “decisione automatica” con una sfumatura linguistica che strizzava quasi l'occhio ad una automazione integrale della decisione (così al citato punto 15.2 della motivazione in diritto della sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato).

tica che, come visto, sembra permeare anche la disciplina normativa in esame, che vuole l'algoritmo come mero *instrumentum* incapace di esprimere un'autentica decisione in senso giuridico. Sarebbe stato, quindi, forse, preferibile sul piano lessicale prevedere, come oggetto dell'attività umana di controllo, validazione e smentita, il "risultato computazionale" ovvero il "risultato algoritmico".

In questo senso pare più appropriata l'espressione impiegata in apertura dell'art. 30 comma 3 del Codice, laddove si parla di "decisioni assunte mediante automazione". Questa, infatti, oltre a risultare coerente con la tesi espressa in ordine all'*ubi consistam* dell'algoritmo e dell'automazione, tiene partite, come distinti momenti procedimentali, automazione e decisione amministrativa. Al contempo, però, ha la capacità di chiarire che l'atto amministrativo adottato ad esito di procedimento automatizzato ha natura di provvedimento amministrativo giacché esso costituisce la prima e unica forma di manifestazione di volontà in grado di produrre effetti costitutivi all'esterno<sup>95</sup>, con tutte le intuibili ripercussioni in punto di regime giuridico dello stesso (pure con riguardo alle forme di tutela giurisdizionale e all'ammissibilità di un intervento in autotutela<sup>96</sup>).

95 Il carattere provvedimentale dell'atto amministrativo automatizzato era stata, invero, già affermata, benché sulla scorta di uno scenario teorico completamente diverso, anche dai sostenitori in Italia (tra cui A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., p. 83 ss. e D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., p. 105) della tesi della natura atizia del software (che, invece, a ben vedere avrebbe dovuto far propendere per l'idea dell'atto automatizzato come semplice esplicitazione di una volontà già compiutamente espressa).

96 L'uso di strumenti elettronici non priva l'Amministrazione del potere di intervenire in autotutela, pur entro i consueti limiti, sui propri atti (così in giurisprudenza Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 8235; Id., sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6608; Id., sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 696 nonché in dottrina a A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa*, cit., 1310). Ciò costituisce, all'evidenza, il logico precipitato della natura autenticamente provvedimentale della decisione amministrativa adottata in forma automatica e che importa l'integrale applicabilità alla stessa del relativo regime giuridico tra cui, per quanto qui di interesse, gli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241 del 1990. L'art. 30 del Codice offre, peraltro, in proposito, al comma 4, uno specifico spunto di riflessione prescrivendo che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori". Vi sarà, pertanto, da chiedersi, anche rispolverando la categoria degli atti di "regolarizzazione" (nella terminologia di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 566-567) se la rettifica (il cui referente civilistico è dato dalla rettificazione del contratto ex art. 1432 c.c.) integri un'ipotesi di autotutela doverosa a matrice giustiziale (come si è ipotizzato in A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, cit., 1747.) e se, quindi, resti o meno assoggettata al

La formulazione dell'art. 30, comma 3, lett. b) del Codice sconta poi una certa ambiguità di fondo nella misura in cui, stando alla sua lettera, sembrerebbe contemplare tre modalità di intervento umano tra loro alternative (*id est* controllo, validazione e smentita). L'impiego della disgiuntiva "ovvero" potrebbe, infatti, spingere a ritenere che il rispetto del principio di non esclusività algoritmica possa ritenersi soddisfatto anche solo assicurando una sola di tali forme di intervento. Ciò condurrebbe, tuttavia, a conseguenze paradossali in quanto la riserva di umanità potrebbe dirsi garantita anche attraverso l'affidamento alla persona fisica del funzionario di un'attività di mero controllo non in grado di condizionare *an* e contenuto della determinazione finale con valenza provvedimentoale. Al di là dell'argomento apagogico ed al connesso rischio di uno svuotamento della riserva, sembra che il significato della locuzione impiegata alla lett. b) del comma 3 dell'art. 30 vada letta alla luce del formante giurisprudenziale che ne è alla base. In questo senso, non può obliterarsi che la sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato da cui è stata, quasi pedissequamente mutuata l'espressione in esame, ne ha lumeggiato il significato facendo espresso riferimento al modello dello HITL (human-in-the-loop)<sup>97</sup>. Ne discende che il rapporto tra controllo, validazione e smentita non va inteso in termini di secca alternatività ma secondo una lettura ortopedica che spezza in due la locuzione impiegata dal legislatore. Più segnatamente, sembra che la disgiuntiva "ovvero" vada riferita solo al "validare" ed allo "smentire", intesi come possibili opposti esiti dell'attività di supervisione ("controllare") affidata alla persona fisica del funzionario. Questa ricostruzione si pone, peraltro, maggiore in linea con il dettato del più volte evocato art. 6, comma 1, lett. e), secondo alinea, della l. n. 241 del 1990 che riconosce al titolare dell'organo, in

---

relativo statuto (*in primis* quello della consumabilità del potere, secondo le coordinate tracciate da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018).

<sup>97</sup> Così sempre al suo punto 15.2 della motivazione in diritto ove si legge che "In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human-in-the-loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano".

sede di adozione del provvedimento finale, la possibilità di “discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria” come alternativa al loro recepimento<sup>98</sup>.

Sembra, del resto, che il richiamo a detto istituto della legge generale sul procedimento (e, quindi, anche all'obbligo aggravato di motivazione ad esso collegato) debba ritenersi implicito nel testo dell'art. 30, comma 3, lett. b) salvo voler ritenere che il funzionario possa sempre discostarsi *ad nutum* dal risultato computazionale proposto dalla macchina. Una interpretazione, quest'ultima che non convince perché relega nel campo della totale irrilevanza giuridica il risultato dell'automazione e si traduce in un ulteriore inedito profilo di opacità dell'azione amministrativa (specie se si pensa alla posizione dell'amministrato che avrebbe tratto vantaggio, nel confronto comparativo con gli altri candidati della procedura di affidamento, dal recepimento del risultato computazionale).

Fuori di questi rilievi, l'art. 30, comma 3, lett. b) del Codice costituisce, senza dubbio alcuno, un importante indizio normativo da cui trarre l'esistenza, come principio generale inesplicito ed immanente nell'ordinamento, di una riserva di umanità nello svolgimento delle funzioni amministrative.

Ma, soprattutto, esso costituisce un valido ausilio per lumeggiarne natura e portata.

In primo luogo, la disposizione codicistica offre conferma, ove ne fosse necessario, in linea con quanto si è detto in precedenza, della valenza immediatamente precettiva (e non puramente programmatica) del principio. Calando la riserva di umanità nel tessuto del Codice il legislatore delegato ha assunto la stessa a regola di azione nell'esercizio delle potestà amministrativa (tanto che si dice, nell'*incipit* del comma 3 dell'art. 30, che le decisioni assunte mediante automazione devono “rispettare” il principio) e, di riflesso, a regola di validità del provvedimento finale. Inoltre, la sussunzione dell'inosservanza della riserva di umanità sotto la categoria generale della “violazione di legge” ex art. 21-octies

<sup>98</sup> Tanto che, probabilmente, nel formulare il principio della non esclusività algoritmica sarebbe stato opportuno che il legislatore delegato, invece, che appiattirsi sul dato testuale delle pronunce del Consiglio di Stato, attingesse, anche per ragioni terminologiche, dal linguaggio della legge generale sul procedimento.



della l. n. 241 del 1990, fuga ogni perplessità in ordine alla qualificabilità in termini di illegittimità del vizio afferente l'atto adottato in forma integralmente automatizzata<sup>99</sup>.

In secondo luogo, non può che prendersi atto che il Codice ha enunciato il principio di non esclusività, ancora una volta in linea con il formante giurisprudenziale, senza distinguere tra attività discrezionale e vincolata e, quindi, sposandone, in maniera opportuna, una declinazione ampia e non flessibile (anche espressa dall'avverbio "comunque").

Questi sono, a ben vedere, solo alcuni degli spunti che possono trarsi da un'interpretazione a prima lettura del dettato codicistico.

Con l'auspicio che si giunga presto ad un intervento di carattere generale sulla l. n. 241 del 1990 (invero rimasto precluso al legislatore del Codice per mancanza di delega in tal senso), i tempi sono ormai propizi e maturi per impegnarsi ad edificare, anche sulle fondamenta di questa nuova base normativa, un'aggiornata e compiuta teoria giuridica dell'automazione amministrativa che ruoti attorno all'irrinunciabile centralità della persona.

---

<sup>99</sup> Profilo per il quale si rinvia a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 179 ss. ove si è optato, dopo aver sottoposto a revisione critica quelle della inesistenza e della nullità, per la tesi della annullabilità anche in considerazione della circostanza che la riserva di umanità non attiene al momento attributivo del potere ma a quello, a valle, della regolazione della sua spendita.



COSTANZA NICOLOSI

Assegnista in diritto amministrativo presso il Dipartimento di economia e impresa  
dell'Università di Catania  
*costanza.nicolosi@gmail.com*

## **FUNZIONE AMMINISTRATIVA E RISCHIO RICICLAGGIO**

### **MONEY-LAUNDERING RISK AND ADMINISTRATIVE FUNCTIONS**

#### SINTESI

Nonostante la normativa antiriciclaggio italiana includa la pubblica amministrazione nell'azione di contrasto del fenomeno, il reale contributo dei pubblici uffici (quando effettivamente profuso) al contrasto del riciclaggio risulta alquanto esiguo; circostanza che rende l'antiriciclaggio nella PA emblematico del divario, spesso esistente, tra diritto amministrativo ed effettività dello stesso. Muovendo da tale contesto, il presente contributo mira -da una parte- a ricondurre la funzione antiriciclaggio nell'ambito del più generale diritto del rischio, e -dall'altra- ad avanzare alcune considerazioni, derivanti dall'(in)attività della PA in ottica antiriciclaggio, sulla precipua funzione di gestione del rischio da parte dei pubblici uffici.

#### ABSTRACT

Italian AML law includes public-administration offices in the system to prevent money laundering. However, the actual extent of the public administration's contribution (when actually delivered) is exceedingly meager, thereby making AML in the PA the epitome of -the often-seen- discrepancy between administrative law and its effectiveness. Moving from this framework, the present essay incorporates AML in the broader scope of risk-management laws, and offers some remarks on the specific risk-management function of public-administration offices considering their (in)activity with respect to AML.

PAROLE CHIAVE: antiriciclaggio, rischio, pubblica amministrazione, effettività, PNRR

KEYWORDS: AML, risk, public administration, effectiveness, RRF

INDICE: 1. L'importanza della pubblica amministrazione nella lotta contro il riciclaggio - 2. La co-gestione pubblico-privato del rischio riciclaggio - 3. L'effettivo ruolo della pubblica amministrazione in funzione

antiriciclaggio - 4. (In)attività della PA in ottica antiriciclaggio: considerazioni sul diritto del rischio - 5. (In)attività della PA in ottica antiriciclaggio: considerazioni sulla co-gestione privata di funzioni pubbliche - 6. Verso la (ri)scoperta della funzione antiriciclaggio nella pubblica amministrazione?

## **1. L'importanza della pubblica amministrazione nella lotta contro il riciclaggio**

Il riciclaggio è un fenomeno continuamente in evoluzione e adattamento al contesto economico-sociale, nonché alle tecniche finanziarie “del momento”. Esso presenta una *duplice pericolosità*: una -per così dire- *strumentale*, derivante dal reato presupposto, creatore dei proventi illeciti da riciclare; e una pericolosità *intrinseca*, che si realizza nel “trasferimento”, dal circuito illegale all'economia sana, di fondi di provenienza illecita, atti ad alterare il corretto funzionamento del tessuto economico e sociale e le dinamiche concorrenziali, nonché a produrre ulteriore ricchezza attraverso un *effetto moltiplicatore* delle attività economico-finanziarie sottostanti il reato presupposto<sup>1</sup>. È proprio tale possibilità di inserimento nel circuito legale che rende gli uffici della pubblica amministrazione (“PA”) potenziali snodi di immissione di fondi illeciti nell'economia legale e quindi soggetti, loro malgrado, a possibili strumentalizzazioni a fini di riciclaggio, attraverso, ad esempio: provvedimenti di autorizzazione e concessione; affidamento di lavori, forniture e servizi; e concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari<sup>2</sup>. La possibile strumentalizzazione della PA a fini di riciclaggio (e la relativa prevenzione) merita di essere inserita nella più generale opera di contrasto al fenomeno della *maladministration* (ovvero le cattive prassi che inficiano il corretto esercizio della funzione amministrativa, in danno agli interessi della cittadinanza e dello sviluppo economico dell'intero Paese), in ottemperanza a un'interpretazione “moderna” del dettato costituzionale (artt. 54, 97 e 98 Cost.), per cui la funzione pubblica deve adottare una *governance* del territorio sempre più orientata alla sostenibilità, allo sviluppo

---

1 Uno degli elementi precipui del riciclaggio è proprio l'attività di investimento, necessaria ogniqualvolta si detiene una liquidità sproporzionata rispetto all'esercizio di eventuali attività economiche.

2 Si tratta dell'ambito oggettivo dell'obbligo di collaborazione, in capo alla PA, in ottica antiriciclaggio. D.lgs. 231/2007, art. 10, co. 1.

dell'imprenditoria e al contenimento dei rischi: da quelli ambientali (tra cui l'inquinamento, il cambiamento climatico e la depauperazione del paesaggio), a quelli economici<sup>3</sup> (tra cui la prevenzione della corruzione<sup>4</sup>), non mancando di sottolineare le strette correlazioni tra gli uni e gli altri<sup>5</sup>. Al fine, quindi, di dare compiuta attuazione dell'orientamento della PA verso i cittadini e il territorio, appare necessario dare conto del fatto che la possibile strumentalizzazione dei pubblici uffici in episodi di riciclaggio ne inficia il buon andamento, danneggiando gravemente il tessuto sociale ed economico dei territori. È, infatti, innegabile che -parimenti alla corruzione- il coinvolgimento, anche inconsapevole, della PA in attività illecite -tra cui il riciclaggio- ne lede il ruolo di presidio di legalità e la rende -suo malgrado- complice della criminalità, a detrimento dei cittadini e del territorio che è tenuta a preservare, sviluppare e valorizzare<sup>6</sup>. Il sistema italiano di prevenzione del riciclaggio, delineato nel d.lgs. 231/2007 e successive modifiche<sup>7</sup>, chiama gli uffici della PA a partecipare nell'azione di contrasto del fenomeno<sup>8</sup>, stabilendo che «...le Pubbliche amministrazioni comunica-

3 *Ex multis*, A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, Cacucci, 2013; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro: tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010; G. ARENA, M.P. CHITI (a cura di), *Public administration, competitiveness and sustainable development*, Firenze, Firenze University Press, 2003; F. BASSANINI, L. TORCHIA (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, Passigli, 2005.

4 Tale prospettiva ha trovato culmine proprio nell'emanazione della legge anticorruzione che recepisce la prospettiva del c.d. *integrity risk management* come strumento, per il settore pubblico, di mappatura dei rischi relativi al fenomeno corruttivo.

5 Sono note le implicazioni ambientali dei fenomeni corruttivi, ad esempio la correlazione tra eventi sismici e alti tassi di corruzione nel sistema politico istituzionale. Si veda, A. FIORITTO, *La corruzione nei lavori pubblici*, in F. Palazzo (a cura di), *Corruzione pubblica, repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, Firenze University Press, 2011; Si veda anche, V. VISCO COMANDINI, *Profili economici della corruzione*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze-Antella, Passigli, 2010.

6 Cfr., volendo, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Milano, CEDAM, Wolters Kluwer, 2023.

7 Va sottolineato che la PA è destinataria di specifici obblighi antiriciclaggio fin dalla c.d. prima legge antiriciclaggio del 1991.

8 Il coinvolgimento della PA nel sistema di prevenzione del riciclaggio rappresenta una "peculiarità italiana" rispetto alle norme internazionali ed europee. L'origine di tale peculiarità va, probabilmente, rintracciata nella finalità delle prime norme italiane antiriciclaggio, le quali si inserivano in una più ampia azione di repressione (penale) al fenomeno della criminalità organizzata, che non poteva, quindi, prescindere dalla tutela dell'economia legale, nonché *locale*, stante che il carattere precipuo delle organizzazioni criminali è, almeno inizialmente, appunto la loro dimensione territoriale, che comporta un *modus operandi* principalmente basato su uno stretto

no alla [Unità di intelligence finanziaria (UIF)]<sup>9</sup> dati e informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale» (art. 10, co. 4). Tuttavia, nonostante tale inclusione, va rilevato che il reale contributo dei pubblici uffici (quando effettivamente profuso) al contrasto del fenomeno risulta alquanto esiguo<sup>10</sup>; circostanza che rende l'antiriciclaggio nella PA emblematico del divario spesso esistente tra diritto amministrativo (ma non solo), ed *effettività* dello stesso<sup>11</sup>. Muovendo da tale contesto, il presente contributo mira -da una parte- a ricondurre la funzione antiriciclaggio nell'ambito del più generale diritto del rischio, e -dall'altra- ad avanzare alcune considerazioni, derivanti dall'(in)attività della PA in ottica antiriciclaggio, sulla precipua funzione di gestione del rischio da parte dei pubblici uffici.

## 2. La co-gestione pubblico-privato del *rischio* riciclaggio

L'attuale sistema amministrativo antiriciclaggio è facilmente riconducibile al più ampio ambito del c.d. *diritto del rischio*<sup>12</sup>. Allo stesso modo dei rischi giuridici dell'età moderna, anche il rischio riciclaggio è esasperato dalle evoluzioni tecnico-informatiche che ne facilitano l'operatività. Inoltre, la portata del rischio riciclaggio è ulteriormente aumentata per via di un progresso strettamen-

---

rapporto con il territorio. Sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit.

<sup>9</sup> La UIF, istituita in seno a Banca d'Italia, opera quale centro di *aggregazione* e di *trasmissione* dei dati e delle analisi relative alle operazioni sospette di riciclaggio. Alla UIF è anche affidata la funzione di analisi economica, sia per quanto riguarda il tradizionale studio di eventuali anomalie riferibili a ipotesi di riciclaggio (relative a specifici settori economici o realtà territoriali), sia per quanto riguarda la funzione di analisi economico-finanziaria delle segnalazioni e di tutte le informazioni rilevanti a fini antiriciclaggio.

<sup>10</sup> Le possibili ragioni del manchevole contributo della PA in ottica antiriciclaggio vanno, probabilmente, ricercate nelle molteplici criticità delle disposizioni relative alla collaborazione dei pubblici uffici, nonché, certamente, nell'assenza di una forte "cultura dell'antiriciclaggio" da parte dei dipendenti pubblici. Cfr., se si vuole, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit.

<sup>11</sup> Sul punto si rimanda a G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2022.

<sup>12</sup> La prima teorizzazione giuridica del diritto del rischio si deve a A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006. L'egregio lavoro di teorizzazione e "riduzione a sistema" è stato portato avanti da R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, Cacucci, 2020.

te giuridico, ovvero la sopravvenuta libertà (in Europa e non solo) di movimentazione dei capitali.

Il riciclaggio (e l'intensificarsi del relativo rischio) è, altresì, il riflesso di una direzione *specificata* dell'evoluzione tecnica, ovvero la finanziarizzazione dell'economia (ma anche della società *lato sensu*) che -come già l'innovazione tecnico-industriale nel secolo scorso- fa da traino allo sviluppo e alla produzione di ricchezza mondiale. Infatti, come alla base del *boom* economico nello scorso secolo si rintraccia il legame tra scienza, tecnica e industria<sup>13</sup>; così la cifra delle economie mature e integrate nel mondo globale aggiunge, a questo trionfo, l'elemento della *finanza*, che, in fondo, non rappresenta neanche un elemento "inedito", in quanto va inteso come moderno sviluppo della scienza la quale, accanto allo studio della realtà naturale include, adesso, anche l'analisi della realtà *economica* (e *finanziarizzata*).

Infatti, come già i rischi tradizionalmente riconducibili nel perimetro del diritto del rischio (derivanti dal progresso tecnico-industriale, nonché economico), anche la gestione del rischio riciclaggio diventa inevitabile nell'ambito dei moderni sistemi economico-finanziari<sup>14</sup> e, pertanto, richiede la "delimitazione" dell'autonomia inerente alla scelta d'impresa che, lungi dall'essere assoluta, deve internalizzare (attraverso l'opportuna identificazione e gestione) l'esposizione ai rischi generati dalle scelte tecnico-economiche.

Il sistema di prevenzione antiriciclaggio si avvale, quindi, della collaborazione di specifici soggetti (anche privati) -i destinatari della normativa- chiamati ad agire come presidio di legalità, al fine di mantenere le attività economiche al di sotto di un margine di sicurezza. In concreto, ci si riferisce all'obbligo giuridico di predisporre (nonostante l'incertezza inerente allo stesso verificarsi del rischio) procedure interne, di gestione dello stesso, *precauzionali* e *proporzionali*

---

13 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., pp. 10-11 e 16.

14 Analogamente al rischio di incidente nell'ambito degli odierni complessi sistemi tecnologici, per cui si rimanda a C. PERROW, *Normal accidents: Living With High-Risk Technologies*, Princeton, Princeton University Press, 1993.

alla propria natura e dimensione<sup>15</sup>, nonché al rischio riciclaggio a cui si è specificamente esposti per le proprie caratteristiche peculiari<sup>16</sup>. Dall'identificazione del rischio riciclaggio dipenderà il tipo di procedure interne necessarie per la continua identificazione, gestione e mitigazione del rischio, in un processo di "procedimentalizzazione" dell'azione di prevenzione, derivante dall'applicazione del principio di precauzione, già tipico del diritto del rischio. La gestione del rischio è, così basata su un'interpretazione del principio di precauzione che ne esalta la valenza *procedurale*. La normativa antiriciclaggio italiana<sup>17</sup> (nonché quella europea<sup>18</sup> e internazionale<sup>19</sup>) applica il c.d. approccio basato sul rischio -o

---

15 Tali politiche e controlli includono: a) l'elaborazione di procedure interne, tra cui: pratiche di riferimento per la gestione dei rischi, adeguata verifica della clientela, segnalazione, conservazione dei documenti, controllo interno, verifica della conformità rispetto alle dimensioni e alla natura dell'attività economica, etc.; b) la nomina di un responsabile della conformità a livello dirigenziale; e c) se del caso, in funzione delle dimensioni e della natura dell'attività economica, una funzione di revisione indipendente per la verifica delle politiche, dei controlli e delle procedure interne.

16 L'art. 8 della c.d. IV Direttiva stabilisce che i soggetti obbligati adottino opportune misure volte a individuare e valutare il rischio riciclaggio, tenendo conto delle caratteristiche dei loro clienti, aree geografiche, prodotti, servizi, operazioni, canali di distribuzione, etc. Direttiva UE 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, GUCE del 5 giugno 2015, L 141/73.

17 Il d.lgs. 231/2007 dedica un intero Capo (*i.e.*, il Cap IV del Titolo I) all'analisi e valutazione del rischio.

18 Già la c.d. III Direttiva sottolineava che «*il rischio di riciclaggio ... non è sempre lo stesso in ogni caso...*» (Considerando n. 22) e che «*...la normativa comunitaria dovrebbe riconoscere che alcune situazioni comportano un maggiore rischio di riciclaggio ... [F]ermo restando che è indispensabile stabilire l'identità ed il profilo economico di tutti i clienti, esistono casi nei quali sono necessarie procedure di identificazione e di verifica dell'identità dei clienti particolarmente rigorose*» (Considerando n. 24). Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, GUCE del 25 novembre 2005, L 309/15.

19 Le Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria ("GAFI") del 2012 sottolineano l'importanza del *risk-based approach* e la conseguente necessità per gli Stati di comprendere, identificare e valutare il rischio riciclaggio cui sono esposti e di dedicare opportune risorse per l'effettiva mitigazione. Si richiede, pertanto, un sistema di misure flessibili, capace di contrastare in modo efficace e proporzionale la natura e l'entità dei rischi che connotano ciascun Paese. GAFI, Raccomandazione n. 1, *Valutazione dei rischi e applicazione di un approccio basato sul rischio*. Si segnala, altresì, che, nel marzo 2021, il GAFI ha pubblicato la *FATF Guidance on Risk-Based Supervision*, evidenziando il ruolo cruciale delle Autorità di vigilanza nella prevenzione del riciclaggio di denaro. In tale ottica, il GAFI incoraggia i Paesi ad andare oltre l'approccio *tick box*, basato unicamente sull'adempimento formale degli obblighi normativi, e nel monitorare gli sforzi del settore privato per le finalità in questione. In particolare, la guida GAFI aiuta le stesse Autorità a concentrare le risorse dove i rischi sono maggiori, secondo un approccio basato appunto sul rischio.



*risk-based approach*- che esemplifica precisamente la gestione precauzionale del rischio attraverso misure proporzionali.

Come per altri rischi giuridici, quindi, il sistema antiriciclaggio è contraddistinto da una marcata tendenza della norma legislativa a *scaricare* la concreta gestione delle situazioni di rischio<sup>20</sup> (non solo sulle amministrazioni, ma anche) direttamente sull'attività delle stesse imprese produttrici dei rischi (nonché più idonee a colmare le fisiologiche asimmetrie informative). Coerentemente con i principi del diritto del rischio, il sistema antiriciclaggio impone ai destinatari privati della normativa di raggiungere il profitto -loro scopo istituzionale- senza contrapporlo -ma anzi affiancandolo- al perseguimento dell'interesse pubblico (fine tradizionalmente esclusivo delle amministrazioni)<sup>21</sup>, adottando le misure necessarie per evitare l'inverarsi del pericolo in danno.

Tale co-gestione trova fondamento nell'art. 41, co. 2 Cost. che se 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<sup>22</sup>. Rischio, precauzione e proporzionalità sono, quindi, i “binari” giuridici del sistema di prevenzione dell'azione di una platea (sempre più ampia<sup>23</sup>) di destinatari privati e della PA chiamati ad assolvere specifici obblighi a presidio della legalità del loro operato (e dell'intero sistema economico), a tutela di sé stessi (e -di nuovo- dell'intero sistema economico) dalla possibile strumentalizzazione a fini illeciti.

---

20 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 109.

21 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 120 (citando M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. società*, 2009, pp. 1-33).

22 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 112 (citando I.M. MARINO, *Presentazione del Master in “Gestione globale del rischio”*, LUM-Jean Monnet, Casamassima, 14 maggio 2004).

23 L'ambito soggettivo di applicazione della normativa antiriciclaggio è andato allargandosi nel tempo, aumentando progressivamente la platea di destinatari dei relativi obblighi. Cfr., volendo, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit.

### 3. L'effettivo ruolo della pubblica amministrazione in funzione antiriciclaggio

Nonostante l'inclusione della PA nel sistema antiriciclaggio occorre rilevare che la reale collaborazione dei pubblici uffici (quando effettivamente profusa) risulta alquanto esigua. Da qui il divario tra -da una parte- la necessità di adesione del settore pubblico all'azione antiriciclaggio al fine di migliorare la qualità stessa dell'azione amministrativa, nell'ottica sia di promozione ed effettivo sviluppo del territorio, sia di contrasto alla *maladministration*; e -dall'altra- l'effettività, ancora ridotta, del contributo della PA all'azione di prevenzione. Ovvero, come già affermato, il caso dell'antiriciclaggio nella PA è emblematico del divario, spesso riscontrato e a cui è opportuno prestare attenzione e riflessione, tra il diritto amministrativo e l'*effettività* dello stesso<sup>24</sup>.

Dai dati sul flusso informativo proveniente dalla PA, infatti, emerge che, nei pubblici uffici, i controlli antiriciclaggio (quando effettuati) vengono spesso evasi in modo eccessivamente burocratico e acritico. Primo elemento significativo è proprio il *numero dei segnalanti*, ovvero il numero di pubblici uffici, attualmente solo 147, che, iscrivendosi al portale Infostat-UIF (unica modalità di trasmissione delle comunicazioni alla UIF<sup>25</sup>), manifestano -almeno- la *consapevolezza minima* del proprio ruolo nel sistema antiriciclaggio<sup>26</sup>. Tuttavia, è rilevante sottolineare che, dei 147 uffici registrati al portale, ben 112<sup>27</sup> non ha mai effet-

24 G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, cit.

25 L'iscrizione è condizione necessaria non solo per inviare le comunicazioni di operazioni sospette alla UIF, ma anche per consentire alla stessa di richiedere ulteriori informazioni ai pubblici uffici sui fatti oggetto di analisi (*ex art. 40 del d.lgs. 231/2007*).

26 Le pubbliche amministrazioni iscritte a Infostat-UIF sono passate da 2 (nel 2011) a 147 (al 30 settembre 2021). Tra le entità iscritte alcune sono state oggetto di processi di trasformazione nel corso degli anni. È il caso delle camere di commercio che, per effetto della progressiva attuazione del riordino varato con il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 219, hanno subito alcuni significativi accorpamenti. Nel periodo 2018-2019, il *trend* di crescita ha manifestato una piccola accelerazione (*i.e.*, un aumento di 39 uffici iscritti) prima di ridimensionarsi (23 iscrizioni nel 2019-2020, e 18 iscrizioni dal 2020 al 30 settembre 2021). Gli uffici che hanno proceduto all'iscrizione al portale Infostat-UIF sono distribuiti, pur con differenze significative, su tutto il territorio nazionale; mentre, con riferimento al concreto invio di comunicazioni, espressione di una più fattiva adesione dei medesimi uffici al sistema antiriciclaggio, le differenziazioni risultano più marcate. Si veda, UIF, *Le pubbliche amministrazioni nel sistema di prevenzione del riciclaggio*, Roma, 2022.

27 Ovvero, il 76%.

tuato una comunicazione, non andando, quindi, mai oltre tale (davvero minima) consapevolezza.

Per quanto, invece, riguarda le comunicazioni inviate<sup>28</sup>, che potremmo considerare manifestazione di una *consapevolezza più effettiva* della PA circa il proprio ruolo nella funzione antiriciclaggio; la gran maggioranza<sup>29</sup> è stata trasmessa dagli enti nazionali che, tuttavia, rappresentano una quota minoritaria<sup>30</sup> rispetto agli enti territoriali (*i.e.*, finanziarie regionali<sup>31</sup>, comuni<sup>32</sup>, regioni e province<sup>33</sup>, e aziende municipalizzate)<sup>34</sup>. La restante parte degli iscritti conta aziende

---

28 Un (modesto) incremento è stato registrato a partire dal 2007: da 1 comunicazione (2007) a 106 (al 30 settembre 2021), portando così, a 422 il numero complessivo di segnalazioni che la PA ha trasmesso dal 2007 al 30 settembre 2021. Le comunicazioni della PA hanno registrato un picco nel 2017 (70 comunicazioni) e nel 2021 (106). Nel periodo dal 2017 al 30 settembre 2021, è, quindi, pervenuto il 74% delle segnalazioni complessivamente trasmesse dal comparto. Come già osservato per le iscrizioni al portale Infostat-UIF, l'incremento si registra nel 2018, ma da ultimo (2020-2021) il flusso segnaletico è sensibilmente cresciuto anche in conseguenza dell'ingente mole di risorse pubbliche a sostegno dell'economia in risposta all'emergenza sanitaria, profilo che lascerebbe presagire un ulteriore incremento allorché, al passaggio alla fase operativa del PNRR, si affianchi una più decisa adesione della PA al sistema antiriciclaggio.

29 Ovvero, il 76,5%.

30 Ovvero, meno del 9% del totale.

31 Le finanziarie regionali hanno comunicato operatività anomale nell'ambito delle attività di controllo relative all'erogazione di finanziamenti e garanzie a valere su fondi pubblici. Risulta marcata l'attenzione, da parte delle finanziarie regionali (così come delle camere di commercio), della verifica dei soggetti direttamente coinvolti nei procedimenti amministrativi, aspetto che potrebbe in parte trovare spiegazione nel fatto che, delle prime, la maggior parte è rappresentata da ex intermediari finanziari mentre le seconde sono state sottoposte, per effetto di disposizioni di settore, agli obblighi di adeguata verifica della clientela (obbligo a cui la PA, generalmente, non è soggetta).

32 I comuni hanno inoltrato comunicazioni nell'ambito di una varietà di procedimenti e attività: verifica delle SCIA, concessione di diritti edificatori perequati, istanze di rimborso per somme indebitamente versate, occupazione di suolo pubblico, cambio di destinazione d'uso di immobili rispetto delle clausole contrattuali delle concessioni d'uso, e concessioni demaniali. Le principali anomalie riscontrate si riferiscono a operatività illogiche o a passaggi societari privi di apparente giustificazione economica, spesso emersi in occasione di controlli (effettuati anche nell'ambito delle attività di recupero dell'evasione dei tributi statali) condotti su soggetti esercenti attività economica sul territorio di competenza. Sul punto, si rimanda al Protocollo d'intesa tra Agenzia delle entrate, Guardia di finanza, ANCI e Fondazione istituto per la finanza e l'economia locale (IFEL) del 30 gennaio 2018.

33 Le anomalie segnalate da regioni e province sono relative a: discrepanze tra quanto dichiarato in relazione ad assetti proprietari e quanto emerso da successive verifiche; controlli nell'ambito di affidamento di lavori edili; e irregolarità rilevate in occasione di contributi concessi a svariate associazioni per la realizzazione di eventi di qualificazione e valorizzazione di luoghi storici.

34 Queste ammontano a quasi il 60% dei pubblici uffici iscritti al portale. Nello specifico, il 31,3% sono comuni e il restante 27,9% sono enti territoriali di diversa natura (regioni, provin-

ospedaliera e altri istituti sanitari<sup>35</sup> e camere di commercio<sup>36</sup>. Mentre, la stragrande maggioranza<sup>37</sup> del totale delle comunicazioni complessivamente trasmesse dalla categoria degli enti territoriali proviene da finanziarie regionali, camere di commercio e comuni. Elemento ricorrente nell'ambito delle tre categorie è la difformità quantitativa del contributo prestato dai singoli segnalanti: il numero delle comunicazioni trasmesse si polarizza, infatti, in capo a uno o due

---

ce, finanziarie regionali e agenzie municipalizzate). Le comunicazioni pervenute dagli enti territoriali sono state "solo" il 16,8% (comuni 8,5%; altri enti territoriali 8,3%). Seguono le comunicazioni delle camere di commercio (5,2%) e infine degli enti sanitari (1,4%). In tale ambito, la percentuale degli uffici che hanno trasmesso almeno una comunicazione si attesta intorno al 24%; ancora una volta, i più attivi sono risultati gli enti nazionali (61,5%), a seguire: camere di commercio (42,9%), enti territoriali diversi dai comuni (22%), comuni (13%) ed enti sanitari (11%). Per quanto riguarda gli enti locali, quelli attivi sono fortemente concentrati in tre regioni (Lombardia, Toscana e Veneto) così come gli enti sanitari (Emilia Romagna, Toscana e Veneto). Gli altri enti territoriali e le camere di commercio attive, sebbene maggiormente distribuite, restano comunque polarizzate in poche regioni (rispettivamente, per gli altri enti territoriali: Lazio, Lombardia, Piemonte, Puglia, Trentino-Alto Adige e Veneto; e per le camere di commercio: Abruzzo, Emilia Romagna, Lazio, Lombardia, Puglia, Toscana e Veneto). Va tuttavia, rilevato che il flusso segnaletico di questa categoria è aumentato nel corso degli anni, fino ad arrivare a coprire il 32% delle comunicazioni ricevute tra gennaio 2018 e settembre 2021, a fronte dell'11,7% registrato nel periodo 2007-2017 (nell'intero periodo 2007-2021, l'incidenza della categoria è del 23,5%).

35 Ovvero, circa il 18%. Le aziende sanitarie locali hanno comunicato operazioni di pagamenti in contanti, eseguiti da persone fisiche a fronte di prestazioni sanitarie, ovvero anomalie riguardanti profili societari di imprese fornitrici di beni e servizi (per esempio, ripetute modifiche dell'assetto proprietario).

36 Ovvero, poco più del 14%. Le comunicazioni delle camere di commercio sono principalmente scaturite dall'assistenza qualificata prestata alle imprese in relazione alla costituzione di *start up* innovative (circa il 90% delle comunicazioni trasmesse tra l'1 gennaio 2018 e il 30 settembre 2021, con una frequenza di una ogni due mesi) nell'ambito dell'attività di Assistenza qualificata alle imprese (AQI), ovvero attinenti all'iscrizione nel registro delle imprese di società derivanti da trasformazioni societarie o alla stipula di contratti di reti d'impresa. Tuttavia, la sentenza 29 marzo 2021, n. 2643, del Consiglio di Stato (CdS) ha annullato il decreto del Ministro dello sviluppo economico del 17 febbraio 2016, che regolava la costituzione e l'iscrizione nel registro delle imprese delle *start up* secondo un procedimento semplificato e totalmente telematico, poiché la deroga all'obbligo di costituzione della società a responsabilità limitata mediante atto pubblico (art. 2463 c.c.) mancava della relativa normativa primaria di legittimazione. La pronuncia del CdS, in mancanza di un intervento normativo correttivo, sembra aver determinato il sostanziale prosciugamento del flusso segnaletico delle camere di commercio, inseritesi nel dispositivo di prevenzione del riciclaggio proprio per effetto del DL 3/2015. L'ultima comunicazione della specie risale, infatti, a gennaio 2021. Le anomalie rilevate dal sistema camerale sarebbero riscontrabili anche nel flusso segnaletico proveniente dai notai che, tuttavia, per il medesimo periodo, hanno trasmesso solo nove segnalazioni in tema (l'ultima delle quali pervenuta a gennaio 2021). Successivamente alla pronuncia del CdS, le segnalazioni relative a *start up* sono state trasmesse da banche, fiduciarie e SGR, ovvero soggetti obbligati che per lo più riferiscono anomalie operative diverse da quelle riscontrabili in fase di costituzione.

enti, la cui attività segnaletica è sensibilmente superiore rispetto alla media degli altri enti omologhi<sup>38</sup>.

Le comunicazioni provenienti dagli enti nazionali hanno registrato un incremento negli ultimi due anni, circostanza che, certamente, riflette il varo delle misure di sostegno post-pandemiche. Coerentemente, il flusso informativo proveniente dagli enti nazionali riguarda, principalmente, la commercializzazione dei dispositivi di protezione individuale e la concessione di finanziamenti assistiti da garanzia pubblica e contributi a fondo perduto<sup>39</sup>. Tra l'altro, segnalazioni riferibili al contesto dell'emergenza sanitaria sono state trasmesse anche da un ampio ventaglio di soggetti obbligati privati<sup>40</sup> che hanno evidenziato, altresì, l'aumentata tendenza al prelievo di contante<sup>41</sup> e la frequente cessione e/o acquisizione di crediti fiscali<sup>42</sup>.

Le comunicazioni del settore pubblico presentano un alto grado di eterogeneità anche dal punto di vista qualitativo: ad esempio, per quanto concerne la *rilevanza* della comunicazione, ovvero la capacità di intercettare *effettivamente* operazioni di riciclaggio (come evidenziato dall'esito delle analisi condotte dalla UIF e/o dalla presenza di interesse da parte degli organi investigativi), i dati

---

37 Ovvero, quasi l'85%.

38 L'88,5% delle comunicazioni ricevute dalle finanziarie regionali è stato trasmesso da un unico segnalante; il 57,2% delle comunicazioni delle camere di commercio è stato originato da solo due soggetti; e due comuni, da soli, hanno inviato il 79% delle comunicazioni del relativo gruppo.

39 Il netto incremento delle anomalie riscontrate, si coglie, infatti, nell'ambito di istruttorie per l'erogazione di fondi pubblici o delle attività di controllo sui finanziamenti concessi così come quelle relative alle misure di sostegno legate all'emergenza sanitaria. A queste due attività, infatti, sono riconducibili oltre il 90% delle comunicazioni pervenute nel 2021 e il 70% di quelle ricevute nel 2020. Come già osservato, l'incremento legato al varo delle misure di sostegno lascia presagire un potenziale ulteriore incremento con il passaggio alla fase operativa del PNRR.

40 Per maggiori dettagli si può far riferimento a UIF, *Casistiche di riciclaggio legate all'emergenza da COVID-19*, Roma, 2020; UIF, *Le segnalazioni di operazioni sospette collegate al COVID-19*, newsletter n. 3/2022.

41 Si tratta di un'anomalia operativa di per sé "neutrale", ma che giustifica il timore di possibili impatti negativi della pandemia sul sistema bancario e finanziario. Generalmente, i prelievi di contante non sono intercettabili da un ufficio della PA, trattandosi di un'anomalia tipicamente colta solo da intermediari bancari e finanziari.

42 Fenomeno decisamente presente nel flusso segnaletico di banche e poste, ma non egualmente riscontrato nelle comunicazioni provenienti dalla PA (almeno fino al 30 settembre 2021).

sembrano, *prima facie*, incoraggianti<sup>43</sup>. Tuttavia, va rilevato che molte comunicazioni sono *reattive*, ovvero trasmesse alla UIF in seguito alla notizia di indagini penali. Di conseguenza, nonostante l'apparente rilevanza, l'effettivo apporto informativo di gran parte delle comunicazioni risulta limitato a una mera condivisione con la UIF della presenza, tra le controparti dell'ufficio, di soggetti già di interesse dell'autorità giudiziaria o coinvolti in accertamenti investigativi. Al netto di queste comunicazioni, la percentuale di quelle di *reale* interesse investigativo si attesta su livelli decisamente inferiori, sebbene non del tutto irrilevanti<sup>44</sup>.

Altro elemento significativo per la qualità della comunicazione è la sua *tempestività*, ovvero la velocità di reazione tra la richiesta/esecuzione dell'operazione e la trasmissione della comunicazione. Nonostante, infatti, la mancanza di disposizioni normative relative alla velocità di trasmissione delle comunicazioni, è chiaro che tempi di inoltro eccessivamente dilatati compromettano la funzionalità del sistema di prevenzione. La tempistica della comunicazione della PA si attesta su un valore mediano di 147 giorni (tempi decisamente più lunghi rispetto a quelli di altri comparti, ad esempio i 30 giorni registrati da banche e poste), ma -ancora una volta- con valori estremi molto significativi<sup>45</sup>. Inoltre, utili indizi sulla qualità delle comunicazioni della PA emergono anche dal volume di richieste che essa riceve, da parte della UIF, volte a integrare comunica-

---

43 Quasi il 39% delle comunicazioni è stato di interesse per successivi approfondimenti investigativi.

44 Ovvero, circa il 26%. I dati considerati sono relativi al periodo compreso tra gennaio 2018 e settembre 2021, ovvero un totale di 243 comunicazioni.

45 Nel 15% dei casi, la trasmissione della comunicazione è avvenuta addirittura oltre 1000 giorni dal compimento dell'operazione. Per la maggior parte si tratta di comunicazioni provenienti da enti nazionali e, in seconda battuta, da società a partecipazione regionale e scaturite, in particolare, da attività di controllo relative all'erogazione di fondi o finanziamenti pubblici. Nel quasi 18% dei casi, invece, la trasmissione è avvenuta entro un mese dalla data di esecuzione dell'operazione. Anche queste comunicazioni sono state trasmesse per la maggior parte da enti nazionali (70% dei casi) seguiti dalle camere di commercio (un ulteriore 21%) e sono originate da sospetti maturati nel corso di attività istruttorie per l'erogazione di fondi e/o finanziamenti pubblici, in buona parte legati all'emergenza sanitaria, ma anche di assistenza qualificata alle imprese nell'ambito della costituzione di *start up*.

zioni dal contenuto carente, oppure a soddisfare esigenze informative specifiche insorte nel corso delle analisi condotte<sup>46</sup>.

Infine, il contributo segnaletico della PA può essere analizzato anche in base all'*origine*, ovvero l'attività o il procedimento amministrativo da cui scaturisce la comunicazione che può, a sua volta, indicare quanto l'azione di prevenzione sia effettivamente estesa in termini di attività amministrative coinvolte e di monitoraggio dei procedimenti<sup>47</sup>. La maggioranza delle comunicazioni<sup>48</sup> è relativa all'erogazione di fondi o finanziamenti pubblici (istruttorie nelle fasi propeedeutiche all'erogazione, controlli in merito ai finanziamenti concessi, etc.); e un terzo di esse è riconducibile all'emergenza sanitaria<sup>49</sup>.

#### 4. (In)attività della PA in ottica antiriciclaggio: considerazioni sul diritto del rischio

Le disposizioni antiriciclaggio che la normativa italiana indirizza ai pubblici uffici certamente evidenziano la necessità di adottare un approccio funzionale, che del resto non può che essere l'unico effettivamente in grado di contrastare un fenomeno in continua evoluzione e trasformazione, nonché di assicurare una gestione del rischio quanto più calibrata (*rectius*, adeguata proporzio-

---

46 Tra febbraio 2020 e settembre 2021, la UIF ha indirizzato, agli uffici della PA, 52 richieste per esigenze informative emerse nel corso dei propri approfondimenti finanziari: di queste, 25 sono state trasmesse per integrare il quadro informativo della comunicazione effettuata dallo stesso ufficio, e 27 relativamente a segnalazioni trasmesse da altro soggetto obbligato. In questi casi, l'interlocuzione è avvenuta esclusivamente con uffici iscritti a Infostat-UIF e che avevano già precedentemente trasmesso una segnalazione.

47 L'identificazione delle attività maggiormente a rischio riciclaggio può dipendere da fattori estranei al fenomeno, ad esempio: l'accuratezza della mappatura dei rischi, il grado di consapevolezza di tali rischi, il *risk appetite* del segnalante, l'ampiezza, diversità e complessità dei compiti dell'ufficio, nonché la domanda dei servizi resi alla collettività.

48 Ovvero, oltre il 60%.

49 Un ulteriore 9,5% delle comunicazioni del campione è relativo a casistiche riscontrate nell'ambito di accertamenti fiscali, seguito da un 7,8% relativo ad attività di assistenza alle imprese nell'ambito di costituzione di *start up* innovative. Le restanti comunicazioni riguardano fattispecie rilevate nel corso di controlli sulla sussistenza dei presupposti normativi per l'esercizio dell'attività (SUAP - Sportello Unico per le Attività Produttive) e sulle SCIA (3,7%); controlli ispettivi in ambito contabile (2,9%); verifiche sugli appalti pubblici ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 (2,9%), oppure a seguito di esposti e richieste da parte dell'autorità giudiziaria (1,2%). Sono altresì presenti procedimenti amministrativi di diversa natura, tra cui ad esempio: la concessione di diritti edificatori perequati, le contestazioni in merito al pagamento di debiti della PA, e le istanze di rimborso di somme indebitamente versate (10,3%).

nata e ragionevole) sulle specificità organizzative, geografiche e operative di ciascuna amministrazione. L'intento di applicare un approccio funzionale è particolarmente ravvisabile nelle disposizioni in merito alla possibile ricalibratura, da parte del Comitato di sicurezza finanziaria ("CSF")<sup>50</sup>, dell'ambito oggettivo di applicazione della normativa antiriciclaggio da parte della PA (d. lgs. 231/2007, art. 10, co. 2), nonché nell'indicazione che gli stessi uffici adottino misure interne sulla base delle linee guida emanate dal CSF (*ex art. 10, co. 3*).

Infatti, la decisione del legislatore di lasciare che sia il CSF (*i.e.*, la stessa amministrazione pubblica) a stabilire l'ambito oggettivo di applicazione della normativa antiriciclaggio agli uffici pubblici, e di identificare le modalità (attraverso le linee guida) di «mappatura e valutazione» del relativo rischio riciclaggio, è certamente espressione della generale "crisi" del principio di legalità e del relativo mutamento del rapporto legge-amministrazione<sup>51</sup>, per il quale la legge tende a fissare i criteri generali dell'agire pubblico, da concretizzare, in modo specifico, in sede amministrativa.

Tuttavia, tale «riserva di amministrazione»<sup>52</sup>, così come precedentemente individuata in altri ambiti del diritto del rischio, è tendenzialmente diretta a palesare la *sovraesposizione* del momento procedimentale amministrativo, a discapi-

50 Organismo competente nella strategia di contrasto del riciclaggio dei proventi illeciti, originariamente istituito, per combattere il terrorismo internazionale, con DL 12 ottobre 2001, n. 369, convertito con modificazioni, nella legge 14 dicembre 2001, n. 431. Il CSF è altresì competente al contrasto della proliferazione delle armi di distruzione di massa e dell'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale ai sensi del d.lgs. 109/2007. Specificatamente per quanto riguarda il contrasto al riciclaggio, ai sensi del novellato d.lgs. 231/2007, il CSF: elabora le strategie di prevenzione del riciclaggio e coordina le misure di contenimento del relativo rischio da parte delle Autorità (art. 5, co. 5); elabora l'analisi nazionale dei rischi di riciclaggio (art. 5, co. 6, lett. a)); formula pareri e proposte e fornisce consulenza al Ministro dell'economia e delle finanze in materia di prevenzione del riciclaggio (art. 5, co. 6, lett. d)); e presenta al Ministro dell'economia e delle finanze, per il successivo inoltro al Parlamento, la relazione contenente la valutazione (sulla base delle informazioni fornite dalle Autorità) dell'attività di prevenzione del riciclaggio, dei relativi risultati e delle proposte dirette a renderla più efficace (art. 5, co. 7).

51 Sul punto, *ex multis*, A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, Giuffrè, 2008; G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2017.

52 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 70 (citando D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996 e bibliografia ivi contenuta).



to di quello legislativo, con relativa “creazione” di diritto, da parte delle pubbliche amministrazioni, attraverso l’applicazione di valori e principi nel corso del confronto procedimentale tra interessi pubblici e privati<sup>53</sup>. Sul punto è stata, infatti, messa in luce la *riflessività* dell’azione amministrativa di gestione del rischio, ovvero il principio della costante rivedibilità<sup>54</sup> e, quindi, della relativa -inevitabile- temporaneità e provvisorietà delle misure adottate, che rende il diritto del rischio non *incerto*, ma sicuramente *a certezza flessibile*, ossia a misura dell’ambito di riferimento e per il tempo in cui la decisione è presa<sup>55</sup>.

L’importanza del momento procedimentale rileva, soprattutto, nella gestione dei rischi *esogeni* alla funzione amministrativa, ovvero originati al suo esterno (*i.e.*, rischi da ignoto tecnologico), per i quali l’esplicarsi della funzione amministrativa diviene, essa stessa, un primo strumento di gestione del rischio. Diversamente, i rischi *endogeni* che, invece, scaturiscono all’interno della funzione amministrativa (*i.e.*, rischio corruzione), trovano come primo e principale strumento di gestione il rafforzamento dei meccanismi di controllo, ovvero la predisposizione di un sistema giuridico per piani, multipolare o reticolare, che

---

53 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 70 (che cita H.H. TRUTE, *From past to future risk – From private to public law*, in *Revue Européenne de droit public*, vol. 15, n. 1, 2003, pp. 98-101). Tale tendenza acquista rilievo significativo nel governo dei rischi da ignoto tecnologico, come osservato dall’Autore (richiamando F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente a tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 593-599). Lungo questa traiettoria si muove, peraltro, il diritto comunitario che “conforma” i diritti amministrativi nazionali attraverso la disciplina di vari aspetti procedimentali e organizzativi della funzione pubblica. Così, ancora, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., pp. 70-71, con richiami a S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 100.

54 Nella logica del rischio, non già il singolo procedimento, ma tutti i procedimenti di rilascio, rinnovo e riesame non sono separabili tra loro in modo netto, ma costituiscono, invece, la forma di una funzione amministrativa che costruisce progressivamente e permanentemente i connotati del medesimo rapporto amministrativo. Ciò secondo un *continuum* che non sembra ammettere distinzioni tra procedimenti di primo e secondo grado. Così come la gestione del rischio non può essere cristallizzata nel singolo procedimento, la partecipazione all’esercizio della funzione di governo del rischio prescinde dal singolo procedimento amministrativo ed esplica le sue molteplici potenzialità prima, durante e dopo lo svolgimento delle procedure. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., pp. 180-181. L’Autore prende spunto dallo studio di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; A. BARONE, *The “reflexive” Public Administration*, in *Diritto e società*, pp. 1-15, 2019.

55 Coerentemente con un “rinnovato” concetto di certezza giuridica, diverso da quello tradizionale. R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., pp. 7 e 55.

(auto)tutela la funzione amministrativa da un suo proprio esercizio improprio, da cui il rischio potrebbe inverarsi.

Il rischio riciclaggio appare di non facile classificazione. Infatti, seppur certamente innegabile la sua natura esogena (in quanto l'accumulo dei proventi illeciti origina all'esterno della funzione amministrativa); vero è anche che, quando operazioni di riciclaggio vengono perpetrate attraverso la PA, è proprio la strumentalizzazione dei pubblici uffici che realizza l'ultima fase prodromica del fenomeno: quella del conclusivo investimento dei mezzi finanziari nel sistema economico legale, ovvero l'inquinamento dell'economia lecita, che poi corrisponde all'effettiva realizzazione della pericolosità *intrinseca* del fenomeno. Il riciclaggio è, quindi, un rischio "naturalmente esogeno" ai pubblici uffici, la cui efficace gestione, tuttavia, non può prescindere dall'adozione, in capo alla PA, di procedure di internalizzazione tipiche dei rischi endogeni<sup>56</sup>. Nella misura in cui la mancata predisposizione di tali misure è riconducibile a una consapevolezza, ancora minima e lacunosa, del ruolo cruciale della PA nell'azione di contrasto al riciclaggio, si insidia il dubbio che la comprensione giuridica del fenomeno non sia perfettamente sovrapponibile alla natura economico-fenomenologica del riciclaggio, circostanza che, necessariamente, indebolisce la complessiva efficacia del sistema di prevenzione.

Inoltre, non può che sottolinearsi (con preoccupazione) l'inazione del CSF (sia in termini di ricalibratura dell'ambito oggettivo di applicazione, che di emanazione delle linee guida!) che non solo evidenzia, in generale, una preoccupante disattenzione nei confronti del contrasto al fenomeno, ma inoltre, più significativamente, deresponsabilizza (attraverso la mancata emanazione delle linee guida) i pubblici uffici per la mancata o inefficace predisposizione di un

---

<sup>56</sup> Così certamente accade per il rischio corruzione (per cui i pubblici uffici sono tenuti all'adozione di una serie di misure preventive) e per il rischio di dissesto degli enti locali, anche questo un rischio naturalmente esogeno (*i.e.*, finanziario) la cui "interiorizzazione" da parte dei pubblici uffici, è stata realizzata mediante la costituzionalizzazione della regola tecnica di bilancio (artt. 97, 81 e 119 Cost.) applicata all'ente pubblico, rendendo tale rischio non più esogeno, ma endogeno dato che, all'esercizio (inefficiente) della funzione pubblica, è intimamente connesso. R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., pp. 70-71.

adeguato sistema di identificazione e gestione del rischio riciclaggio e, inoltre, impedisce (attraverso la mancata ricalibratura) un coinvolgimento dei pubblici uffici più efficace ed efficiente, ovvero al di là degli ambiti di applicazione *ex art. 10 co. 1.*

La mancanza di indicazioni specifiche e puntuali da seguire non può che essere (con)causa delle lentezze e criticità nell'implementazione dei presidi anti-riciclaggio nel comparto pubblico, nonché i conseguenti (troppo?) ampi margini di discrezionalità, lasciati alle singole amministrazioni, nell'applicazione della normativa. A tali aspetti si aggiunge anche il tema della proporzionalità nell'applicazione dei presidi antiriciclaggio alla vasta schiera di soggetti pubblici, che impone di calibrare obblighi organizzativi e segnaletici in funzione della dimensione e del tipo di attività pubblica svolta, possibilmente favorendo la massima integrazione di tutte le risorse dedicate alla prevenzione, ma anche tenendo conto (sempre in mancanza di opportune indicazioni) dell'entità e della rilevanza del contributo che i diversi attori pubblici sono in grado di fornire al sistema.

L'inazione del CSF e la scarsa collaborazione dei singoli uffici, a loro volta, fanno sì che la rarefazione del principio di legalità, nell'amministrazione del rischio riciclaggio nella PA, non venga, in alcun modo, "compensata". Infatti, non solo non si osserva alcuna *sovraesposizione del momento procedimentale*, ma anzi (più significativamente) non si può che rilevare la preoccupante *sottoesposizione del momento procedurale*. In altri termini, nella funzione della PA in ottica antiriciclaggio manca proprio la tendenza/principio (tipica del diritto del rischio) alla forte procedimentalizzazione e pianificazione del rischio che, nell'ambito della funzione amministrativa, si realizza nella centralità del procedimento amministrativo, e/o nell'adozione di appropriate misure, che diventano, esse stesse, metodi di gestione del rischio calibrati (*rectius*, adeguati, proporzionati e ragionevoli) sul caso concreto e/o sulle specificità del pubblico ufficio<sup>57</sup>.

---

57 R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., p. 50.

In altri termini, la scarsa collaborazione della PA in ottica antiriciclaggio manifesta una significativa peculiarità che differenzia il riciclaggio da altri ambiti di applicazione del diritto del rischio (e che potrebbe avere profonde implicazioni per l'azione amministrativa in generale): la rarefazione, non della *certezza del diritto*, quanto (per mancanza delle opportune "compensazioni") della *certezza dell'azione*, a sua volta paradigmatica della legalità sostanziale<sup>58</sup>, dell'eticità del diritto<sup>59</sup>, del principio di buona fede<sup>60</sup>, nonché dei criteri guida rilevanti per un'efficace azione della PA, ossia di supporto e sviluppo del territorio e di contrasto alla *maladministration*.

## 5. (In)attività della PA in ottica antiriciclaggio: considerazioni sulla gestione privata di funzioni pubbliche

Quanto sopra esposto in merito all'(in)attività in ottica antiriciclaggio da parte dei pubblici uffici porta con sé ulteriori doverose riflessioni sul rapporto pubblico-privato che rappresenta una delle caratteristiche dell'attuale diritto amministrativo, nonché del diritto del rischio. Infatti, la moderna funzione amministrativa richiede che i pubblici poteri soddisfino bisogni (spesso, pretese giuridiche) che i singoli da soli non potrebbero adeguatamente conseguire. Tuttavia, in questa *nuova* ottica dei propri obiettivi, i pubblici poteri necessitano

58 Sul principio della legalità sostanziale, *ex multis*, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993; F.G. COCA, *Condizioni e limiti della funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 3-10; G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto amministrativo 2004*, cit., pp. 11-22.

59 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 181. Si veda anche F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 160; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 15-35; S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2001, pp. 131 ss.

60 Il principio di buona fede, in questa accezione, sembra coincidere con il principio di buona amministrazione in termini di obbligo per l'amministrazione di non restare inattiva, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 181. Si veda anche, F.G. COCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, III, Padova, Cedam, 2003, pp. 473 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi, 1998, p. 1251; G. AVANZINI, *Aspettative, inerzie e buona amministrazione nella responsabilità civile delle istituzioni comunitarie*, in *Foro.it*, 2003.

della collaborazione dei privati in un rapporto di effettiva “co-gestione” dei rischi. Il fondamento costituzionale della collaborazione dei privati nel perseguimento di fini pubblicistici è rintracciabile nei limiti espressi dalla Costituzione all'esercizio dell'iniziativa economica: i principi di libertà, dignità e sicurezza umana<sup>61</sup> che rendono possibile estenderne il dovere di tutela, al di là dei pubblici poteri, in capo agli imprenditori privati<sup>62</sup>, in quanto i bisogni-diritti sono il riflesso di rischi derivanti (anche) dalle modalità di attuazione dell'iniziativa economica privata. L'iniziativa economica privata è così “funzionalizzata” a conseguire scopi pubblicistici, in una continua contemperazione tra interessi privati e interessi sociali<sup>63</sup>. Non a caso, l'erompere dei rischi nella società (e nel diritto) ha reso necessaria l'imposizione, ai privati, di obblighi paragonabili agli obiettivi di risultato elaborati in campo pubblicistico (incluso: l'identificazione, valutazione e minimizzazione del rischio, e l'adozione di misure precauzionali)<sup>64</sup>, la

---

61 Secondo alcuni, questi creano un nucleo minimo nell'ambito della formula *utilità sociale* sottratto alle scelte di merito del legislatore ordinario. Distinguono tra un nucleo minimo dell'utilità sociale, direttamente deducibile dalla Costituzione e non soggetto a riserva di legge, e un contenuto ulteriore, P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione “vivente”*. Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost., Padova, Cedam, 1978, pp. 27 ss.; A. PACE, *L'iniziativa economica come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di F. Piga*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 1620. Contrari all'esistenza di una riserva di legge nell'ambito dell'art. 41, co. 2, Cost., C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 48 ss.; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 233; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1283; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, pp. 141 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 607. Favorevoli all'esistenza di una riserva di legge implicita: A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 361; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, p. 250; F. GALGANO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, Bologna, Zanichelli, 1982, pp. 40 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, pp. 142 ss.; D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 133.

62 G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 119.

63 S. CASSESE, *La “vecchia” costituzione economica i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2010, pp. 27 ss.

64 La letteratura amministrativistica ha da tempo evidenziato il rilievo di funzione dell'attività di organizzazione interna, *ex multis*, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, pp. 406 ss. Anche gli studi di diritto commerciale hanno messo in luce il nesso inscindibile tra attività e organizzazione d'impresa, *ex multis*, F. CAVAZZUTI, *Rischio d'impresa*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, Giuffrè, 2000; E. BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, Cedam, 2001, pp. 15-16.

cui violazione configura specifiche ipotesi di responsabilità<sup>65</sup>. In tal modo, la promozione della sicurezza umana, della salute, dell'ambiente e della stabilità economica non sono (più) dovere (solo) dei soggetti pubblici, ma diventano obbligo<sup>66</sup> anche delle imprese private<sup>67</sup>; tale tendenza è ravvisabile sia in riferimento ai rischi da ignoto tecnologico che ai rischi finanziari. Allo stesso modo, nel sistema antiriciclaggio i destinatari privati sono chiamati ad adottare procedure interne precauzionali e proporzionate alla propria natura e dimensione, nonché al rischio riciclaggio a cui sono specificatamente esposti per le proprie caratteristiche peculiari. Come per altri rischi giuridici, quindi, anche il sistema antiriciclaggio è segnato dalla marcata tendenza legislativa a *scaricare* la concreta gestione del rischio sui privati, chiamati ad affiancare la ricerca del profitto al perseguimento dell'interesse pubblico<sup>68</sup>, adottando le misure necessarie per evitare la trasformazione del pericolo in danno.

Nel diritto del rischio (in generale) e nel sistema antiriciclaggio (in particolare), quindi, l'*eticità* diventa, essa stessa, *responsabilità*<sup>69</sup>, accreditando la pro-

---

65 Il sistema delle responsabilità penali, amministrative e civili poste a carico degli operatori economici mira a garantire il corretto esercizio della funzione di co-gestione del rischio, connotandosi di una valenza preventiva e precauzionale più generale. Tali obblighi e responsabilità costituiscono manifestazione di principi giuridicamente vincolanti come proporzionalità, buona fede e precauzione sotto il profilo dell'adeguatezza rispetto alla prevenzione dei rischi per la sicurezza umana, la salute e l'ambiente.

66 Tale *obbligo di etica* è, per lo meno a volte, "spontaneo" (piuttosto che "imposto"), in quanto attraverso la *responsible governance* le imprese si impegnano *sua sponte* a porre al centro delle proprie strategie la tutela ambientale e il rispetto dei diritti fondamentali. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

67 Sia negli ambiti di collaborazione e codecisione fra soggetti pubblici e privati, sia nei casi di decisioni imprenditoriali interferenti con interessi pubblici, la considerazione dei diritti (specialmente fondamentali) in funzione della loro soddisfazione può costituire fattore positivo di sviluppo nonché condizione per il raggiungimento di "buoni risultati", non soltanto in termini economici. L. IANNOTTA, *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni*, in A. Flora (a cura di), *Mezzogiorno e politiche di sviluppo: regole, valori, capitale sociale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2002.

68 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 120.

69 Sul punto, estremamente significativa l'analisi di F. Fracchia, «*Il paradigma dei diritti (soggettivi, fondamentali, e così via) e l'incremento degli stessi, con la correlata pretesa a una soddisfazione piena e certa, mettono a nudo le inevitabili sacche di incertezza e le ipotesi in cui una pretesa scritta sulla carta non può essere soddisfatta nella realtà concreta. Anche la diffusione del paradigma del diritto è una delle concause che può spiegare l'emersione delle incertezze e la difficoltà per l'uomo moderno di accettare il fallimento dei propri progetti. In questi casi può essere utile introdurre nella riflessione la prospettiva dei doveri che spinge all'assunzione di atteggiamenti responsabili e nutriti di precauzione. Essi in fondo, sono quelli più adeguati in una so-*

spettiva di un diritto (e relativo obbligo) giuridico dell'agire etico e prudente<sup>70</sup>, similmente a quanto già evidenziato nelle analisi del rapporto fra etica ed economia. Inoltre, la subordinazione della realizzazione delle iniziative economiche al rispetto dei diritti fondamentali e dell'agire etico è solo una diversa declinazione del perseguimento degli obiettivi-risultato<sup>71</sup> (in termini di garanzia e tutela della sicurezza umana, della salute e dell'ambiente) in capo alle moderne pubbliche amministrazioni<sup>72</sup>, circostanza che assottiglia la tradizionale distinzione tra funzioni pubbliche e iniziativa privata<sup>73</sup>.

Rimane, certamente, vero che tale co-gestione dei rischi non va tradotta con un'automatica e generalizzata qualificazione delle imprese come «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative» (secondo quanto previsto, nel caso della lotta alla corruzione, dalla l. 241/1990, art. 1, co. 1-ter<sup>74</sup>) e che

---

*cietà del rischio in cui manca la "garanzia del risultato" e in cui è richiesta l'attivazione di comportamenti responsabili. In luogo del dilemma tra libertà e sicurezza parrebbe utile riflettere sul trilemma libertà, sicurezza e responsabilità», F. FRACCHIA, Spigolature in tema di rischio e diritto amministrativo, in F. Alicino, R. Martino (a cura di), L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto, Milano, Giuffrè, 2018, p. 274.*

70 Secondo I.M. MARINO, «Agire etico significa agire temperando i propri interessi e bisogni individuali con gli interessi e i bisogni delle comunità e della collettività tutt'intera a cui si appartiene», I.M. MARINO, *Brevi considerazioni sul contesto evolutivo del volontariato*, in A. Barone (a cura di), *Ignazio Maria Marino. Scritti Giuridici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015, p. 28. Richiamando la lettura aristotelica dell'etica, l'Autore si affida a un'etica dell'agire, fondata su valori e principi giuridicamente rilevanti, da contrapporre all'incertezza scientifica, alla progressiva subordinazione del diritto alla tecnica, nonché alla tendenziale identificazione dell'etica con la tecnica. Su questi temi, E. SEVERINO, *Dall'Islam a Prometeo*, Milano, Rizzoli, 2003, pp. 224 ss.; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

71 M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 397.

72 L. IANNOTTA, *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni*, in A. Flora (a cura di), *Mezzogiorno e politiche di sviluppo: regole, valori, capitale sociale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2002, p. 2. La Corte costituzionale menziona gli "obblighi di risultato", in riferimento all'attività di soggetti privati, sent. n. 312/1996.

73 In generale, A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 29 aprile 2020; R. DAGOSTINO, *Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella PA*, in *Diritto e società*, 2022, pp. 113 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Crisi dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000; J. FREEMAN, *The private role in the public governance*, in *New York University law review*, vol. 75, n. 3, 2000, pp. 543 ss.

74 In base all'art. 1, co. 1-ter, della legge 241/1990, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1».

le attività economiche soggette alla co-gestione del rischio restano “libere” (art. 41, co. 1, Cost.), seppur “corredate” da una certa rilevanza pubblicistica. Eppure, già con particolare riferimento alla prevenzione dei rischi finanziari e delle crisi sistemiche (per cui i privati sono investiti della co-gestione della stabilità finanziaria non solo del proprio singolo istituto, ma dell'intero sistema economico<sup>75</sup>), la linea di demarcazione tra attività private e funzioni pubbliche appare parecchio assottigliata. Riflessione analoga offre il caso della prevenzione del fenomeno riciclaggio, la cui realizzazione è sintomo del fallimento dell'efficienza repressiva, in quanto il riciclaggio si verifica proprio nei casi in cui la macchina della giustizia non ha saputo espletare la sua primaria funzione. Alla luce della circostanza che proprio gli uffici della PA continuano a svolgere un'azione di prevenzione del rischio riciclaggio del tutto esigua, non sembra fuori luogo chiedersi se, per lo meno relativamente a tale fenomeno, il compito di assicurare la legalità del sistema economico-finanziario non sia, forse, diventato, *de facto*, un onere più privato che pubblico.

## 6. Verso la (ri)scoperta della funzione antiriciclaggio nella pubblica amministrazione?

La recente pandemia ha creato preziose occasioni per la criminalità di accrescere la propria influenza sui segmenti più vulnerabili dell'economia e della società, ad esempio acquisendo il controllo di imprese e società; o lucrando sulle forniture e sulle risorse pubbliche necessarie per fronteggiare l'emergenza, così da intercettare -e volgere a proprio beneficio- gli interventi di sostegno all'economia, imprese e persone<sup>76</sup>. L'attuale contesto post-pandemico, caratte-

<sup>75</sup> In argomento, A. BARONE, G. DRAGO, C. NICOLOSI, *L'eromperre della vigilanza bancaria europea*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, vol. 8, n. 1, 2021.

<sup>76</sup> Cfr., UIF, *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi al covid-19 e al PNRR*, Comunicazione dell'11 aprile 2022, secondo cui: «L'attuale situazione di emergenza espone il sistema economico-finanziario a rilevanti rischi di comportamenti illeciti: sussiste il pericolo di truffe, di fenomeni corruttivi e di possibili manovre speculative anche a carattere internazionale. L'indebolimento economico di famiglie e imprese accresce i rischi di usura e può facilitare l'acquisizione diretta o indiretta delle aziende da parte delle organizzazioni criminali. Gli interventi pubblici a sostegno della liquidità possono determinare tentativi di sviamento e appropriazione, anche mediante condotte collusive. Agli intermediari, ai professionisti, agli altri operatori qualificati e alle PA è richiesto oggi un impegno particolare per calibrare i propri presidi antiriciclaggio nella maniera più efficace» (enfasi aggiunta). Le tipologie di operatività illegale connesse con la pande-



rizzato da ingenti risorse pubbliche riversate sull'economia per facilitare la ripresa economica<sup>77</sup>, richiede un'attenzione ancora maggiore alla prevenzione del fenomeno riciclaggio e, in particolare, a possibili strumentalizzazioni dei pubblici uffici, posti al centro di un significativo flusso di denaro; basti pensare alle risorse messe a disposizione dal programma NGEU per rilanciare la crescita e gli investimenti, spesso, transitante proprio per gli uffici della PA, sia in qualità di attuatori, che di soggetti appaltanti. La proliferazione di (ingenti) misure di sostegno pubbliche all'economia, quindi, non può che attirare, ancora di più, la PA, nel mirino dell'economia illegale, per l'accresciuta possibilità di sfruttarla, come punto di (re)immissione nel circuito economico legale, di fondi di provenienza illecita. In considerazione dei possibili gravi effetti distorsivi sulla corretta allocazione delle risorse e sull'integrità del sistema, non sembra, quindi, irragionevole affermare che la conseguenza (forse) più rilevante per il sistema anti-riciclaggio, nella realtà post-pandemica, debba essere proprio la (accresciuta) consapevolezza del ruolo cruciale della PA nella lotta alla prevenzione e al contrasto del fenomeno. La (ri)trovata centralità della PA in ottica antiriciclaggio, nella peculiarità dell'attuale contesto post-pandemico, si è già manifestata nel Regolamento UE di stanziamento delle risorse destinate alla ripresa economica, con l'introduzione della disposizione che impone ai pubblici uffici chiamati a gestire i fondi europei del *Recovery and resilience facility* ("RRF") di procedere all'identificazione della titolarità effettiva delle persone giuridiche che partecipano all'assegnazione di tali fondi<sup>78</sup>. Nella stessa direzione si inquadra la "novità"

---

mia sono state raccolte e condivise da Europol, *Pandemic profiteering: how criminals exploit the Covid-19 crisis*, 27 marzo 2020; *Viral marketing. Counterfeits in the crime of pandemic*, 17 aprile 2020 e da Interpol, *Preventing crime and protecting police: INTERPOL's Covid-19 global threat assessment*, 6 aprile 2020. Nel successivo documento del GAFI, *Covid-19-related money laundering and terrorist financing. Risks and policy responses*, 4 maggio 2020, il GAFI individua sfide, buone prassi e risposte politiche alle nuove minacce di riciclaggio derivanti dalla crisi pandemica.

<sup>77</sup> Si ricorda che le risorse di NGEU ammontano complessivamente a 750 miliardi di euro, dei quali oltre la metà (390 miliardi) è costituita da sovvenzioni. Le risorse destinate al Dispositivo per la ripresa e resilienza (*Recovery and resilience facility*, "RRF"), la componente più rilevante del programma con una durata di sei anni (2021-2026), ha una dimensione totale pari a 672,5 miliardi di euro.

<sup>78</sup> Reg. (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, OJ L 57, 18.2.2021, p. 17-75, art. 22.

del nuovo Piano nazionale anticorruzione (PNA) che, per la prima volta, esorta gli uffici della PA ad includere anche il rischio riciclaggio all'interno dei rispettivi piani triennali anticorruzione. Non è questa l'occasione per entrare nel merito delle assonanze tra i rischi di riciclaggio e corruzione e della relativa possibilità (*rectius*, opportunità?) di integrare i rispettivi sistemi di prevenzione, considerazioni che seppur rilevanti esulano dall'obiettivo del presente contributo<sup>79</sup>. Tuttavia, si ritiene utile dare conto del fatto che, *in termini di effettività* (o di ricerca della stessa), il nuovo PNA si presenta come un'interessante occasione di verifica della sua efficacia sostanziale. Le disposizioni del nuovo PNA, infatti, se realmente efficaci, dovranno portare a una più effettiva collaborazione della PA in ottica antiriciclaggio. Tuttavia risulterebbe significativo anche il caso contrario (ovvero quella di una continua “manchevole” collaborazione dei pubblici uffici in ottica antiriciclaggio), in quanto la sostanziale inefficacia dei piani triennali *in ottica antiriciclaggio* renderebbe lecito dubitare della loro reale effettività anche *in ottica anticorruzione*, evidenziando, quindi, la necessità di estendere la riflessione sull'*effettività* anche a tale funzione, per tanti versi paradigmatica del contrasto al fenomeno della *maladministration*<sup>80</sup>.

---

79 Sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Anticorruzione e antiriciclaggio: spunti critici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2023; C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit.

80 Sul punto, è utile constatare che, nonostante la grande attenzione riservata negli ultimi anni alla lotta alla corruzione, l'implementazione dei relativi piani, da parte delle PA, non sempre si è rivelata efficace come ci si sarebbe aspettato dalla rilevanza (anche mediatica) dedicata alla necessità di una performante azione di contrasto. In particolare, la stessa ANAC ha condannato la prassi per cui i piani triennali sono adottati in modo eccessivamente burocratico, secondo una riproduzione formalistica di quanto indicato nel PNA, senza un'adeguata mappatura dei rischi effettivi derivanti dalle peculiarità (operative, geografiche, etc.) dei singoli uffici, perdendo, quindi, di realistica e concreta efficacia. Al contrario, l'obiettivo che tali piani avrebbero dovuto perseguire (l. n. 190/2012, art. 1, co. 9) era quello della predisposizione di misure aderenti al contesto di riferimento, mediante l'individuazione delle attività e delle aree maggiormente esposte al rischio, anche potenzialmente distinte da quelle segnalate in via generale nel PNA, predisponendo misure di contrasto e di monitoraggio specifiche, valorizzando le logiche di differenziazione in relazione alle esigenze della singola amministrazione. Sul punto si rimanda al rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche, sul sito istituzionale dell'ANAC, dove si insiste sulla carenza qualità dei piani triennali connessa alla mancata (o comunque, insufficiente) differenziazione degli indirizzi in base alle diverse specificità e caratteristiche delle amministrazioni.

MARIACONCETTA D'ARIENZO

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli  
"Parthenope"  
*mariaconcetta.darienzo@uniparthenope.it*

**LA SANITÀ IN TRASFORMAZIONE: DALLA LEGGE N. 833  
DEL 1978 AL DM 77/2022**

**APPUNTI E PROPOSTE SULLA RIFORMA  
DELL'ASSISTENZA SANITARIA TERRITORIALE**

**HEALTH IN TRANSFORMATION: FROM LAW NO. 833 OF 1978  
TO MINISTERIAL DECREE 77/2022.**

**NOTES AND PROPOSALS ON TERRITORIAL HEALTH CARE  
REFORM**

SINTESI

Il contributo analizza il processo di riforma dell'assistenza sanitaria territoriale culminato con l'approvazione del d.m. 77/2022. Assumendo la sanità come punto di vista privilegiato di osservazione per valutare la praticabilità del modello integrato della nuova sanità territoriale, lo studio propone alcuni correttivi necessari a creare le condizioni per assicurare una più equa distribuzione delle risorse per gli investimenti a garanzia dell'uguaglianza nel godimento dei diritti sociali fondamentali che costituisce la condizione imprescindibile per la sopravvivenza del SSN. Ciò allo scopo di salvaguardarne l'unitarietà nella differenziazione e regolare i processi di *governance* che presiedono alla organizzazione e gestione del servizio e la rimozione delle cause di «dequotazione» dei servizi sociali alla persona dovuta altresì alla eccessiva frammentazione e disorganicità delle leggi di settore che ne condizionano l'attuazione e l'efficacia.

ABSTRACT

The paper analyzes the process of territorial healthcare reform culminated with the Ministerial Decree no. 77/2022 approval. Taking health as a privileged point of view of observation to assess the feasibility of the new territorial

health integrated model, the study proposes some corrections necessary to create the conditions to ensure a more equitable distribution of resources devoted to investments aimed at guaranteeing equality in the enjoyment of fundamental social rights which is the essential condition for the survival of the NHS. The aim is safeguarding the unity in differentiation and regulating the governance processes leading service organization and management and the removal of the causes worsening social services devoted to the persons also due to the excessive fragmentation and inconsistency of the sectorial regulation conditioning their implementation and effectiveness.

PAROLE CHIAVE: Governance sanitaria – riorganizzazione infrastrutturale della rete di assistenza sanitaria territoriale – sanità di prossimità – Invarianza del cambiamento – rimedi.

KEYWORDS: Health governance – Infrastructural reorganization of the territorial health care network – Local health – Invariance of change – remedies.

INDICE: 1. Il diritto alla salute e all'assistenza oggi: breve premessa teorica e metodologica. – 2. La sanità in bilico tra problemi di (relativa) insostenibilità e ricerca di equilibri strutturali: i pregiudizi e le rinunce legate allo sviamento del potere dai principi e canoni costituzionali e all'involuzione politica e normativa. Analisi delle cause della «povertà di salute» – 3. Dal «progetto» alla riforma dell'assistenza sanitaria e socio-sanitaria territoriale, tra rifondazione, riqualificazioni e (false) ripartenze – 4. Il d.m. 77/2022: ultimo atto di un percorso riformatore del SSN teso a ristabilire la «fondamentalità» del diritto alla salute? Considerazioni critiche e proposte di revisione.

## **1. Il diritto alla salute e all'assistenza oggi: breve premessa teorica e metodologica**

Le crisi globali e il clima di instabilità politica fomentato dal conflitto russo-ucraino che attraversano il Paese hanno svelato la disomogeneità nei diversi sistemi sanitari e i rischi per l'effettività del diritto fondamentale alla salute e all'assistenza socio-sanitaria che possono derivare da una incauta gestione a livello centrale e/o regionale delle situazioni ordinarie ed emergenziali, frutto del travisamento di canoni e principi costituzionali che si traduce nella limitazione e/o nella negazione dell'accesso ai servizi<sup>1</sup>. L'emergenza sanitaria ha destabilizzato l'assetto istituzionale e organizzativo della sanità disorientando la politica,

<sup>1</sup> Il presente saggio costituisce un aggiornamento degli studi sui profili organizzativi del SSN trattati nella monografia pubblicata dalla scrivente nel 2022 dal titolo *Contributo allo studio dei modelli organizzativi in sanità*, edito da Giappichelli.

A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e disegualianza*, in *Ist. Fed.* n. 1/2020. C. ACOCELLA, *Snodi dei percorsi di accesso alla tutela dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, n.23/2019.

il legislatore e l'amministrazione e sfidando il sistema che si è trovato in balia della crisi, privo di punti di riferimento certi, nudo e inerme di fronte a carenze e criticità auto-evidenti e talmente gravi da non poter essere più ignorate.

Ha imposto, quindi, la revisione del sistema richiamando i soggetti istituzionali, globali e locali a svolgere una riflessione più ampia che tenesse conto delle reciproche interconnessioni tra salute e benessere globale e ambientale, volte alla individuazione di un modello di assistenza socio-sanitaria in grado di coniugare sostenibilità ambientale, sviluppo economico e contrasto al cambiamento climatico, alle disuguaglianze sociali ed economiche, in un'ottica di giustizia redistributiva, per la tutela delle generazioni attuali e di quelle future<sup>2</sup>. L'avvio di programmi e interventi straordinari di rilancio e resilienza hanno interessato tutti gli aspetti più rilevanti e problematici, dalla *governance*, al finanziamento e alla sostenibilità del SSN i cui capisaldi (universalità, uguaglianza di accesso ai servizi ed equità) garantiscono l'effettività dei diritti di cittadinanza e, quindi, devono essere preservati in base ad una visione allargata ed integrata che consideri, altresì, l'impatto delle decisioni sul *welfare* delle famiglie<sup>3</sup>.

In questo settore, l'insanabile conflitto Stato-Regioni in materia di "Tutela della salute e gestione del rischio clinico ha prodotto diverse esternalità negative, sia all'interno che all'esterno del SSN e di quelli regionali fortemente differenziati sul territorio, e numerose criticità tutte prioritariamente riconducibili a un generale fraintendimento sul significato e la portata dei principi costituzionali, dal decentramento, al principio autonomistico e di sussidiarietà.

---

2 E. ARANA GARCIA, *La gestione del Recovery Fund (Next Generation EU) e la necessità di una nuova cultura della gestione amministrativa*, in *Il Dir. dell'econ.*, n. 2/2021. A. E. PICOZZA, *The next generation eu: un passo decisivo verso l'unificazione europea*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2022; F. URICCHIO, P. MANNO, *Le emergenze energetiche tra crisi geopolitiche e questione ambientale*, Catanzaro, Rubettino, Soveria Mannelli, 2023. C. ACOCELLA, *Prospettive di convergenza tra sostenibilità ambientale e sviluppo economico nella strategia italiana di contrasto al cambiamento climatico: il caso delle Zone Economiche Ambientali*, in *Passaggi costituzionali*, n.1/2021, p. 177 ss.

3 Su questi temi, di recente, C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno al bisogno del Welfare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

In particolare, quest'ultimo principio in fase applicativa dato luogo a vistose disfunzioni di sistema per problemi strutturali mai affrontati che si sono sedimentati nel tempo anche a causa di scelte di allocazione di risorse sovente non coerenti con gli effettivi bisogni socio-assistenziali della popolazione locale<sup>4</sup>, con ripercussioni evidenti sulla *performance* e i risultati raggiunti da valutarsi volta per volta in base ai livelli di tutela del diritto alla salute ed al rispetto dei principi ispiratori del SSN (equità, accessibilità, garanzia delle prestazioni sanitarie e socio-assistenziali)<sup>5</sup>.

Parallelamente, però, la crisi sanitaria ha stimolato “una sensibilità ordinamentale nei confronti del diritto alla salute e del correlato interesse della collettività”<sup>6</sup> riscoprendone il carattere fondamentale ed ha impresso una sensibile accelerazione alla riforma dell'assistenza sanitaria territoriale - avviata dal d.l. 34/2020 che, in scia con le previsioni del Patto per la Salute 2019-2021 e gli obiettivi del PNRR, è culminata con la recente approvazione della Riforma dell'assistenza sanitaria territoriale ad opera del D.M. 23 maggio 2022, n.77.<sup>7</sup>

---

4 L. GIANI, *Organizzazione territoriale dei servizi sociali: il livello ottimale delle prestazioni*, in *Federalismi.it*, n.16/2016 ha sottolineato il valore della identità regionale e le ragioni della differenziazione territoriale che si esprime nella programmazione degli interventi necessari al raggiungimento degli obiettivi per lo sviluppo sostenibile. ID., *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2021. L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, Giappichelli, 2018. M. MONTEDURO, *L'Organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019 e in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 77.

5 S. CASSESE, *Che cosa vuol dire “Amministrazione di risultati”*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2004, p. 941. G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, p. 127 ss.

6 D. MORANA, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, Liber amicorum per Pasquale Costanzo, in *www.consultaonline.org*; A. RUGGERI, *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2022. Cfr., inoltre i contributi di A. CRISANTI e I. NICOTRA, *Diritti fondamentali e pandemia*, G. VALDITARA, *Diritti e pandemia*, F. VARI, *La pandemia di COVID 19 come stress test per i diritti fondamentali: prime note*, ivi, n. 1/2022 - Speciale obbligo vaccinale.

7 «Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio Sanitario nazionale».

In attuazione della Missione 6 del PNRR<sup>8</sup>, essa punta al rafforzamento delle strutture, dei servizi sanitari di prossimità e dei servizi domiciliari integrati<sup>9</sup>, prevedendo altresì una ri-articolazione del SSN in distretti e dipartimenti di prevenzione<sup>10</sup>, che identificano un modello complesso clinico-assistenziale multi-professionale, dinamico e adattabile ai bisogni di cura ed assistenza del paziente<sup>11</sup>. Con esso si rafforza il rapporto di presupposizione e «servente»

---

8 Precisamente Missione 6, Componente 1, «*Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale*».

9 L'art. 21 d.p.c.m. 12 gennaio 2017 fa esplicito riferimento ai «*percorsi assistenziali integrati*» precisando che «*nell'ambito dell'assistenza distrettuale territoriale sono privilegiati gli interventi che favoriscono la permanenza delle persone assistite al proprio domicilio, attraverso l'attivazione delle risorse disponibili formali e informali*». Parimenti la «*Missione 5*» ha investito sulle infrastrutture sociali, sui servizi sociali e sanitari di comunità e domiciliari per le persone con disabilità e nella «*Missione 6*» si prevedono interventi volti al miglioramento dei servizi sanitari e socio-assistenziali in favore di soggetti fragili, anziani e non autosufficienti, nell'ambito di uno strumento di pianificazione teso a garantire la gestione integrata dei servizi alla persona.

10 In particolare il Distretto evoca la dimensione territoriale come gestione ottimale del servizio pubblico dal punto di vista organizzativo.

11 Cfr. All. 1, par. 3 d.m. 77/2022 utilizza la locuzione «*medicina di popolazione*» per identificare un modello di assistenza primaria connotato da una forte integrazione socio-sanitaria che vuole essere innanzitutto uno strumento di promozione della salute, predittivo e di prevenzione delle malattie, prima ancora che di cura ed assistenza intercettando i bisogni di salute della popolazione anche avvalendosi dei vantaggi derivanti dall'utilizzo delle nuove tecnologie.

Parallelamente la Riforma ripropone le criticità del modello precedente, tra cui il problema dell'inquadramento del rapporto tra SSN e MMG - che attualmente opera in virtù di un rapporto di convenzione libero professionale che taluni vorrebbero trasformare in rapporto di dipendenza [cfr., C. BOTTARI, P. DE ANGELIS, P. D'ONOFRIO, F. LAUS, *Quale nuovo ruolo del Medico di Medicina Generale nella riforma della sanità territoriale?*, in *Federalismi, Oss. Dir. san.* (10 agosto 2022)] - attualmente al centro del dibattito e rispetto al quale sonostate avanzate idee e proposte anche attraverso il Manifesto per la medicina generale che vorrebbe riconoscerli il ruolo di primo piano nell'assistenza primaria, al cintempo di decisore e coordinatore del *team* multidisciplinare dalla presa in carico del paziente e nelle fasi successive per tutta la durata della relazione di cura e dell'assistenza. I tempi per raggiungere un accordo in tale senso non sono prevedibili, ma certamente la definizione del ruolo e dei compiti del MMG costituisce la condizione necessaria e sufficiente per la effettiva integrazione di questa figura professionale nel modello di assistenza territoriale voluto dalla Riforma a tutela dei diritti e delle libertà dei professionisti e dell'utenza. L'eventuale trasformazione dell'attuale rapporto di parasubordinazione del MMG caldeggiata dall'UE avrà un impatto significativo sull'organizzazione e sul rapporto tra i professionisti e le COT di sostegno all'attività del medico di fiducia che ragionevolmente, portando avanti nel tempo i rapporti e la relazione di assistenza e di cura con i pazienti e le loro famiglie è il soggetto più qualificato ad indirizzare i suoi assistiti verso le strutture e i servizi presenti sul territorio ove svolge l'attività.

In attesa degli sviluppi e degli esiti della vicenda, che intercetta, tra l'altro, la gestione dei servizi di prossimità, il diritto al godimento delle ferie e la conservazione dei diritti pensionistici, giova evidenziare che la figura professionale è stata per troppo tempo ingiustificatamente sottovalutata innanzitutto dai pazienti che preferiscono affidarsi allo specialista, ma che invece

dell'organizzazione rispetto all'effettività del diritto alla salute<sup>12</sup> che implica la verifica di conformità del modello rispetto all'evoluzione sostanziale e processuale del diritto alla salute che si conferma «il più importante e il più fragile tra tutti i diritti sociali»<sup>13</sup>. In effetti, già negli anni '70, fin dalla istituzione del SSN con la legge n. 33 del 1978 l'esperienza ha dimostrato che una buona legislazione sanitaria non è stata in grado di assicurare una tutela efficace, di conseguenza, anche la riorganizzazione dell'assistenza socio-sanitaria, in assenza dei ne-

riveste una straordinaria importanza ai fini della prevenzione, della diagnosi e della cura delle malattie. E' auspicabile, quindi, che nell'ambito di un modello organizzativo fondato su un approccio collaborativo che si pone come evoluzione si pone come la evoluzione organizzativa delle Case della salute, egli possa interpretare il suo ruolo facendosi promotore delle iniziative di sviluppo sostenibile, ed interfacciarsi con gli altri membri del team multidisciplinare e multi-professionale durante il percorso clinico-assistenziale diventando un punto di riferimento per gli assistiti durante la terapia e dopo la cura. A tal fine, il MMG può avvantaggiarsi dell'organizzazione «in rete» dei servizi alla persona inserendosi così più agevolmente in un percorso clinico-assistenziale comune, dimostrando le proprie competenze (prevenzione, diagnosi e cura e riabilitazione) e condividere con il gruppo dei professionisti della salute il percorso clinico-assistenziale del paziente. Tale modello a regime avrebbe il pregio di rafforzare lo stretto legame tra i servizi pubblici a rete e il territorio illustrato da autorevole dottrina nel senso che «i servizi pubblici a rete hanno per scopo essenziale di fornire utilità a collettività stanziate sul territorio; dall'altro essi debbono attraversare il territorio senza barriere, se si vuole che adempiano il loro compito essenziale... essi sono in un rapporto di implicazione reciproca: in tanto i servizi pubblici a rete possono servire tutte le collettività stanziate sul territorio, in quanto essi possono usare il territorio, senza esserne impediti da vincoli o barriere posti da uno o da altro ente esponenziale della collettività» (S. CASSESE, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, p.1075 ss.). L. GIANI, *op. ult. cit.*, p. 13 ha chiarito che «(ne)i servizi sociali ... il concetto di rete assume una valenza peculiare, essendo funzionale alla predisposizione di interventi differenziati ed integrati, tesi a soddisfare il "bisogno" del singolo complessivamente considerato e per certi versi garantito dalla pre-determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Dunque, non un bisogno sociale, un bisogno sanitario, ma un bisogno complessivo della persona».

Sullo stato dell'arte e i possibili sviluppi del processo di digitalizzazione della sanità avviato dal PNRR quale strumento utile intercettare i bisogni di salute, specie dei soggetti più fragili e vulnerabili e come antidoto contro le disuguaglianze e la tutela dei diritti di cittadinanza, cfr., di recente, P. PIRAS, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Il Dir. dell'econ.*, n. 2/2022, p. 111 ss.; M.G. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, p. 601 ss.; R. ROLLI, M. D'AMBROSIO, *L'algoritmo nella Pubblica Amministrazione. L'innovazione tecnologica come strumento di contrasto del virus Covid-19 e la necessità di una visione antropocentrica*, in *Il Dir. dell'econ.*, n. 3/2021; M. D'ARIENZO, *La trasformazione digitale della sanità tra problemi organizzative profili di responsabilità professionale*, *ivi*, n. 2/2022, p. 135 ss. S. KRAUS, F. SCHIAVONE, A. PLUZHNIKOVA, A. C. INVERNIZZI, *Digital transformation in healthcare: Analyzing the current state of research*, in *Journal of Business Research*, vol. 123, 2021, p. 557 ss.; F. SCHIAVONE, M. FERRETTI, *The FutureS of healthcare*, in [www.elsevier.com/locate/futures](http://www.elsevier.com/locate/futures).

<sup>12</sup> Di recente su questi temi, A. RUGGERI, *Emergenza sanitaria e tutela dei diritti sociali*, in *Dir. reg.*, 2/2022. G. CORSO, *Emergenza e organizzazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2020. M. D'AMICO, *Emergenza e diritti*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2020. L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'econ.*, n. 1/2019, p. 43 ss. G.



cessari presupposti, nei fatti può rivelarsi incapace ad adattarsi ai mutati bisogni di cura ed assistenza e, quindi, ad innescare meccanismi di «autoriparazione» e di «antidoto» contro la malattia ed il dolore<sup>14</sup>. Il diritto alla salute identifica l'organizzazione, la struttura che diventano progressivamente sempre più articolate in una realtà in continua evoluzione caratterizzata dall'ampliamento e dalla diversificazione dei diritti la cui attuazione dipende dalla tecnica legislativa utilizzata e dalla qualità delle leggi, a fronte della consapevolezza che «anche di fronte a buone leggi vi è sempre il rischio che la relativa interpretazione e applicazione non siano al passo coi tempi»<sup>15</sup>.

Ciò per diverse ragioni, di natura strutturale ma innanzitutto culturale nei confronti di concetto di salute la cui intrinseca dinamicità - caratterizzata, cioè, dall'interazione tra diversi fattori e variabili (di natura biologica, personale, sociale e ambientale) da cui dipende lo stato di benessere psicofisico della persona - e la mutevolezza delle istanze ad esso sottese, in concomitanza con lo sviluppo dei processi sociali e dei mutamenti in atto, rendono il contenuto del di-

TROPEA, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, *ivi*, n. 2/2020.

13 L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it* (22 novembre 2017). A. PIOGGIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?* in *Ist. fed.*, n. 2/2017. ID., *Diritti dell'individuo e organizzazione della sanità. Quale idea di persona nelle scelte sul funzionamento del sistema?*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, 2019, pp. 589-590. P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010. ID., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, *ivi*, p. 22.

14 Già all'epoca la normativa non era in grado di offrire una «copertura totale (ai diritti de)ll'individuo nei confronti del(l'esercizio del) potere» amministrativo di auto-organizzazione discrezionale, né era idonea a recuperare spazi di identità, di dignità e di protezione dei diritti fondamentali ripristinando le «pretese» del cittadino tipiche di uno Stato «neutrale» e non «tiranno» [G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1863. M.S. GIANNINI, *Istituzioni sociali e Costituzione*, in R. ARTONO, E. BETTINELLI (a cura di), *Povertà e Stato*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 1987, p. 22 ss. ID., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977, p. 205 ss.; ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 27 ss.]. Da allora la giurisprudenza ha cominciato ad assumere un ruolo creativo e suppletivo nel tentativo di porre rimedio e arginare le conseguenze della «crisi della legge» e dell'amministrazione nei rapporti con i cittadini [M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008. C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1971, p. 169; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, p. 30].

15 R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indispensabilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in P. Macchia (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 54.

ritto ancora più imprevedibile e sfuggente al legislatore ed alla stessa organizzazione sanitaria, e insuscettibile di essere contemplato in formule organizzative in grado di individuarne variabili e costanti ed entro cui canalizzare aspettative legislative e di tutela giurisdizionale di un diritto controverso che si pone al crocevia di norme eterogenee e rispetto al quale la titolarità di funzioni, l'esercizio dei compiti ed attribuzioni implica soprattutto obblighi di protezione di rischi (anche tecnologico) e l'assunzione di responsabilità e doveri inderogabili nei confronti degli utenti.

La difficoltà nasce proprio dal fatto che il diritto alla salute sintetizza entrambe le «dimensioni» la cui convivenza è stata al centro del dibattito intensificatosi in seguito all'avvento della pandemia, oltre che sulle forme e sugli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali e dell'effettività degli stessi<sup>16</sup>, anche sulla configurabilità o meno di obblighi a carico dello Stato a fini di garanzia e di tutela di un diritto multidimensionale e multilivello che ormai nelle società contemporanee e negli attuali ordinamenti giuridici ha raggiunto un livello di complessità elevatissimo.

Le Riforme di settore convergono verso il comune obiettivo di ristabilire un clima di fiducia nelle relazioni tra poteri dello Stato e tra l'organizzazione e gli utenti del servizio, riempire di contenuti e significati la relazione di cura restituendo per il futuro ai diritti alla salute e all'autodeterminazione del paziente il senso, la consistenza e certezza compatibilmente con la complessità del diritto sociale alla salute e con la pluralità dei bisogni da soddisfare, ottimizzando le risorse e riducendo le spese<sup>17</sup>.

---

16 Di recente su questi temi D. MORANA, *L'effettività del diritto alla salute "oltre le corti": vecchie e nuove questioni* e S. CIVITAVESE MATTEUCCI, *Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti "oltre le corti"* pubblicati negli Atti del VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti", in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

17 Come ho già avuto modo di chiarire ben prima dell'approvazione della Riforma in commento, è questo il senso più profondo della gestione della complessità attraverso le dinamiche istituzionali ed organizzative in vista del cambiamento necessario che contempla la partecipazione dei cittadini e la conseguente assunzione di responsabilità. M. D'ARIENZO, *Contributo allo studio dei modelli organizzativi in sanità*, cit., XII.

Esse, quindi, dovrebbero rappresentare l'antidoto nei confronti non delle esternalità negative (parcellizzazione del SSN, squilibrio interregionale tra domanda e offerta e altre discriminazioni nell'accesso ai servizi e alle prestazioni a danno soprattutto delle fasce di popolazione più povere e vulnerabili) quanto piuttosto delle cause le hanno generate, promuovendo il ricorso a forme di coordinamento e collaborazione preordinati alla promozione di processi virtuosi per la diffusione della cultura del benessere ed alla elaborazione di modelli organizzativi dinamici e duttili, gli unici in grado di assecondare l'innovazione e i cambiamenti strutturali, organizzativi e comunicativi, valorizzare l'apporto degli attori istituzionali e dei professionisti della salute, personalizzare ed umanizzare l'assistenza e la cura in considerazione dell'unicità della persona umana e nel rispetto della sua dignità.

Sul presupposto, quindi, che l'evoluzione dell'assetto istituzionale e organizzativo postula il carattere 'aperto' delle strutture socio-sanitarie e ospedaliere che prestino una maggiore attenzione alla dimensione umana ed esistenziale della persona, valorizzando il ruolo ordinativo e proattivo correlato alla *mission* dell'organizzazione orientata alla salute e al benessere dei cittadini<sup>18</sup>, l'efficacia della legislazione e, quindi, dell'organizzazione, superando il clima di tensione politica che ha determinato gli insuccessi delle Riforme degli anni '90, l'innalzamento delle barriere territoriali e la proliferazione delle differenze economiche e sociali, si identifica con la capacità di «omologazione» tra quanti vivono nella stessa cornice ordinamentale.

Ciò postula che la garanzia del diritto fondamentale alla salute - identificato con lo stato di completo benessere psico-fisico della persona nei diversi contesti di vita e di lavoro - non sia astratta ma concreta ed effettiva. Essa, pertanto, non può prescindere dalla sussistenza di un'organizzazione idonea allo scopo, in base ad una prospettiva che presuppone una stretta interdipendenza

---

18 M. MONTEDURO, *L'Organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019 riprendendo il pensiero di D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, spec. pp. 41-43 e 50.

tra la salute e il corrispondente diritto da soddisfare con il concetto di effettività dello stesso in base agli specifici bisogni da soddisfare e, di conseguenza, la correlazione tra domanda di salute e l'offerta di prestazioni, cura ed assistenza socio-sanitaria che sia tempestiva, soddisfacente ed appropriata.

Al netto delle note difficoltà interpretative ed applicative dell'art. 32 Cost., l'amministrazione di prestazione e di servizio assume un ruolo chiave ai fini del soddisfacimento di un diritto per natura e carattere complesso, vittima com'è della frammentazione del processo decisionale che si riflette sulla determinazione dei LEA e sulla garanzia dei medesimi sul territorio nazionale, è in bilico tra effettività ed ineffettività della tutela.

Ciò soprattutto a causa di valutazioni che sottovalutano l'essenza ed il contenuto del diritto in questione il quale in passato e ancora oggi si scontra con una diffusa inadeguatezza strutturale ed organizzativa ed altre carenze ed inefficienze rispetto alle quali l'intervento del giudice sovente si è rivelato inadeguato e insufficiente a soddisfare il bisogno di salute<sup>19</sup>. E ciò innanzitutto per la difficoltà di coniugare la doverosità ed uniformità di tutela del diritto in questione con le scelte di allocazione delle risorse che ripropone il problema di individuare «chi» e «a quali condizioni» possa assicurare modi e forme di garanzia effettiva del godimento dello stesso su tutto il territorio nazionale<sup>20</sup>.

La prospettiva muta radicalmente quando ci si sposta da una logica di «speranza di cura»<sup>21</sup> a quella di «spettanza», in considerazione del fatto che oggi il diritto fondamentale alla salute che i Costituenti hanno inteso «elevare a “pre-

---

19 Cfr., S. CIVITAVESE MATTEUCCI, *Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti "oltre le corti"*, cit., p. 56.

20 A. LUPO, *La tutela del bene salute tra uniformità e differenziazione: spunti di riflessione per il futuro*, in *Dir. reg.*, n. 2/2023. Nel frattempo l'effettività della tutela del diritto alla salute sembrerebbe in gran parte compromessa soprattutto nelle Regioni meno performanti sottoposte da tempo a Piano di rientro come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 20 del 2023 che ha dichiarato incostituzionale la L. R. Molise 23 giugno 2022, n. 1 evidenziando «l'anomalia di un commissariamento della sanità regionale che si protrae da oltre tredici anni (...) con tutte le ripercussioni che esso determina sulla forma di governo regionale, sui livelli essenziali delle prestazioni sanitarie e sull'equilibrio finanziario della sanità» (punto 7 cons. dir.).

21 L'espressione è di D. MORANA, *L'effettività del diritto alla salute "oltre le Corti": vecchie e nuove questioni*, in *Riv. Diritti Comparati*, n. 1/2022, p. 19.

condizione” dell’effettivo godimento del ricco patrimonio di diritti conferito dalla Costituzione ai cittadini»<sup>22</sup> evoca una molteplicità di concetti: qualità della prestazione, appropriatezza terapeutica, sicurezza delle cure che «è parte costitutiva del diritto alla salute ... e si realizza anche mediante l’insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all’erogazione delle prestazioni sanitarie e l’utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» (ex art. 1, co.1 legge n. 24/2017).

La specificazione del contenuto del diritto e delle attività dirette a soddisfarlo conferma il legame inscindibile tra la tutela del diritto alla salute e l’organizzazione territoriale diretta a soddisfarlo<sup>23</sup> - responsabilizzandola nella fase di programmazione, regolazione ed erogazione dei servizi e delle prestazioni - ed esalta l’importanza del profilo organizzativo che costituisce il fulcro della riforma dell’assistenza sanitaria territoriale attraverso la creazione di una rete capillare di strutture di prossimità al fine di garantire un livello di assistenza territoriale più elevato a garanzia dell’effettività del diritto alla salute.

In essa, il diritto alla salute si carica di ulteriori significati, potendo essere declinato come «diritto all’esistenza dell’organizzazione»<sup>24</sup>, «pretesa al mantenimento di un assetto potenziale di interessi predefinito attraverso una serie di scelte di organizzazione»<sup>25</sup> e, ancora, «pretesa della collettività a realizzare, con le risorse disponibili, i bisogni che essa esprime»<sup>26</sup> che si concretano in «doveri positivi inderogabili» conformi e rispettosi dei diritti sociali a prestazione «inviolabili» nel loro nucleo essenziale in quanto istituzionalmente diretti pienamente a soddisfarli<sup>27</sup>. Essi, quindi,

---

22 M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 22.

23 A. PIOGGIA, *La lezione dell’epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Ist.fed.*, Numero Speciale, 2020, p. 17. M. CONTICELLI, *La crisi sanitaria: tra disegno organizzativo e regime delle competenze*, ivi, p. 102.

24 G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 114.

25 A. PIOGGIA, *Diritto all’aborto e organizzazione*, cit., p. 189.

26 M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 76.

27 Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. D’ARIENZO, *op.cit.*, spec. Cap. 2, parte II.

«conformano» l'esercizio del potere discrezionale della P.A., di conseguenza eventuali rimodulazioni organizzative che si rendessero necessarie per essere legittime devono conciliare le esigenze di ottimizzazione e di economicità del servizio con le legittime aspettative di assistenza e di cura che, pur nella loro diversità e specificità, sono accomunati dalla missione specifica loro affidata volta al benessere psico-fisico degli utenti e al miglioramento del quadro epidemiologico di base puntando sulla gestione pro-attiva del rischio all'interno e all'esterno dei strutture e centri specialistici di elevata qualità e sicurezza, facilmente accessibili che puntino soprattutto sulla promozione della salute attraverso la prevenzione e gestione delle infezioni e delle malattie.

In un sistema fortemente innovativo e di prossimità l'evoluzione tecnologica e digitale non è percepita più come una complicazione e/o un pericolo, ma anzi, previa individuazione del fabbisogno di governo clinico, dovrebbe essere funzionale e prodromica alla proposta di specifici strumenti organizzativi e gestionali se non, addirittura, la risposta più efficace ai problemi che da sempre costituiscono «stimoli esigenziali» per lo sviluppo di nuove soluzioni organizzative.

Il diritto alla salute oggi rappresenta il fine ultimo di un modello operativo che impone la necessità di ripensare e progettare il territorio, ridefinire il sistema delle cure primarie, riconsiderare il ruolo, le funzioni e l'importanza dell'assistenza sanitaria di base (essenziale) costruita intorno alla persona e ai suoi bisogni di salute intervenendo con metodi, strumenti e tecnologie appropriate.

Condivisione, interscambiabilità delle conoscenze e delle risorse, partecipazione e condivisione delle scelte di programmazione e organizzative caratterizzano la «doverosità complessa»<sup>28</sup> dell'organizzazione sanitaria, l'attività e le relazioni dei componenti il *team* multidisciplinare, e in tale contesto il diritto alla salute rappresenta, al contempo un fine e un valore plurisoggettivo

---

<sup>28</sup> A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, n. 3/2018, p. 517 ss.

dell'ordinamento giuridico immediatamente precettivo e cogente. L'obiettivo è appunto quello di assicurare al bene una protezione «in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona umana» esplicitandosi così il collegamento tra gli artt. 2 e 32 Cost. Ne consegue che il diritto sociale alla salute attribuisce al titolare la pretesa all'ottenimento di una prestazione positiva preventiva o recuperatoria dalla P.A., *in primis* all'accesso a servizi e prestazioni di qualità, cui si correla il diritto all'azionabilità in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost., anche eventualmente *ante causam* nei confronti di atti e provvedimenti lesivi del diritto fondamentale alla salute e della dignità della persona<sup>29</sup>.

E' su tali premesse che l'indagine intende verificare: a) l'impatto della Riforma sulla tenuta del SSN dal punto di vista economico-finanziario, costituzionale ed amministrativo e sul fronte della tutela del diritto alla salute da sempre conteso tra uniformità e differenziazione territoriale che ad oggi non hanno trovato il giusto equilibrio in un sistema fondato sul decentramento competitivo;<sup>30</sup> b) la sostenibilità della Riforma in cui la riorganizzazione sistemica del SSN riparte dalle Case della Comunità e gli Ospedali della Comunità, ossia da strutture di prossimità facilmente raggiungibili, vivibili, attrezzate e popolate da

---

29 F. GOISIS, *La pretesa alla adeguata organizzazione dei servizi sociali: profili di tutela giurisdizionale*, in M. RENNA, C. MICCICHÈ, P. PANTALONE (a cura di), *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 59 ss.

30 F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del sistema sanitario*, in *Federalismi.it*, n. 15 del 2019. L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2020. A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Ist. Fed.*, numero speciale, 2020 ha analizzato la questione del regionalismo differenziato in sanità per sottolineare l'importanza dei servizi socio sanitari strumentali all'attuazione di una «parte essenziale del progetto costituzionale» che vale ad identificare l'«idea di persona, di società [...] e del ruolo» dello Stato e dell'organizzazione sanitaria ai sensi dell'art. 32 Cost e con il sistema di protezione della salute, i principi e le finalità di cui alla legge n. 833/1978. L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *Astrid Rassegna*, n. 11/2018. A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in *AA.VV.*, *Regionalismo differenziato: Un percorso difficile*. Atti del convegno «Regionalismo differenziato: opportunità e criticità», Milano, 2019, in *www.csfederalismo.it*. G. ARMAO, *La degradazione dei diritti sociali, l'aggravamento del divario nord-sud e le prospettive del regionalismo differenziato*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2020. R. BIN, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *www.forumcostituzionale.it*. A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur.* – *Rassegna on-line*, numero speciale 2/2019. S. STAIANO, *Diritti sociali e regionalismo differenziato*, in *Corti supreme e salute*, n.1/2020.

personale socio-sanitario adeguato dal punto di vista numerico e delle competenze, avvalendosi dell'apporto quotidiano indispensabile dei MMG. Sfruttando al meglio le risorse del PNRR per erogare servizi e prestazioni di qualità, la Riforma punta alla valorizzazione dei professionisti che vi operano rappresentano essi gli assi portanti del nuovo modello organizzativo tarato sul fabbisogno epidemiologico e il rischio epidemico e tale da garantire l'accesso alle cure attraverso una piena presa in carico della persona, ovunque si trovi, presso le strutture di prossimità in grado di fornire un'assistenza diffusa sul territorio<sup>31</sup>.

## **2. La sanità in bilico tra problemi di (relativa) insostenibilità e ricerca di equilibri strutturali: i pregiudizi e le rinunce legate allo sviamento del potere dai principi e canoni costituzionali e all'involuzione politica e normativa. Analisi delle cause della "povertà di salute"**

L'approccio fortemente innovativo ispira alla logica della legge n. 833/1978 la quale, muovendo dal presupposto che è compito dell'organizzazione garantire l'effettività del diritto alla salute essendo la prima a ciò finalizzata e da esso condizionata<sup>32</sup>, ha sancito i doveri e i ruoli dell'organizzazione sanitaria prefigurando un modello organizzativo tripartito tra Stato, Regioni ed enti locali cui compete, rispettivamente, la direzione della politica sanitaria attraverso il PSN e il finanziamento, la programmazione e il coordinamento degli interventi, la responsabilità della gestione delle USL).

---

31 Si segnala, in proposito, il Rapporto 2023 della Corte dei conti sul coordinamento della finanza pubblica (*«Una sanità alla ricerca di nuovi equilibri»* e *«Gli investimenti in sanità: tra fondi ordinari e PNRR»*), nella parte dedicata allo studio degli investimenti effettuati con i fondi ordinari e quelli previsti con le risorse del PNRR, ove si sottolinea la necessità di procedere ad una più razionale programmazione degli stessi al fine di *«ridurre i costi di manutenzione; rispondere adeguatamente alla spinta delle politiche ambientali ed energetiche; calibrare gli interventi sulle necessità di potenziamento dell'assistenza territoriale; superare criticità connesse alla vetustà del patrimonio; economizzare sui costi sopportati per gli affitti dei locali utilizzati; mettere in sicurezza le strutture dai rischi sismici»*. Su tale premessa la Corte ha salutato con favore il progetto di revisione del SSN prevista dal PNRR e, in particolare, il potenziamento dell'assistenza territoriale, evidenziando parallelamente la necessità di procedere in tempi brevi all'adeguamento delle dotazioni infrastrutturali e tecnologiche conseguibili attraverso la semplificazione delle procedure, compatibilmente con l'entità dei finanziamenti stanziati dall'UE per la costruzione della nuova sanità di prossimità.

32 Cfr. Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383.



Tale assetto ben presto si è rivelato inidoneo allo scopo e fonte di inefficienze che ne hanno imposto la integrazione e la modifica negli anni '90<sup>33</sup> (d.lgs. n. 502/1992 e d.lgs. n. 517/1993) coincide con il riconoscimento alle Regioni di un ruolo più significativo in materia di funzionamento ed organizzazione delle AUSL assumendo la responsabilità dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, nonché poteri di pianificazione e di indirizzo della sanità, su cui è intervenuto il d.lgs. n. 229/1999 specificando i rispettivi ambiti di intervento sugli aspetti organizzativi e funzionali sottraendo spazi all'autonomia regionale. Già in questa fase, tuttavia, la difficoltà di conciliare l'effettività del diritto alla salute con l'esigenza di contenimento della spesa pubblica ha aperto la strada al federalismo fiscale e all'affermazione di modelli di *welfare* sanitario idonei a preservare l'unità nella differenziazione, garantendo i livelli essenziali di assistenza su tutto il territorio nazionale.

Da quel momento, tuttavia, si è sviluppata la tendenza tale per cui la razionalizzazione della spesa sanitaria ha assunto un peso significativo nelle scelte di politica sanitaria fino a diventare l'obiettivo prioritario e preponderante a scapito dell'effettività del diritto alla salute. Di conseguenza il settore ha subito una significativa regressione sia dal punto di vista degli investimenti che della qualità e quantitativo delle prestazioni erogate dall'organizzazione la quale ha progressivamente smarrito la sua funzione dimostrandosi sempre meno all'altezza del compito affidatole.

E' questa probabilmente la cifra del disvalore sociale attribuito al diritto costituzionale alla salute e alla dignità della persona e della deriva del SSN che, in seguito alla parcellizzazione in tanti modelli differenziati regionali, ha smarrito la funzione e le caratteristiche di «sistema di tutela della salute fondato sull'universalità dei destinatari, la globalità della copertura assistenziale, l'equità di accesso sotto il profilo economico e territoriale, l'appropriatezza delle pre-

---

33 S. CASSESE, *Stato e mercato: la sanità*, in AA.VV. (a cura di), *Il governo della sanità*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 21.

stazioni e il finanziamento sulla base della fiscalità generale»<sup>34</sup>. E' noto che a partire dal 2008, l'avvento e il susseguirsi delle crisi economica, sanitaria, migratoria, bellica ha determinato lo stato di perdurante inattuazione del Titolo V della Costituzione ascrivibile a diversi e concomitanti fattori che si abbattono sulla effettività dei diritti sociali e, segnatamente, del diritto alla salute prima, durante e oltre l'emergenza sanitaria. Penso al passaggio al sistema di finanziamento dei servizi sanitari condizionato da scelte normative statali che ha penalizzato soprattutto le Regioni in piano di rientro, minando dalle fondamenta la stabilità e l'efficienza del sistema sanitario, ma anche all'infelice formulazione ed interpretazione dell'art. 117, co 2 Cost., specie con riguardo alla determinazione dei Lea, una materia la cui trasversalità è stata ripetutamente invocata e strumentalizzata al fine di erodere (nel senso di limitare o condizionare) gli spazi riservati all'autonomia legislativa regionale nelle materie di legislazione concorrente o esclusiva delle Regioni in deroga al riparto delle competenze tra i livelli di governo della sanità, fino al punto di sottrarre il potere legislativo alle Regioni anche negli aspetti attinenti alla organizzazione del servizio.

Tale interpretazione, chiaramente sbilanciata in favore della legislazione statale, si è consolidata durante l'emergenza sanitaria includendo anche le funzioni amministrative nelle materie che dovrebbero essere trasferite alle Regioni. Di conseguenza essa, lungi dall'assicurare l'uniformità e il godimento omogeneo del diritto alla salute sul territorio nazionale, ha amplificato le differenze territoriali e le disuguaglianze nell'accesso ai servizi socio-sanitari innescando una forte reazione da parte delle Regioni che reclamano «uno spazio decisionale ritenuto indispensabile per attuare modelli di sviluppo che necessitano di norme e di assetti istituzionali specifici»<sup>35</sup> ex art. 116, comma 3, Cost e nel rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost.

---

34 R. BALDUZZI, *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia. Milestones per un confronto*, in *Bio-Law Journal*, n. 4/2021, p. 41.

35 M. INTERLANDI, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della "ripresa" e della "resilienza": verso nuovi assetti istituzionali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2021, p. 143.

In tale contesto irrompe la Riforma dell'assistenza sanitaria territoriale che trova nel territorio il suo essenziale punto di riferimento e che quindi, per essere attuata, necessita di un radicale cambiamento dell'attuale sistema di *governance* al fine di correggere le disfunzioni del sistema nel tentativo di ristabilire l'equilibrio esigenze di uniformità, differenziazione regionale e garanzia dell'effettività (dell'esercizio e del godimento) del diritto alla salute e della tutela<sup>36</sup>. In vista di tale obiettivo, occorre riconsiderare l'autonomia legislativa regionale in base al territorio, quale luogo di emersione dei diritti e degli interessi della comunità, e ripensare il SSN sotto la lente dei principi che rappresentano «un limite costituzionale invalicabile *contro ogni forma di disuguaglianza che possa derivare dall'appartenenza territoriale*»<sup>37</sup>, ponendo al centro la persona e le risorse umane, in linea con l'esperienza e il modello costituzionale e coerentemente con scelta di «assegnare ai doveri l'identico rilievo dati ai diritti»<sup>38</sup> rimuovendo gli ostacoli che si frappongono al raggiungimento del benessere socio-sanitario.

Invero, nel dibattito sulla riforma del SSN si è finora dato per lo più risalto ad altri aspetti (quali la distribuzione delle risorse, la rimodulazione dei rap-

---

36 Cfr., A. RUGGERI, *L'autonomia legislativa delle Regioni, rivista dall'angolo visuale dei diritti e i suoi ossimori*, in *Dir. reg.*, n. 3/2018 ha chiarito come in realtà sovranità statale e autonomia territoriale vengano spesso erroneamente posti in contrapposizione perchè considerati concetti o modelli antitetici, ma in realtà essi «quali concetti fluidi e indeterminati tendono nell'esperienza a confondersi e a costituire un unicum inscindibile, internamente articolato valore fondamentale alla perenne ricerca di un equilibrio non raggiunto e assai problematicamente raggiungibile per cause plurime ascrivibili essenzialmente alla politica responsabile di aver contribuito alla diffusione di un'idea distorta di autonomia».

37 L'espressione tra virgolette è di G. MOSCHELLA, *La lezione della pandemia e la prospettiva di una ridefinizione del rapporto Stato-Regioni e del bicameralismo paritario*, in G. ARMAO, F. ASTONE, M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, V. PRUDENTE (a cura di), *Specialità e differenziazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 19. A. RUGGERI, *La specialità regionale: dalle sofferte e non gratificanti esperienze del passato (e del presente) una lezione da mettere a frutto nella ricerca di una nova e qualificante identità*, in *Dir. reg.* n. 2/2022. A. CONTIERI, F. ZAMMARTINO, *Note sparse sul regionalismo differenziato: il caso delle Città Metropolitane*, in M. IMMORDINO, N. GULLO (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 81 ss. A. MORELLI, A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Dir. reg.*, n. 2/2020, p. 3. A proposito dello *stress test* a cui sono stati sottoposti i principi costituzionali durante l'emergenza sanitaria rendendo difficile e talvolta imbarazzante il bilanciamento tra valori e diritti costituzionali, cfr., A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Dir. reg.*, n. 1/2020. Ancor più di recente su questi temi, F. MANGANARO, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023, p. 19.

38A. RUGGERI, *Emergenza sanitaria e tutela dei diritti sociali*, in *Dir. reg.*, n. 2/2022, p. 483.

porti Stato/Regioni, il riparto delle competenze) che hanno, altresì, condizionato gli sviluppi e gli esiti del progetto di riforma per l'attuazione dell'autonomia differenziata fondata sul principio di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo statale e regionale che insieme danno vita ad una sinergia concertata e condivisa in funzione dei diritti e degli interessi da tutelare attraverso l'integrazione delle competenze. Solo marginalmente si è posta attenzione alla ridefinizione del ruolo dell'ospedale e dei relativi standard quali-quantitativi e delle cure primarie con la riconversione del ruolo del MMG e delle strutture di cura ed assistenza socio-sanitaria in base ad una visione unitaria del sistema che tenga conto dell'analisi dei bisogni di salute ed assistenza della popolazione<sup>39</sup>.

L'errore più grossolano e ricorrente di metodo e di impostazione è consistito nell'attribuire un rilievo prioritario al problema della distribuzione delle risorse necessarie per gli investimenti rispetto alla valutazione dei costi delle prestazioni ed alla previa individuazione e valutazione dell'effettivo fabbisogno di servizi e prestazioni idoneo a soddisfare i diritti dell'utenza. Ciò nel tempo ha generato un effetto a catena ampliando ulteriormente gli squilibri territoriali e le discriminazioni nell'accesso ai servizi socio-sanitari ed assistenziali a danno dei residenti di alcune Regioni in cui la domanda di salute è tutt'ora sottostimata e che non a caso reclamano maggiori spazi di autonomia normativa ed organizzativa. Tale è stata la causa principale dell'inadeguatezza delle politiche sanitarie e sociali e del disallineamento rispetto ai capisaldi del SSN ed agli obiettivi delle Riforme. Per non parlare delle politiche di *spending review* i cui effetti si propagano nel tempo, imponendo tagli alle risorse e una riorganizzazione socio-sanitaria che anche di recente ha comportato la chiusura o l'accorpamento

---

39 Nel frattempo ferve il dibattito sulla proposta di specializzazione universitaria dei MMG in spregio al divieto imposto dalla Direttiva UE 86/457/CEE (art. 2) successivamente aggiornata (2001/19/CE), e recepita in Italia dal DLgs. 8 luglio 2003, n.277, che ha affidato alle Regioni la gestione dei corsi di formazione di base e la determinazione del contingente numerico dei medici da formare. All'esito del percorso formativo, il diploma rilasciato dalle Regioni non costituisce di per sé titolo per l'assunzione dei medici di base presso il Distretto sanitario o le Case di comunità, (art. 15 del DLgs. 30 dicembre 1992, n.502), essendo a tal fine necessaria una legge *ad hoc*.

di interi reparti non finalizzata ad innalzare il livello quali-quantitativo dei servizi erogati né volta a stabilire le modalità di fruizione uniforme dei servizi e delle prestazioni sul territorio nazionale. Tali problematiche affondano le loro radici nelle Riforme degli anni '90 che per quanto collocate in epoche diverse e distanti da quella attuale, sono accomunate dalla pretesa di colmare i *gap* territoriali, nonostante la forte e via via crescente conflittualità tra Stato e Regioni sui rispettivi titoli competenziali, il problema della ripartizione del finanziamento in relazione ai bisogni delle singole regioni, l'inappropriatezza clinica e organizzativa dei SSR e le altre cause di variabilità territoriale alla base della passata, presente e futura insostenibilità economica e sociale del settore<sup>40</sup>. Il problema ha delle radici più profonde che si rinvengono nella Costituzione, al netto delle riforme costituzionali, oltre che naturalmente negli interventi normativi che nel tempo hanno dato vita e corpo alla legislazione sanitaria. All'emersione dei fattori e le cause della fragilità del SSN e le «*disfunzioni di fondo (capaci) di minare l'intero sistema (...) o le sue parti essenziali*»<sup>41</sup> non è seguita l'individuazione degli *asset* strategici per lo sviluppo del sistema Paese né la predisposizione delle misure più idonee a rimuovere gli ostacoli alla piena realizzazione del diritto fondamentale alla salute, alla cura e all'assistenza. Ciò non ha scalfito il ruolo fondamentale dell'organizzazione che «*si pone (...) come una 'presa di coscienza' dei fini; (...) incanala l'attività, la costringe a quella misura, ne costituisce la guida immanente*»<sup>42</sup>, ma ha alimentato i dubbi circa la idoneità e adeguatezza della

40 Cfr., Relazione annuale della Banca d'Italia e, in particolare le considerazioni del Governatore Visco che ha sottolineato in Italia si registrano divari e differenze territoriali superiori alla media europea che possono essere attenuate solo con l'innalzamento della qualità dei servizi e l'introduzione di sistemi di monitoraggio e strumenti di intervento *ad hoc* volti ad assicurare i risultati sperati che i ritardi accumulati nella transizione al modello di sanità digitale, l'invecchiamento del personale in assenza di *turn over* e la carenza di competenze specialistiche rispetto ai servizi offerti dallo Stato hanno finora progressivamente allontanato. Tante le aspettative riposte nell'attuazione del PNRR che si auspica possa interrompere questo *trend* negativo in relazione a ciascuno dei profili testè accennati che costituiscono obiettivi specifici del Piano.

41 M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, p. 715. S. CASSESE, *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*, Dipartimento per la funzione pubblica, Roma, 1993.

42 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 125 ha chiarito che essa «*Appunto perché modellata sugli interessi che deve curare, l'organizzazione reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione, assumendo una funzione attrattiva e direttiva nell'intero*

struttura organizzativa a garantirne l'effettività, rappresentano un ostacolo all'esercizio della funzione istituzionale nell'attuale contesto sociale, economico, politico e culturale. Inoltre, le difficoltà di coordinamento e di raccordo tra le politiche sanitarie statale e regionali hanno portato all'adozione di scelte di salute discutibili dando la stura al dibattito sul rapporto tra organizzazione e tutela dei diritti, servizi pubblici e prestazioni sociali, e già all'indomani della legge 23 dicembre 1978, n. 833 le difficoltà «esistenziali» dell'organizzazione connesse alla gestione politicizzata del sistema hanno determinato il fallimento del modello pubblicistico palesando la necessità di una controriforma<sup>43</sup>.

Il cambio di paradigma tanto atteso attuato dai dd.lgs. nn. 502/1992 e 517/1993 e proseguito con il d.lgs. n. 229/1999 e dal d.l. 13 settembre 2012, n.158, conv. nella legge 8 novembre 2012, n. 189, è coinciso con l'avvio del processo di aziendalizzazione fondato sulla gestione manageriale del SSN e il passaggio ad un sistema aperto alla partecipazione di operatori privati accreditati e alle regole del mercato che tuttavia, fin dall'inizio non ha convinto per l'opposizione di coloro che reclamavano il rispetto dei principi che costituiscono i capisaldi del SSN e il mantenimento dell'intervento pubblico in materia, accantonando le esigenze di mercato in favore della programmazione pubblica e dell'integrazione tra pubblico e privato. Per effetto di tali tensioni la speri-

---

*processo di soddisfazione di essi (...); essa è coordinamento, disciplina, razionalizzazione dell'attività, forzante adeguamento di questa ad essenziali canoni organizzativi (in primo luogo, dell'efficienza e dell'economia), in fin dei conti quindi, anche sotto questo profilo, orientamento e direzione dell'attività». L'A. paventa il rischio di confusione dell'attività nell'organizzazione ipotizzato da G. BERTI (*La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 250). G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XX-XIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1993), Milano, Giuffrè, 1995, p. 44. A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006. ID., *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 33. G. Pastori, *L'amministrazione da potere a servizio*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 47 ss.*

43 G. BERTI, *La riforma sanitaria nel quadro della programmazione*, in AA.VV., *Il servizio sanitario nazionale*, Atti del convegno sulla legge n. 833/1978 (Parma, 22-23 giugno 1979), Milano, Giuffrè, 1981, p. 66 ss. F. MERUSI, *I servizi pubblici degli anni 80*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1987. ID., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990. Già allora, infatti, il SSN è stato tacciato di erogare prestazioni di scarsa qualità e inoltre eccessivamente burocratizzato, fonte di sprechi e di corruzione frutto di una gestione poco avveduta e ad esclusivo appannaggio degli interessi della politica.

mentazione di modelli alternativi è giunta fino ai giorni nostri nel tentativo di assicurare un livello elevato di tutela al diritto alla salute affinché anche il SSN e l'organizzazione potessero ritrovare le rispettive caratteristiche e funzioni e il "Paese ... la sua vocazione all'organizzazione"<sup>44</sup>.

Soprattutto con l'avvento del modello di *New Public Management* il senso di smarrimento del SSN e dell'organizzazione ha raggiunto livelli altissimi. Da quel momento si è avviato un circolo vizioso a ciclo continuo che ha prodotto effetti devastanti portando il SSN alla deriva, oltre alla insoddisfazione degli operatori e alla fuga dei medici dalle strutture sanitarie le quali ancora oggi risultano "scarnificate" dall'interno dei protagonisti del processo di auto-rigenerazione utile al cambiamento culturale che dovrebbe essere alla base della riforma dell'assistenza sanitaria territoriale. In mancanza, infatti, qualunque Riforma risulta inidonea a ristabilire l'equilibrio alterato dalla privatizzazione della sanità attuato dalle controriforme degli anni '90 da cui è derivato un sensibile ridimensionamento della valenza sociale del SSN che da quel momento in poi ha mostrato una maggiore propensione per il mercato e alla produttività piuttosto alla soddisfazione della domanda di salute e dei bisogni degli utenti<sup>45</sup>. Da questo punto di vista, com'è noto, il ricorso all'integrazione pubblico-privato ha

---

44 U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema istituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, p. 457.

45 F. SALVIA, *Valore e limiti della managerialità nella pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1996, p. 587. F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, 2a ed., Bologna, Il Mulino, 1998, p. 441. R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione del servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in C. BOTTARI, P. TULLINI, *La dirigenza sanitaria. Amministratori e lavoratori a confronto*, Rimini, 2004, p. 53 ss. D. SORACE, *Organizzazione*, in M. BOSSI, N. MARASCHIO (a cura di), *Io parlo da cittadino. Viaggio tra le parole della Costituzione italiana. I principi fondamentali*, Firenze, 2008, p. 157. A. PIOGGIA, *La riforma sanitaria e l'introduzione di elementi aziendalistici nelle organizzazioni sanitarie pubbliche*, in A. PIOGGIA, S. CIVITAVESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011, p. 79 ss. ID., *Diritti dell'individuo e organizzazione della sanità. Quale idea di persona nelle scelte sul funzionamento del sistema?*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II – *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi (muovendo dalle opere di Fabio Roveri Monaco)*, Bologna, 2019, p. 579 ss. C. TUBERTINI, *Diritto alla salute, organizzazione e risorse finanziarie. Lo stato attuale della questione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, Studi introduttivi, Bologna, 2018, p. 546; ID., *Cinquant'anni di organizzazione sanitaria: dall'uniformità alla differenziazione e ritorno*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 1/2016, p. 66.

comportato un progressivo arretramento del modello pubblicistico e il venir meno del patto di sostenibilità tra sanità ed economia basato sulla reciproca interrelazione tra programmazione sanitaria ed economica e sullo stretto legame «con» e «tra» PSN e SSN che costituisce la condizione imprescindibile per la stessa sopravvivenza del SSN e il fondamento delle Riforme (cfr., artt. 3 co. 2 e 53 co. 2 legge n. 833 del 1978), oltre che sull'equilibrio tra salute e cura anch'esso in parte compromesso dalle riforme degli anni '90 responsabili dell'insostenibilità finanziaria del servizio pubblico che rischia di cedere il passo alla sanità privata con grave pregiudizio per l'effettività della tutela dei diritti fondamentali sempre più «cedevole» e recessiva rispetto alle esigenze di mercato<sup>46</sup>.

Ben presto, quindi, i nodi della Sanità territoriale sono venuti al pettine, frutto di un evidente errore di impostazione e di metodo che si è tradotto nell'adozione di scelte politiche ed organizzative «finanziariamente orientate» inefficaci e dannose perché non sorrette da un progetto di riforma focalizzato su altre priorità da affrontare e risolvere (assenza di *turn-over*, carenza di personale specialistico, riorganizzazione della rete di assistenza territoriale).

Ne è derivato un ritardo attuativo che si è accumulato negli anni dovuto a una serie di fattori concomitanti (*in primis* la programmazione sanitaria che costituiva un privilegio solo per alcuni territori e regole poco chiare<sup>47</sup> che hanno

---

46 AA.VV., *Diseguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, p. 3 ss.

47 R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 651 ss. G. TROPEA, *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, Saggio sullo Stato costituzionale, Torino, 2015)*, in *Dir. proc. amm.*, 2017 p. 1063 ss. F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. GRECO, G. MORBIDELLI, P. L. PORTALURI, F. G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Tomo I, Napoli, 2018, p. 487 ss.; G. GRECO, *Certezza del diritto e giurisprudenza creativa (a proposito della c.d. autonomia procedurale degli Stati membri dell'U.E.)*, in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*. Atti del Convegno Lucera, 22-23 giugno 2018, Tomo II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, spec. p. 959. G. PALMA, *Considerazioni intorno all'attuale problematicità della "certezza della norma" e l'attività di interpretazione-esecuzione della legge in sede di giurisdizione e di attività amministrativa*, in *Federalismi.it*, 19 giugno 2019. S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in ID. (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scien-



favorito gestioni scorrette<sup>48</sup>, l'assenza di programmazione e la mancata approvazione dei PSN e di quelli regionali e provinciali indispensabili per monitorare nel tempo il fabbisogno di salute, assistenza e di cura della popolazione al fine di assicurarne la piena soddisfazione).

Da allora l'intenzione di ristabilire le condizioni di coesistenza e sostenibilità del SSN (cfr. artt. 20,21 e 22) e delle Riforme recuperando i rapporti tra sanità e mercato e tra salute e cura (prevenzione delle malattie) e gli equilibri perduti (integrazione pubblico-privato) sulla base di visione d'insieme della Riforma dell'assistenza sanitaria territoriale è diventata un obiettivo e una priorità<sup>49</sup>. Ci si auspica, quindi, il «ritorno» alla Legge n. 833 del 1978 citata che tra l'altro, proprio perché era già caratterizzata da un approccio integrato ed equilibrato volto a garantire livelli elevati di tutela della salute (cd. *One Health*), è stata precursore della modifica degli artt. 9 e 41 Cost. ad opera della legge. cost. 11 febbraio 2022, n. 1. L'antidoto alle storture e alle criticità e carenze di sistema costituiscono delle priorità assolute (reperibilità delle risorse umane, ricambio generazionale, ripristino del PNS) che, in attesa degli sviluppi e degli esiti della recente Riforma dell'assistenza sanitaria approvata con il d.m. 77/2022, necessiteranno di continui aggiustamenti e aggiornamenti attraverso l'individuazione di soluzioni strutturali e strumenti giuridici adeguati alla elaborazione di un modello di sviluppo complessivo della salute, dell'ambiente e dell'ecosistema, frutto di una idea riformista che presuppone una prospettiva generale e una visione di insieme, com'era nella legge n. 833 del 1978<sup>50</sup>.

---

tifica, 2020, p.11 ss.

48 C.E. GALLO, *Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione*, in AA.VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, spec. p. 143 ss.

49 In senso critico con riferimento alla gestione della crisi sanitaria, nonché a proposito dell'impatto legislazione emergenziale sull'effettività della tutela dei diritti sociali, M. MAZZAMUTO, *Il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica*, in *Nuove Autonomie, Speciale obbligo vaccinale*, 2022.

50 B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 121. A. PIOGGIA, *Dopo quaranta anni la riforma dei servizi psichiatrici contiene ancora una importante lezione sul servizio pubblico e sul suo ruolo*, in *Ist. fed.*, 2018, p. 819.

Rientrata l'emergenza sanitaria, il rischio collasso del SSN è ancora piuttosto elevato.<sup>51</sup> Nonostante l'incedere dell'evoluzione del diritto alla salute, del concetto di salute e della sanità (che costituisce parte integrante della tutela della salute), la 'povertà di salute' è un fenomeno e una realtà che sta assumendo proporzioni molto significative spingendo il legislatore, i Governi e le Amministrazioni a riflettere sui principi e gli ideali che hanno ispirato l'istituzione dell'OMS e l'avvento della Costituzione e l'istituzione del SSN.

### **3. Dal «progetto» alla riforma dell'assistenza sanitaria e socio-sanitaria territoriale, tra rifondazione, riqualificazioni e (false) ripartenze**

L'evoluzione normativa legata a profondi cambiamenti (dal punto di vista istituzionale e organizzativo, ma innanzitutto culturale e comportamentale e di approccio) e connessa a significativi fenomeni come la povertà sanitaria legata al progressivo abbassamento dello *status* socio-economico e ad altri fattori indipendenti dalla volontà del singolo che producono effetti visibili e talvolta danni permanenti sulla salute dei cittadini accelerando il processo di invecchiamento e, in alcuni casi, provocandone anche la morte prematura.

Effettivamente, nascere e crescere in un contesto di povertà durante le fasi di recessione economica senza alcuna possibilità di affrancarsi riduce l'aspettativa di vita nei territori in cui dalle differenze sociali ed economiche sviluppano nuove povertà e disuguaglianze sanitarie che relegano tali soggetti ai margini della società e dalle attività dell'organizzazione dirette promuovere il benessere e uno stile di vita salutare e sostenibile, la qualità della vita, in particolare, di quella urbana e l'autonomia di tutte le persone, specie attraverso la prevenzione e la diagnosi precoce delle malattie invalidanti per la salute e la di-

---

<sup>51</sup> Specie in alcune Regioni (come il Piemonte) esso desta particolare preoccupazione tra i sindacati, le associazioni di volontariato e di utenti, organizzazioni professionali, comitati spontanei, pazienti e medici che hanno dato vita a un Comitato di difesa per la tutela del diritto alla salute e alle cure oltremodo pregiudicati dall'assenza di programmazione, dai tagli e dai mancati investimenti nel settore che hanno prodotto esternalità negative, quali liste d'attesa e la fuga dei professionisti dalla Sanità pubblica.

gnità delle persone, in deroga ai principi costituzionali su cui essi si fondano, ovvero sul principio di uguaglianza e di libertà<sup>52</sup>.

La povertà sanitaria identifica essa stessa una malattia che affligge la nostra società e rappresenta una sfida per il legislatore da sempre impegnato nella ricerca di un antidoto efficace che si conferma essere l'organizzazione la quale conserva la sua centralità anche nella recente Riforma che ne esalta la strumentalità e flessibilità e, in particolare, il legame inscindibile con il principio di buon andamento<sup>53</sup>. Quest'ultimo, infatti, ne connota la funzione e non si identifica con «alcuna delle specifiche esigenze che al principio costituzionale vengono più comunemente ricondotte, e in particolare con quella di efficienza»<sup>54</sup> e, quindi, del raggiungimento dello scopo a tutti i costi<sup>55</sup> prescindendo dal bilanciamento degli interessi.

---

52 C. BOTTARI, *La persona e i diritti fondamentali nel sistema ospedaliero*, in *AIC*, n. 2/2022. G. Cilione, *Diritto sanitario*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2019, p. 118 ss. utilizza questa espressione per sottolineare il nesso indissolubile che intercorre tra la politica sanitaria e quella urbanistica, ambientale, dei trasporti, considerato il ruolo che la salute occupa in tutte le politiche e i programmi adottati a livello europeo, nazionale e locale, in ossequio ad un modello *Health Cities* promosso dall'OMS nell'ambito del programma *Health for All in the 21st Century* che risponde all'esigenza di prevenire e limitare per quanto possibile i rischi per la salute pubblica.

53 S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*. Conclusioni del Convegno annuale Aipda "Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme", Roma, 8 ottobre 2016, in [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), *Il diritto alla buona amministrazione*, in *European Review of Public Law*, vol. 21, n. 3, 2009, pp. 1037-1047 e in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 105-113. D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it). F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Tomo I, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 49 ss. M. S. GIANNINI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (Riattraversando gli articoli 95, 3° comma e 97, 1° comma della Costituzione)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 804. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 27 e, in precedenza, R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Studi giuridici in onore di S. Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, spec. pp. 104 e 114. Di recente sul tema, D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 85 ss. ID., *Transizione al digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, *Federalismi. it*, n. 7/2022. A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, n.2/2020, spec. p. 384 ss.

54 F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna – Villa Monastero 1984, Milano, Giuffrè, 1987, p. 98 ss.

55 M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 263.

E' ormai lontana l'epoca, risalente alla fine degli anni '70, in cui l'ente erogatore delle prestazioni si identificava con il solo ente ospedaliero in base all'organizzazione dell'assistenza fondata sul sistema mutualistico del tutto slegato dalla tutela della salute e agganciato, piuttosto, alla tutela dei lavoratori a cui occorreva garantire la necessaria assistenza sanitaria e ospedaliera in caso di malattia. Tale assetto è stato completamente rivisitato dalla legge n. 833/1978 istitutiva del SSN ove gli enti ospedalieri hanno ceduto il posto ai presidi ospedalieri (USL, successivamente trasformate in AUSL (d.lgs. n. 502/1992) Aziende Ospedaliere, Aziende integrate Università-Regione introdotte dal d.lgs. n. 517/1999) operanti in un sistema a rete caratterizzato dalla coesistenza di ruoli e dalla compresenza tra integrazione socio-sanitaria affidata all'ASL, funzioni assistenziali di competenza comunale e prestazioni socio-sanitarie (d.lgs. n. 229/1999), solo successivamente ripartite tra i Comuni e la ASL ad opera del DPCM 14 febbraio 2001 il quale si colloca, tuttavia, in un quadro normativo complessivo che rivela una forma di «subalternità» dei servizi sociali che è alla base della disuguaglianza socio-sanitaria.

La prospettiva, infatti, muta radicalmente se ci si pone nell'ottica della necessaria reciproca integrazione tra prestazioni sanitarie, assistenziali e servizi sociali e nei rapporti tra questa e gli enti territoriali - avvinti in una rete di reciproca cooperazione – in base all'evoluzione del concetto di salute e in attuazione dei principi costituzionali, sul presupposto che *«la legalità resta il parametro dell'azione, ma l'efficienza il risultato»*<sup>56</sup> a cui tende l'organizzazione. Il problema

56 In quest'ottica, la Riforma rinsalda il legame con il territorio per la tutela della salute umana, promuovendo l'iniziativa pubblica e privata nell'attuazione degli obiettivi del SSN sfruttando le potenzialità e i vantaggi che dell'azione combinata dei soggetti del pluralismo sociale ed istituzionale che se, da un lato esprime l'autonomia e la diversità, al contempo, tutela e rappresenta sia l'autonomia che le esigenze di uniformità tra loro non inconciliabili.

P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet, Amministrazione e Organizzazione*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, spec. pp. 157 e 161. M. R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Atti del convegno internazionale Palermo, 6-7 giugno 2019, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 253 ss.; ID., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 8 ss.; ID., *Il principio di buon andamento: dal meta-giuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Ius Publicum*, 2011, p. 3. S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e*

sorge nella fase di attuazione pratica del processo di osmosi e di interferenza tra le discipline e i saperi in relazione all'operatività dei principi sul piano della effettività dei diritti sociali e della necessità di soddisfarli e, di conseguenza, dell'adeguatezza dell'organizzazione allo scopo, in un contesto dominato dalla crisi della legge, dell'Amministrazione e dell'organizzazione che affonda le sue radici nella «grave incertezza sulla funzione odierna dell'amministrazione e sul suo modo di adempiere ai compiti che le sono affidati»<sup>57</sup>.

In tale situazione, la creazione delle condizioni normative, organizzative e finanziarie per raggiungere entro il 2026 in tutte le Regioni l'operatività del modello di sanità sostenibile ed efficiente a livello globale, rappresenta la sfida della prossimità nel SSN, ma anche un'opportunità irrinunciabile per completare il processo di revisione del ruolo dell'Amministrazione avviato negli anni '90, che postula il riconoscimento dei doveri dell'organizzazione conformata alle mutevoli esigenze di una società in cui i diritti sociali trovano finalmente cittadinanza e quella centralità che è all'origine della trasformazione dell'organizzazione che assume la titolarità di diritti, ma anche di doveri di solidarietà nei confronti dei consociati per il bene comune e dei doveri di cooperazione e leale collaborazione con i pubblici poteri nascenti dalla consapevolezza del valore dell'esistenza suscettibili di conformare il diritto vivente.

Tale consapevolezza permea di sé la Riforma dell'assistenza sanitaria territoriale di cui al D.M. 77/2022 che si prefigge obiettivi ambiziosi che possono essere così sintetizzati: a) l'attivazione dei Distretti e delle Case della Comunità

---

*Amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 39 ss. A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003), ivi, p. 87 ss. Di recente, D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2019. V. MOLASCHI, *La rilevanza dell'organizzazione dei servizi pubblici sull'effettività dei diritti sociali*, in M. RENNA, C. MICCICHÈ, P. PANTALONE (a cura di), *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. p. 27 ss. A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categoriche teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org); ID., *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2020.

<sup>57</sup> F. SATTA, *Introduzione a un corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, spec. pp. 44 e 53.

in tutte le Regioni entro il 2026; b) il superamento del de-finanziamento del SSN rispetto alla media europea investendo le risorse sul personale, sulle tecnologie e sulla riorganizzazione del SSN ampliando e finanziando il LEPS; c) riequilibrare il rapporto tra sanità pubblica e privata salvaguardando la centralità della *governance* pubblica e prevedendo un apporto integrativo del privato accreditato, per proteggere la salute umana dalle future pandemie, specie dei soggetti più vulnerabili, in maniera uniforme ed omogenea in tutte le Regioni in base ad una visione sistemica e ad un'analisi rigorosa, aderente ai bisogni della popolazione, con un impatto, ci si augura significativo sul riequilibrio dei rapporti tra Stato e Regioni inaspriti dalla riforma dell'autonomia differenziata. Il rinnovamento e la riqualificazione del SSN - che si attua anche attraverso il coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore (ETS) in qualità di referenti privilegiati ai fini del monitoraggio e dell'analisi del fabbisogno di salute della popolazione<sup>58</sup> - passa necessariamente per il ripristino e la salvaguardia dei capisaldi della Riforma del 1978 (equità, solidarietà, universalità), sfruttando l'opportunità del PNRR, in base ad una visione condivisa e partecipata della comunità territoriale finalizzata all'innalzamento dei livelli di salute e della qualità delle prestazioni erogate sul territorio nazionale all'interno di un unico innovativo modello integrato sanitario e socio-assistenziale per la tutela del bene comune alla salute, alla cura e all'assistenza.

In tale modello, l'erogazione delle prestazioni, uniche e non replicabili, presuppone, quindi il ricorso a forme d'integrazione e di coordinamento tra il livello di pianificazione degli obiettivi, la struttura organizzativa e le relazioni tra i diversi soggetti (medici, personale sanitario ed amministrativo) avvinti in rapporti e relazioni interdisciplinari che si riflettono sulla fisionomia dei servizi e delle prestazioni erogate.

<sup>58</sup> C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il ruolo del terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2020. L. TORCHIA, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020.

L'organizzazione, complessa e aperta al confronto con attori pubblici e privati, è sempre più interconnessa con altre organizzazioni, pertanto, compatibile con una visione «allargata» della responsabilità che può concretamente fungere da antidoto contro le conseguenze della crisi economica, con un impatto significativo atteso sulla qualità dei servizi e dei professionisti, sull'accessibilità alle prestazioni, sull'accoglienza della struttura sanitaria, sulla personalizzazione della relazione terapeutica, della cura (e relativa differenziazione) e della prestazione sanitaria, sull'impiego efficiente delle risorse, in base a un approccio multidimensionale e «funzionalizzato» alla tutela dei diritti e dei valori della persona espressi dalla Costituzione<sup>59</sup>.

La centralità fisica, psicologica e sociale della persona nel sistema organizzativo, costituisce al contempo un principio, un valore ineludibile e un diritto correlato al concetto polisenso di «umanizzazione» della cura e dell'assistenza<sup>60</sup> che si sviluppa in un rinnovato contesto comunicativo e relazionale in cui campeggia la persona con le sue esigenze non solo fisiche e funzionali, ma anche psicologiche, emotive e relazionali. In quest'ottica, la revisione del rapporto tra struttura sanitaria e cittadino, e tra organizzazione e utente richiede, tra l'altro, un ripensamento dei rapporti tra programmazione sanitaria e pianificazione territoriale e interventi-azioni strutturali, organizzative e comunicative che valorizzino la persona e la dignità dell'utente nella consapevolezza del valore che l'individuo nella sua globalità rappresenta.

---

59 U. ALLEGRETTI, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990. ID., *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, Einaudi, 1997, p. 122. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 755. C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali all'epoca della crisi economica*, in *www.europeanrights.it*. S. CASSESE, L. TORCHIA, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, in *Foro it.*, 2018, p. 10.

60 Declinato come diritto al tempo, diritto all'informazione e alla documentazione sanitaria, diritto alla certezza del trattamento indipendentemente dai conflitti personali e organizzativi, dall'evoluzione normativa e dai confini territoriali, diritto alla fiducia e alla qualità del servizio, in termini di strutture, professionisti e operatori, diritto al riconoscimento della specificità ed alla differenziazione e, infine, come diritto di vivere una vita quanto più è possibile «normale» nonostante la malattia.

Dall'emergenza Covid-19 al PNRR fino alla recente riforma dell'assistenza territoriale di cui al DM 23 maggio 2022, n. 77<sup>61</sup>, la sanità si conferma la cartina di tornasole per valutare lo stato di salute o di malattia dello Stato sociale di diritto<sup>62</sup>.

La Riforma dovrebbe rappresentare l'occasione per riorganizzare il SSN nel suo complesso, ma ad un sommario esame dei contenuti non si può fare a meno di evidenziare come con essa, ciclicamente, si ripropongono le principali sfide del SSN: dalla diffusione di nuove varianti del Covid 19<sup>63</sup> all'emersione di nuovi virus, dalla prevenzione delle infezioni e del contagio da Sars Cov-2 per allontanare lo spettro del Long Covid<sup>64</sup> alla ricerca di vaccini efficaci, dalla carenza di personale, alle liste d'attesa, ecc. In attesa degli sviluppi futuri e monitorando lo stato di attuazione del PNRR che punta, tra l'altro, al potenziamento della medicina territoriale.

Viene, quindi, da chiedersi in prospettiva quale possa essere, in particolare, il futuro delle Case di Comunità, degli Ospedali di comunità e delle Centrali Operative Territoriali, occorrendo verificare - al netto dei progetti di revisione

61 «Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale» pubblicato in G.U. n. 144 del 22 giugno 2022.

62 In questo senso, cfr., V. SAIJA, *Tutela della salute e garanzia del diritto all'istruzione nello stato di emergenza. Nuove opportunità e vecchi problemi alla sfida della pandemia*, in *Corti Supreme e salute*, n. 3/2020, p. 2 ss.

63 Preoccupa la situazione in Spagna dove proprio in questo periodo si registra un rialzo significativo di diffusione della variante Arturo e del numero delle vittime del virus destinato certamente ad aumentare in assenza di un vaccino efficace. L'OMS ha segnalato l'avvento di una nuova pandemia in Cina che a partire dal mese di giugno farà registrare milioni di casi ogni settimana.

64 Nei giorni immediatamente successivi all'alluvione in Emilia Romagna è scattato l'allarme infezioni e sono stati somministrati ai residenti e ai volontari centinaia di vaccini antitetano e contro la Dengue. A destare preoccupazione è altresì l'allarme lanciato dal DG di Oms Europa il quale avverte che per quanto il Covid-19 non sia più un'emergenza sanitaria pubblica globale ogni settimana nella sola Regione Europea si contano migliaia di morti, senza sottovalutare l'eredità dell'infezione, il cd. Long Covid che secondo l'*Institute for Health Metrics and Evaluation* dell'Università di Washington a Seattle, è stato sperimentato da circa 36 milioni di persone in tutta la regione europea dell'OMS nei primi 3 anni della pandemia. Trattasi di una condizione piuttosto invalidante per molte persone impossibilitate a condurre una vita normale se i ricercatori non svilupperanno una diagnostica e un trattamento specifici. Fino ad allora, occorre sensibilizzare la popolazione a vaccinarsi per ridurre al minimo il rischio del contagio, specie i soggetti vulnerabili, gli anziani, le persone con condizioni mediche di base e gli immunodepressi per i quali Oms Europa chiede di garantire almeno il 70% di copertura vaccinale, comprese le dosi di richiamo primarie e aggiuntive.



ed integrazione della normativa di settore in fieri - «se», «in che misura» e «come» possano realizzarsi gli obiettivi prioritari della Riforma.

Dubbi e perplessità si appuntano sulla sostenibilità della Riforma e sull'attuazione del progetto sottostante al D.M. n. 77/2022 per il fondato timore che si possa ricadere nella medesima situazione che si è presentata all'indomani dell'approvazione della l. n. 833 del 1978 a causa delle perduranti contraddizioni che interferiscono sugli obiettivi condizionando l'efficacia della Riforma. Ora come allora si palesano diverse carenze, gravi insufficienze del sistema unitamente ad altre difficoltà «esistenziali» dell'organizzazione, all'epoca erano connesse alla gestione politicizzata del SSN e che avevano determinato il fallimento del modello pubblicistico palesando la necessità di introdurre gli opportuni correttivi all'interno di una riforma del sistema. Ed infatti, il SSN è stato tacciato di erogare prestazioni di scarsa qualità e inoltre di essere eccessivamente burocratizzato, fonte di sprechi e di corruzione frutto di una gestione poco avveduta e ad esclusivo appannaggio degli interessi della politica. Da allora, il SSN si è progressivamente trasformato da «strumento fondamentale in funzione della tutela della salute (a) ... servizio più rilevante socialmente, diffuso in tutto il territorio nazionale e più oneroso»<sup>65</sup> e anche l'organizzazione dello stesso a livello regionale, ha progressivamente smarrito le sue caratteristiche e la sua funzione al servizio del diritto alla salute e della salvaguardia del suo nucleo essenziale. Ciò a causa di oltre che di scelte politiche poco avvedute, di diversi, concomitanti e ricorrenti fattori.

Mi riferisco, innanzitutto, ai finanziamenti che riguardano per lo più gli aspetti organizzativi, ossia l'utilizzazione degli spazi, l'attuazione di modelli e la realizzazione delle Case di Comunità<sup>66</sup> e degli Ospedali di Comunità dislocati

65 V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Stato sociale e tutela della salute*, AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I – *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi (muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco)*, Bologna 2019, p. 520.

66 Locuzione che richiama il modello assistenziale delle «Case della salute» (d.m. 10 luglio 2007) quali «strutture polivalenti in grado di erogare l'insieme delle prestazioni socio-sanitarie, favorendo, attraverso la contiguità spaziale dei servizi e degli operatori, l'unitarietà e l'integrazione dei livelli essenziali delle prestazioni socio-sanitarie, rappresentando così la struttura di riferimento per l'erogazione dell'insieme delle cure primarie» e «il luogo della partecipazione democratica dove i cittadini e le associazioni di tutela dei pazienti

sul territorio. Penso, inoltre, al servizio di assistenza domiciliare che richiama l'attenzione sulla importanza della «questione demografica» rispetto alla quale la carenza delle risorse umane determina una situazione a dir poco paradossale idonea a svelare l'ennesima contraddizione del modello organizzativo e della Riforma rispetto agli obiettivi del PNRR<sup>67</sup>, secondo il quale «la casa (dovrebbe rappresentare il) primo luogo di cura», ripercuotendosi sulla fiducia risposta «dab» paziente «verso» l'operatore e da questi nei confronti della struttura sanitaria, che avrebbe dovuto essere una priorità, ma che la riforma sembra del tutto ignorare. In contesti dominati dalla competizione e dai conflitti tra lo Stato e le Regioni e tra le stesse Regioni che la tendenza alla statalizzazione del servizio ha acuito durante l'emergenza sanitaria finendo per svilire il ruolo delle Regioni e degli ee.ll. nella programmazione dei servizi mortificando gli istituti della partecipazione di utenti e cittadini, sembrerebbe esserci spazio solo per gli attuali modelli organizzativi territoriali diversificati tra le Regioni e a cui corrispondono altrettanti differenti modi di tutela dei diritti sociali<sup>68</sup>. Profili questi, fin qui

---

*contribuiscono alla programmazione dei servizi e delle attività e sono chiamati a valutare i risultati ottenuti in termini di salute e di benessere percepito». C. MICCICHÈ, Il valore giuridico della partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali, in M. RENNA, C. MICCICHÈ, P. PANTALONE (a cura di), La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese, cit., p.17 ss.*

67 A. BARONE, F. MANGANARO, PNRR e Mezzogiorno, in *Quad. cost.*, 1/2022, p.148 ss. S. STAIANO, Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud, in *Federalismi.it*, n.14/2021. L. VENTURA, A. MORELLI, Il paradossale percorso dei diritti sociali, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 2/2021.

68 Preoccupa, in particolare, la condizione delle persone più fragili e vulnerabili costrette a rinunciare alle cure di base e intermedie, non solo e non tanto a causa di difficoltà economiche, quanto piuttosto delle lunghe liste di attesa per visite urgenti e non procrastinabili. Essa identifica una prassi che ha dato vita ad un circolo vizioso su cui c'è concretamente il rischio che nel prossimo futuro possano innestarsi percorsi poco rispettosi per la dignità di gruppi di persone, vittime di emarginazione ed esclusione dal SSN nel contesto in cui vivono. I dati e le statistiche attestano che il recupero delle liste d'attesa procede con lentezza e intanto aumenta il *gap* tra le regioni in alcune delle quali si registrano notevoli ritardi ricoveri, *screening* e prestazioni ambulatoriali che allontanano progressivamente il raggiungimento degli obiettivi, specie nelle Regioni meridionali a causa dello scarso sfruttamento delle risorse disponibili. Ciò si verifica soprattutto in alcune Regioni ove alla tendenza degli ospedali a delegare la gestione delle malattie croniche indirizzando risorse e personale verso la gestione delle fasi acute della malattia non è finora seguita la realizzazione di nuove strutture e/o la riconversione e l'adeguamento di quelle preesistenti e/o la riqualificazione e razionalizzazione degli spazi verso nuove realtà che siano il frutto di una visione d'insieme e sostenute da una adeguata gestione delle risorse e del personale. B. G. DI MAURO, L'urbanistica rigenerativa "condivisa": tra attualità (PNRR), desiderio (amministrazione condivisa) e scopo (sussidiarietà orizzontale), in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2022.

solo accennati, che tuttavia danno l'idea dell'invarianza del cambiamento e della sanità<sup>69</sup>.

Dalla legge di Bilancio per il 2023 non provengono segnali confortanti, soprattutto se confrontati con il contesto più generale della crisi economica ed energetica suscettibili di impattare, tra l'altro, anche sugli sviluppi e gli esiti del progetto di riforma dell'autonomia differenziata in materia sanitaria<sup>70</sup>.

E in effetti, si paventa il rischio che «*mantenendo la distribuzione della spesa storica si cristallizzerebbero le disuguaglianze*»<sup>71</sup> nell'accesso alle infrastrutture ospedaliere, specie nelle Regioni meridionali ove si registrano le maggiori criticità.

Non a caso, i rischi maggiori per la *governance* sanitaria provengono proprio dal PNRR e dalle previsioni della Legge di Bilancio che lasciano presagire un sistema in cui proliferano le disuguaglianze e il decongestionamento degli ospedali che, quand'anche fosse un obiettivo possibile, non sarebbe un antidoto efficace contro fenomeni divenuti ormai quasi endemici e incontrollabili. Mi riferisco, in particolare, all'assenza e/o alla chiusura dei reparti<sup>72</sup>, all'incremento delle liste di attesa, alla carenza di personale, alla fuga dei medici dal SSN e alle aggressioni ai sanitari, senza considerare la mobilità interregionale di pazienti,

---

Cfr. Report dell'OMS nel 75° anniversario dalla sua istituzione in occasione della Giornata mondiale della salute intitolata «*Health for All*» del 7 aprile u.s. Si rinvia per gli approfondimenti in tema al Report dell'Agenas sulla condizione di esigibilità dei LEA ospedalieri che utilizza un modello di valutazione multidimensionale delle *performance* manageriali del sistema aziendalistico sanitario e rappresenta un valido e preciso strumento di valutazione delle politiche sanitarie espresse dalle diverse Regioni e delle attività manageriali dei direttori generali.

69 I. CAVICCHI, *Il riformista che non c'è. Le politiche sanitarie tra invarianza e cambiamento*, Bari, Edizioni Dedalo, 2014, p. 28. A. ZITO, *Dall'epoca del cambiamento al cambiamento d'epoca: il ruolo delle pubbliche amministrazioni nella prospettiva del giurista*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2019. S. STAIANO, *Dinamiche della frattura Nord-Sud. Il perdurare dell'asimmetria territoriale come questione democratica*, in *Riv. pol. Soc.*, 4/2020. A. MORRONE, *Stato sociale e disuguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Riv. Dir. Sicur. Soc.*, 4/2020. A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario Nord-Sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 4/2020.

70 Ferve il dibattito sul D.L. Calderoli, temendosi la proliferazione delle disuguaglianze regionali, il rischio della crescita esponenziale del bilancio regionale e il ridimensionamento di quello statale e, quindi, in sostanza, l'assenza di copertura finanziaria necessaria per garantire livelli adeguati delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali presso altre Regioni. Di recente sul tema, F. ZAMMARTINO, *La differenziazione dei poteri regionali nella prospettiva del progetto di legge Calderoli: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. pubbl. eur.* – Rassegna on-line, n. 2/2023.

71 Secondo i dati forniti da Bankitalia e reperibili sul sito [www.bankitalia.it](http://www.bankitalia.it)

72 In particolare, mi riferisco all'assenza e/o alla chiusura di reparti per le cure palliative per neonati e malati (anche oncologici) cronici Campania e nelle Regioni meridionali.

specie malati oncologici, lo stato dell'arte delle malattie neurodegenerative e di quelle rare, la burocrazia legata all'appropriatezza prescrittiva e alla spesa dei farmaci, le difficoltà di attuazione dell'approccio integrato e multidisciplinare *One Health* per la ricerca di soluzioni efficaci alle questioni più spinose che affliggono la Sanità<sup>73</sup>.

La scelta di investire nel potenziamento infrastrutturale, nella sanità digitale e nel progresso tecnologico, ma non anche nella stessa misura nel capitale umano<sup>74</sup> non è certo priva di conseguenze, comportando l'aumento della distanza occupazionale e strutturale tra Nord e Sud del Paese.

Essa, infatti, si ripercuote sul sistema che risulterà meno attrattivo per gli operatori del settore inducendoli a dimettersi anche prima di maturare i requisiti per poter essere collocati in pensione, senza poter garantire il necessario *turn-over*.

Con la conseguenza che in assenza delle coperture effettive per il personale, cioè non basate su presunti e potenziali risparmi di spesa derivanti dall'applicazione della Riforma territoriale e dei servizi per i cittadini, questi ultimi si riverseranno nuovamente negli ospedali sprovvisti di personale in fuga.

In passato i maggiori problemi erano derivati dal progressivo ridimensionamento dei posti letto a cui non è seguito l'atteso rafforzamento della sanità territoriale specie nelle Regioni in cui si registravano le carenze più gravi. Il che ha determinato il fallimento delle Case della Salute e delle associazioni dei me-

---

<sup>73</sup> *Amplius*, G. RAGONE, *One Health* e Costituzione italiana, tra spinte eco-centriche e nuove prospettive di tutela della salute umana, ambientale e animale, soffermandosi, tra l'altro, sul possibile impatto del riparto delle competenze sulla ricerca e l'applicazione dell'approccio *One Health*. S. ROSSA, Riflessioni giuspubblicistiche in merito alle teorie *Nudge* e *One Health* (spec. § 4), entrambi in *Corti supreme e salute*, n. 3/2022.

<sup>74</sup> A titolo meramente esemplificativo, alquanto significativamente in tutta Italia si registra una grave insufficienza di pediatri, di conseguenza che quei pochi in servizio sono particolarmente sovraccarichi di lavoro e oberati dalle richieste di assistenza, il che naturalmente si ripercuote sulle condizioni di vita e di lavoro dei professionisti, sul tempo e sulla qualità della relazione e, quindi, dell'assistenza e della cura.

dici di base, ossia delle strutture intermedie che avrebbero dovuto alleggerire la pressione sugli ospedali e pronto soccorso<sup>75</sup>.

Parimenti, il modello organizzativo per la rete di assistenza sanitaria territoriale delineato dalla Riforma mostra poche luci e molte ombre sotto diversi profili alimentando il dibattito, invero mai sopito, incentrato sul rapporto fra organizzazione e diritti, servizi pubblici e prestazioni sociali.

Innanzitutto per l'assenza di una «chiara regolazione delle forme e dei modi della partecipazione alle varie strutture» e di «una revisione dei percorsi formativi per rafforzarli e adeguarli alla nuova impostazione delle cure primarie sul territorio»<sup>76</sup>. Da questo punto di vista, esso tradisce le aspettative di chi riteneva che la Riforma avesse ormai consacrato il passaggio a un modello di governo cooperativo – che postula appunto il trasferimento dei poteri decisionali dallo Stato agli enti locali e l'attribuzione del potere decisionale ai soggetti pubblici e privati radicati ed operanti sul territorio (ivi compresi gli ETS) in funzione della piena integrazione tra servizi sanitari e servizi sociali e della tutela e presa in carico della persona nella sua dimensione globale (sociale, economica ed ambientale)<sup>77</sup>.

Senza sottovalutare l'atteso aumento demografico della popolazione anziana non autosufficiente per la quale i servizi assistenziali a carattere sociale integrati con quelli ospedalieri e territoriali rivestono un ruolo fondamentale, per non parlare inoltre dell'eventuale evoluzione di imprevedibili patologie e l'avvento di nuove epidemie.

In sostanza, si ha la netta sensazione che nel PNRR prima, e nella Riforma poi, gli obiettivi quantitativi abbiano preso il sopravvento su quelli qualitativi, mostrandosi entrambi deficitari dal punto di vista organizzativo ed attuativo degli interventi di contrasto all'esclusione sociale e alle disuguaglianze.

---

<sup>75</sup> *Amplius*, in una prospettiva migliorativa del ruolo delle Case della Comunità, cfr., E. ROSSI, *Le "Case della comunità" del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2021.

<sup>76</sup> Come evidenziato dall'UPB nel Focus tematico n. 2 del 13 marzo 2023.

<sup>77</sup> A. S. ALBANESE, *L'integrazione sociosanitaria*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 183 ss.

Né va sottaciuta la circostanza per cui le Case della Comunità<sup>78</sup> e gli Ospedali di Comunità non rappresentano certamente una novità<sup>79</sup> riproponendo l'istituzione di strutture che rispecchiano il modello organizzativo - risalente e ad oggi inattuato – dell'«Unità sanitaria come sistema».<sup>80</sup>

Mi riferisco al D.M. 2 aprile 2015 n. 70<sup>81</sup> il cui impianto, eccettuata qualche novità degna di nota, è rimasto sostanzialmente lo stesso nonostante le criticità emerse durante la pandemia e in seguito alla regolamentazione delle attività territoriali ad opera del D.M. n. 71/2022<sup>82</sup>.

In breve, si segnala la scelta di onerare le Regioni di aggiornare agli standard previsti dal nuovo Decreto il provvedimento di programmazione in precedenza emanato adottando un nuovo provvedimento sottoposto a valutazione e monitoraggio da parte di due Tavoli e da un Comitato ministeriali, prevedendosi il recupero dei posti letto sottoutilizzati, il recupero dei flussi non fisiologici

---

78 Rientranti nella Componente 1 della Missione salute, dedicata a «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute, ambiente e clima».

79 Questi ultimi, infatti, erano già previsti dal D.M. 2 aprile 2015 n. 70, per quanto tuttavia solo nel 2020 in Conferenza Stato-Regioni sia stata raggiunta l'intesa sulla definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi per l'autorizzazione all'esercizio degli stessi. Le Case della Salute rappresentano a tutti gli effetti l'antesignano delle Case della Comunità, espressione dell'idea di riorganizzare i servizi e le attività sanitarie (da integrare con quelli assistenziali) trasferendo risorse e servizi dagli ospedali a strutture vicine ai cittadini che ivi possano usufruire dei servizi di base e delle cure primarie.

80 Il virgolettato richiama il titolo di un libro di G. Maccacaro pubblicato nel 1972. Un esempio è rappresentato dalle strutture «di prossimità» istituite in piena emergenza sanitaria da Covid 19, quale espressione di un modello organizzativo di aggregazione funzionale, in quanto dirette a «promuovere il benessere, la qualità della vita e l'autonomia di tutte le persone con particolare attenzione a quelle fragili, prevenire l'aggravamento delle patologie e il mantenimento dell'autonomia, evitare ricoveri impropri e favorire la permanenza nel loro contesto di vita nel rispetto prioritario della cultura della domiciliarità della persona» attraverso il coinvolgimento di diverse professionalità. La transizione dell'assistenza sanitaria si realizza attraverso l'istituzione del sistema COT inteso come strumento di integrazione e coordinamento nella presa in carico dell'assistito in ambito territoriale. L'articolazione in Distretti risponde all'esigenza di soddisfare i bisogni definiti negli strumenti di programmazione.

81 Con cui è stato approvato il «Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera» pubblicato in GU 4 giugno 2015, n. 127.

82 Delibera del Consiglio dei Ministri 21 aprile 2022 sostitutiva dell'intesa della Conferenza Stato-Regioni, relativa allo schema di decreto del Ministro della Salute recante «Modelli e standard per lo sviluppo dell'Assistenza Territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale», pubblicato in G.U. – Serie Generale n. 144 del 22 giugno 2022.

di mobilità sanitaria; la previsione di meccanismi per espandere l'offerta ospedaliera di posti letto in terapia intensiva e semintensiva collocati negli Ospedali con DEA di primo o secondo livello. Si sottolinea l'importanza di dotarsi di strutture di prossimità flessibili e resilienti trasformando lo spazio fisico in unità funzionali che garantiscano livelli di intensità assistenziali più elevati.

A tal fine, è previsto che i *team* multiprofessionali e multidisciplinari di professionisti che afferiscono alle diverse strutture operino anche in altre sedi della rete ospedaliera le cui caratteristiche devono essere previamente rese note all'utenza la quale, pertanto, deve poter contare su una sempre più diffusa organizzazione rispettosa di precisi "standard organizzativi, strutturali e tecnologici" che caratterizzano le reti ospedaliere e territoriali meglio specificate in sede di definizione del modello organizzativo della rete di assistenza sanitaria territoriale in base agli interventi previsti dalla Componente 1 della Missione 6 "Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale" del PNRR, seguito dall'entrata in vigore dell'art. 1, comma 274 della legge n. 234/2021 che ha introdotto significative novità in materia di autorizzazione alla spesa e ripartizione delle risorse economiche tra le Regioni e le province autonome, nonché a proposito di Livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS) e di Ambiti Territoriali Sociali (ATS) al fine di favorire l'integrazione tra gli ambiti sanitari, sociosanitari e sociali in base alle rispettive competenze e risorse umane e strumentali di cui dispongono.

Un cenno merita, altresì il D.M. n. 71/2022 che, incidendo strutturalmente sulla disciplina statale (artt. 3 *quater-sexies* d.lgs. n. 502/1992) e organizzativa regionale, pur in assenza di copertura costituzionale, ha previsto la revisione dell'organizzazione delle cure primarie e dell'assistenza territoriale sfruttando le risorse messe a disposizione dal PNRR<sup>83</sup> con

<sup>83</sup> Nel solco degli interventi normativi che l'hanno preceduto, esso richiama i punti fondamentali dell'articolazione delle Reti di cure palliative: dalla presa in carico del paziente a prescindere dalla patologia, al lavoro in *équipe*, dall'articolazione nei diversi *setting* di cura e assistenza, alla continuità delle cure, dal riconoscimento delle competenze professionali necessarie, all'attività di formazione e di ricerca. L'assistenza domiciliare di cure palliative è distinta e integrata con l'ADI e concorre all'attività della Centrale Operativa Territoriale. Gli atti di indirizzo

L'obiettivo di riportare l'attenzione sulla sanità territoriale riposizionando la persona umana al centro del sistema. Nel solco tracciato dalla legge n. 833 del 1978, esso si propone di attuare il modello di assistenza sanitaria e socio-assistenziale domiciliare, di prossimità e dinamico basato sul distretto sanitario di base, inteso come spazio aperto, per l'erogazione di servizi e prestazioni essenziali successivamente definiti LEP e LEA (oggi Liveas), attraverso l'introduzione di strutture di prossimità (Case di Comunità e Ospedali di Comunità) costituenti la nuova rete assistenziale ed espressione di un nuovo modello organizzativo. Certamente esso ha mostrato diverse criticità tra cui, per quanto qui importa, la difficoltà di reperire il personale necessario, la garanzia dell'espletamento di attività socio-assistenziale e dell'erogazione delle prestazioni, che hanno indubbiamente condizionato l'attuazione di quel modello organizzativo, indubbiamente implementato rispetto al precedente, attraverso l'istituzione delle case e degli ospedali di comunità, quale sviluppo ulteriore della normativa statale, in una prospettiva diversa rispetto al DM 70/2015 citato, ma in assenza di una espressa previsione nel d.lgs. n. 502/1992 e della disciplina di dettaglio e/o integrativa regionale. Sotto altro profilo, l'assenza di unitarietà funzionale tra le Case di Comunità e gli Ospedali di Comunità è apparsa incoerente e incongrua non solo dal punto di vista della spesa economico-finanziaria, a conferma del difettoso coordinamento con gli aspetti propriamente amministrativi, ma anche perché fonte di inevitabili disfunzioni assistenziali, specie nelle Regioni meridionali, senza sottovalutare la difficoltà di reperimento del personale socio-sanitario sul mercato e, comunque, a costi insostenibili per le ASL, che impatta sull'attuazione e l'efficacia delle riforme, soprattutto per quanto concerne l'attività socio-assistenziale, invero poco performante nel corso dell'emergenza sanitaria, ma anche successivamente in assenza della necessaria integrazione con i Liveas in un sistema che punta alla prevenzione più che alla cura.

---

proposti sono in continuità con gli elementi normativi e pertanto utili alla realizzazione delle Reti secondo le tempistiche previste dalla Legge 106/2021.



Ciò posto in linea generale, giova riferire che le Case della Comunità identificano le strutture in cui il paziente dovrebbe essere affidato alla cura di un «team multidisciplinare di Medici di Medicina Generale, Pediatri di Libera Scelta, medici specialistici, infermieri di comunità e altri professionisti della salute»<sup>84</sup> chiamati a rendere prestazioni sanitarie e valutazioni multidimensionali sulla base delle indicazioni del PUA, e inoltre servizi dedicati alla tutela della donna, del bambino e dei nuclei familiari «secondo un approccio di medicina di genere» (in base al Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere), senza tuttavia specificare le modalità di interazione che dovrebbero dar vita a relazioni sinergiche tra gli stessi sia all'interno che all'esterno della Casa di Comunità. Per questo motivo, la mera previsione della presenza di assistenti sociali all'interno delle stesse non vale di per sé a dimostrare il collegamento sinergico degli investimenti per la «Salute», con l'«Inclusione» e la «Coesione sociale», né di conseguenza a qualificare la Casa della Comunità (modelli e standard) come struttura complessa deputata all'erogazione di prestazioni e servizi socio-sanitari e assistenziali, anche ai fini della valutazione dei risultati in termini di offerta e benessere sociale dei cittadini<sup>85</sup>.

---

84 Cfr., art. 1, co. 5, d. l. 19 maggio 2020, n. 34. F. PIZZOLATO, *Le Case della Comunità e il rapporto tra città e salute*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2022. E. ROSSI, *La "Case della Comunità" del PNR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, cit., p. 362 evidenzia l'impatto del nuovo modello integrato sulla effettività del diritto alla salute che si pone al crocevia tra le prestazioni sanitarie e servizi socio-assistenziali in uno spazio aperto in cui al modello tradizionale si affianca e si fa strada la Sanità digitale che si nutre dello sviluppo delle nuove tecnologie.

85 E' questo senza dubbio il principale *vulnus* dell'attuale Riforma e la causa dell'insuccesso per la mancata previsione di professionisti del sociale e dell'assistente sociale, nonché dei servizi rivolti alle malattie croniche, alle malattie oncologiche, alla salute mentale, alle patologie rare, alle dipendenze patologiche, alla neuropsichiatria infantile e dell'adolescenza, alle attività consultoriale e quelle rivolte ai minori.

Tale affermazione si rafforza e si carica dei dubbi e delle riserve sullo stato dell'arte e i possibili sviluppi della digitalizzazione del SSN sul fronte dell'attivazione del FSE, della formazione delle competenze digitali, della interconnessione e comunicazione delle reti informatiche e del rispetto dei vincoli normativi per la tutela della *privacy* e dei ulteriori profili utili e necessari alla definizione di una *governance* territoriale che sia coerente con l'approccio *One Health* per fronteggiare possibili future pandemie globali. L'approccio (innanzitutto culturale) alla medicina a distanza sconta ad oggi l'assenza di una forte e fitta collaborazione tra medici ospedalieri e del territorio, MMG, pediatri di libera scelta, specialisti ambulatoriali, Operatori del distretto Sanitario l'Infermiere di Famiglia e Comunità (IFeC), Istituzioni locali e Associazioni di volontariato. Il che inevitabilmente potrebbe condizionare l'attuazione e gli esiti della strategia e del

In una visione di insieme che tenga conto, altresì, delle previsioni della legge di Bilancio 2023<sup>86</sup>, non si può fare a meno di rilevare che il coordinamento e l'integrazione socio-sanitaria tra SSN e il sistema dei servizi sociali nelle Case di Comunità è allo stato più formale che sostanziale, sia dal punto di vista procedurale che organizzativo, al punto da risultare deficitario per quanto concerne la presa in carico della persona nella sua dimensione globale.

Il che conferma l'errore di impostazione e di metodo della Riforma nella concezione delle Case di Comunità che in effetti sono assimilabili più ad una infrastruttura sanitaria solo parzialmente integrata con i servizi sociali. Tale problematica affonda le sue radici nella mancanza di consapevolezza e di cultura<sup>87</sup> delle potenzialità e delle prerogative di tali strutture e del ruolo degli ETS che infatti sono esclusi dalla co-progettazione e co-programmazione sociale, educativa ed amministrativa degli interventi della Missione 6<sup>88</sup>.

Ciò testimonia la sostanziale separatezza tra l'assistenza sanitaria e quella sociale, rappresentando essa, altresì, un ostacolo alla realizzazione del modello di «Sanità di iniziativa» che postula il coinvolgimento di tali il cui apporto non può essere obliterato del tutto.

Ciò innanzitutto ai fini dell'analisi del contesto e del monitoraggio costante dei bisogni dei cittadini, e poi anche nell'esercizio dell'attività prestazionale e di servizio, previa individuazione dei bisogni, degli obiettivi e delle responsabilità.

---

modello sanitario e socio assistenziale di «prossimità» a danno soprattutto dei soggetti più fragili e vulnerabili e confermarsi così il *trend* negativo rappresentato dalla Corte dei Conti già nel Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica. G. MENEGUS, *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2021, p. 945 ss.

86 L. 29 dicembre 2022, n. 197. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025, in GU Serie Generale n.303 del 29 dicembre 2022 - Suppl. Ordinario n. 43.

87 R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, n.2/2022.

88 Di recente sul tema, A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, in *Federalismi.it*, n. 27/2022. R. PARISI, *Il coinvolgimento attivo del Terzo settore nella gestione dei servizi sociali, tra solidarietà e concorrenza*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2022; C. IAIONE, A. COIANTE, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in *Riv. Giur. Edil.*, fasc. 6/2022.

La compartecipazione di tali Enti oltre a conferire al modello organizzativo maggiore flessibilità, fa sì che essi acquisiscano il ruolo di coordinatori nei rapporti istituzionali<sup>89</sup>.

Così configurati essi, inoltre, potrebbero altresì rappresentare un antidoto efficace ai problemi creati dalle politiche di *spending review* che, specificamente in questo settore, hanno dato vita a un circolo vizioso innescando reazioni a catena: dalla differenziazione regionale nell'organizzazione della sanità, alle disuguaglianze nell'accesso alle prestazioni in contesti caratterizzati da elevati livelli di inefficienza ed inefficacia dei servizi offerti, a cui si è aggiunta la difficoltà di conciliare il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela della salute e dell'assistenza sociale.

Sotto tale profilo, la Riforma pone un problema della legittimazione del potere regolamentare e del rapporto tra questo e la potestà legislativa regionale.

In proposito, giova evidenziare che nonostante, come chiarito dalla Corte costituzionale<sup>90</sup>, gli *standards* dell'assistenza sanitaria territoriale costituiscano una specificazione dei LEA sul versante attuativo, la definizione degli stessi ad opera del D.M. in commento e la competenza esclusiva statale nella fissazione dei principi fondamentali a tutela della salute non di rado sconfinano anche nella disciplina degli aspetti organizzativi.

In particolare, i dubbi e incertezze si appuntano sull'oggetto del potere regolamentare e sulla inveterata tendenza della legislazione statale a disciplinare gli aspetti organizzativi dei variegati SSR.

Sotto tale profilo, sarebbe opportuno che lo Stato, come suggerito dal Consiglio di Stato<sup>91</sup>, si limitasse a fornire indicazioni sulle possibili soluzioni per l'assetto futuro. Ciò nonostante, si temono le conseguenze della Riforma

89 E. ROSSI, *Le "Case della comunità" del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2021) riprendendo le fila del ragionamento già avviato qualche anno prima [Id., *Il "sociosanitario": una scommessa incompiuta?*, nella stessa Rivista (n.2/2018). R. BALDUZZI, *La persona in tutte le politiche (sociali): una "scommessa" quasi compiuta?*, C. BOTTARI, *Verso una revisione sociale, giuridica e istituzionale del Servizio sanitario regionale*, ivi].

90 Cfr., Corte cost. 31 marzo 2006, n. 134; 10 maggio 2012, n. 115; 12 luglio 2017, n. 169; 1° giugno 2018, n. 117; 15 maggio 2020, n. 91; 24 aprile 2020, n. 72; 10 aprile 2020, n. 62.

91 Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 19 maggio 2022, n. 881.

configurandosi uno scenario in cui le Regioni guadagnano ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in materia di «Tutela della salute» e «Gestione del rischio clinico» relegando il Ministero ad un ruolo marginale di coordinamento dei sistemi sanitari regionali.

Invero, la questione è mal posta, anzitutto perché il problema della politica centralizzata o differenziata della *governance* sanitaria per il PNRR, è molto più articolato e complesso proiettandosi a un livello più alto che esula dai confini territoriali.

Di conseguenza, le crisi sistemiche e l'instabilità delle economie di mercato si "curano" attraverso politiche strutturali che danno vita a un'architettura istituzionale regionale, nazionale, internazionale e sovranazionale, espressione di un nuovo modello di Stato sociale e paradigma di amministrazione di risultato ispirato ai principi di solidarietà e leale collaborazione<sup>92</sup>.

In tale contesto, non vi è spazio per le rivendicazioni e gli egoismi nazionali, regionali o locali, ma soltanto per «una riconversione delle attività dell'amministrazione nel ridisegno di uno Stato sociale» e per la crescita del ruolo del G.A. come giudice dei diritti fondamentali<sup>93</sup>.

Da questo punto di vista, la Riforma si rivela miope e la disciplina incoerente con i principi di unità ed indivisibilità della Repubblica, di indirizzo politi-

---

92 Il riparto delle competenze intercetta il problema della individuazione del modello organizzativo che sia in grado di garantire l'accesso egualitario alla cura, all'assistenza e a servizi di qualità su tutto il territorio nazionale. Cfr., R. BALDUZZI, *Più "Europa" nella sanità italiana, più Italia nella sanità "europea"*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022. L. CHIEFFI, *Equità nella salute e nei servizi sanitari tra politiche europee e interventi statali*; D. MORANA, *Verso un diritto eurounitario alle cure? La direttiva sull'assistenza transfrontaliera tra obiettivi ambiziosi e debolezze competenziali dell'Unione*; M. CONSULICH, *Equità va cercando ... Il Servizio sanitario nazionale, strumento di attuazione dell'art. 32 Cost.*; F. PIZZOLATO, *La dimensione territoriale delle cure sanitarie: il principio costituzionale del pluralismo e le politiche comunitarie*, ivi. M. D'ARIENZO, *Dimensioni organizzative e modelli culturali in sanità: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Federalismi.it – Oss. Dir. San.* (13 gennaio 2021).

93 G. MONTEDORO, *Intervento dello Stato e trasformazioni dell'amministrazione*, in *www.giustizjainsieme.it*. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.3/2001, p. 601 ss; ID., *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, ivi, 2002, p. 27 ss.; ID., *Mezzo secolo di trasformazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I – *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi (muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco)*, Bologna, Bononia University Press, 2019, p. 4 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2020, spec. p. 141 ss.

co e amministrativo, incapace pertanto di realizzare l'armonizzazione delle competenze statali con quelle regionali e locali, e di ridurre le differenze territoriali nell'accesso ai servizi e alle prestazioni sanitarie e preservare il SSN<sup>94</sup>.

Ciò in quanto la «*governance* sanitaria per il PNRR» se non individua una materia a sé stante, e a prescindere dalla previsione del potere sostitutivo compatibilmente con l'art. 118 Cost. al fine di assicurare l'uniforme applicazione dei LEA<sup>95</sup>, certamente necessità di una forma di cooperazione rafforzata per l'attuazione degli interventi in materia di assistenza sanitaria.

E' questo, probabilmente, il punto più critico della Riforma su cui si gioca non solo il futuro dell'autonomia differenziata in materia sanitaria, ma anche delle altre riforme (organiche e/o incrementali) del comparto. Mi riferisco alla legge 8 marzo 2017, n. 24, cd. Legge Gelli-Bianco, una Riforma nata per colmare i vuoti legislativi e porre un freno alla libera interpretazione dei giudici che avevano contribuito alla diffusione del fenomeno della medicina difensiva, del «parassitismo giudiziario» e della eccessiva durata del processo, ma che si è rivelata inefficace per aver sottovalutato il ruolo fondamentale dell'organizzazione nella prevenzione del rischio clinico e quindi della responsabilità che costituisce il fulcro della disciplina<sup>96</sup>.

Ancora, una particolare menzione merita la legge 22 dicembre 2017, n. 219 la cui disciplina è particolarmente incentrata sugli aspetti definitivi, organizzativi e regolativi dei rapporti di cura, nonché sugli obblighi a carico dei medici, degli operatori sanitari e della struttura ospedaliera e dei diritti del paziente

---

<sup>94</sup> Tali considerazioni intercettano il problema dell'adattamento della riforma ai diversi modelli regionali e della necessaria armonizzazione degli stessi in base al nuovo Regolamento dell'assistenza sanitaria che riconosce un ruolo decisivo al Distretto (articolazione organizzativo-funzionale dell'Azienda Sanitaria) per la riorganizzazione dell'assistenza territoriale (G. TARLI BARBIERI, *Alcune osservazioni sparse sull'equità nella salute e nei servizi sanitari*, in *Corti Supreme e salute*, n.1/2022).

<sup>95</sup> Cfr., G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti Supreme e salute*, n. 2/2022, spec. §§ 8-9.

<sup>96</sup> R. BALDUZZI, *La medicina difensiva come ostacolo alla difesa della salute*, in R. LOMBARDI, F. SANTINI (a cura di), *Diritto e medicina. Un'ipotesi di dialogo tra le scienze*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 49 ss.

nell'ambito della relazione terapeutica «di cura e di fiducia» (art. 1) che in concreto il paziente può «esigere» dal medico «nel rispetto della dignità e della (sua) libertà» (art. 1, legge n. 833/1978) anche per il futuro e per il tempo in cui dovesse perdere la capacità di autodeterminarsi. Ad esse va riconosciuto il merito di aver arricchito il significato di un concetto poliedrico che sottende una declinazione nuova e più estesa del diritto alla salute e alla sicurezza delle cure che è parte integrante di esso da perseguirsi nell'interesse sia individuale che collettivo<sup>97</sup>. Entrambe, tuttavia, scontano sul piano attuativo l'assenza di una stretta integrazione della legislazione sanitaria e della conseguente disorganicità della disciplina e degli interventi, e in attesa della determinazione dei LEP/Liveas e dei relativi costi e fabbisogni *standard*, al fine di garantire una più equa ed efficiente allocazione delle risorse.

#### **4. Il d.m. 77/2022: ultimo atto di un percorso riformatore del SSN teso a ristabilire la «fondamentalità» del diritto alla salute? Considerazioni critiche e proposte di revisione**

Le suesposte considerazioni dimostrano che il D.M. 77/2022 rappresenta solo un punto di partenza per un nuovo approccio alla medicina territoriale in bilico tra garanzia del diritto fondamentale alla salute e all'assistenza e le differenziazioni regionali<sup>98</sup> di cui occorre tener conto all'atto dell'attivazione della Case della Comunità, rispetto alla quale c'è concretamente il rischio di espropriazione delle prerogative regionali e comunali nell'ipotesi in cui esse fossero inserite nell'ambito dei LEA, al pari di quanto già avvenuto per l'Ospedale di Comunità, con conseguente lesione della autonomia legislativa degli enti territoriali.

Ove ciò non si verifici, in un eventuale contenzioso, non è affatto escluso che anche in questo caso lo Stato, complice l'infelice formulazione dell'art. 117, co. 2, Cost., possa appigliarsi al carattere trasversale della materia per giu-

---

<sup>97</sup> Per un approfondimento di questi temi, sia consentito rinviare a M. D'ARIENZO, *Contributo allo studio dei modelli organizzativi in sanità*, cit., spec. Cap. 2, parte II.

<sup>98</sup> Cfr., Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

stificare il proprio operato dettato da esigenza di stabilizzazione e/o uniforme attuazione del servizio diretto a seconda dei casi a limitare, condizionare l'autonomia legislativa regionale e, talvolta, anche ad espropriare il potere legislativo regionale disciplinando autonomamente gli aspetti alla organizzazione del servizio, appropriandosi delle funzioni fondamentali che spettano alle Regioni e ai Comuni, benché per il passato essi non le abbiano adeguatamente valorizzate (in ogni caso tale circostanza non sarebbe di per sé sufficiente per giustificare il ritrasferimento delle stesse in capo allo Stato.

Inoltre, si paventa il rischio in precedenza accennato che, per le ragioni innanzi illustrate, l'assistenza sociale, che costituisce una componente essenziale del nuovo modello integrato, resti una mera aspettativa, in gran parte insoddisfatta e non una pretesa concretamente esigibile e tutelabile. Di conseguenza la Casa della Comunità finirebbe per essere considerata alla stregua di «un ambulatorio specialistico funzionale *di nuova generazione* in cui è *auspicabile* che i principi di innovazione terapeutica e digitale possano disegnare nuovi percorsi di prevenzione, diagnosi e cura, con un miglioramento organizzativo nei territori e perseguendo contemporaneamente la sostenibilità del sistema sanitario pubblico»<sup>99</sup>.

Tale considerazione evoca la spinosa questione del rapporto che intercorre tra le Case della Comunità e i MMG, una figura discussa da diversi punti di vista.

A partire dal trattamento giuridico ed economico degli stessi che tuttora costituisce una questione divisiva e decisiva da cui può dipendere il futuro assetto del SSN, ad oggi, l'assenza di una posizione univoca in un settore strategico della Sanità pubblica non ne ha impedito la trasformazione del ruolo e del rapporto tendente alla subordinazione, ma sprovvisto della relativa tutela (ferie, gravidanza, malattia, ecc.) corrispondente al ruolo unitario e con aggravio di spesa a carico dei Comuni, in assenza peraltro della previa individuazione e

---

<sup>99</sup> L'espressione è tratta da F. GELLI, N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, Paper della Fondazione n. 2/2021, in [www.fondazioneitaliansalute.org](http://www.fondazioneitaliansalute.org).

messa a disposizione dei fondi da cui attingere e al netto delle criticità dei d.m. 70/2015 e 71/2022 cui si è fatto innanzi riferimento.

A ben vedere, le sorti del processo di integrazione dei professionisti della salute nelle Case di Comunità e negli Ospedali di Comunità che è alla base dell'attuazione del nuovo modello integrato di assistenza territoriale dipende anche dalla risoluzione di tale spinosa questione, benché esso incontri anche l'ulteriore ostacolo rappresentato dalla penuria di personale socio-sanitario (medici specialisti, in particolare PLS, e gli stessi infermieri di comunità) da impiegare nelle strutture di prossimità. C'è, quindi, concretamente il rischio che l'assistenza sociale, che costituisce una componente essenziale del modello, resti una mera aspettativa, in gran parte insoddisfatta e non una pretesa concretamente esigibile e tutelabile dai titolari dagli aventi diritto. Ciò, a maggior ragione nel momento in cui sono in corso i lavori della Cabina di regia istituita ai sensi dell'art. 1, comma 793, legge 29 dicembre 2022, n. 197) per la definizione dei LEP universalmente economicamente sostenibili, i cui sforzi rischiano di essere in gran parte vanificati dai modelli organizzativi differenziati nelle diverse Regioni in cui l'integrazione tra i servizi sanitari e socio-assistenziali, nonostante l'evidente complementarità, resta una mera aspirazione, le cui prestazioni risultano distinte, le une rientranti nelle prestazioni socio-sanitarie di cui all'art. 3 *septies*, D.lgs. n. 502/1992, citato, le altre invece riconducibili alla funzione di «*progettazione e gestione del sistema locale ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini*» di competenza del Comune (ex art. 14, comma 27, D.L. 31 maggio 2010, n. 78). Il che, naturalmente, costituisce la prova evidente dello “scollamento” nella fase attuativa degli interventi programmati e pianificati, rispetto al quale anche la recente istituzione da parte di Federsanità, Anci e Agenas dell'«Osservatorio delle buone pratiche di integrazione sociosanitaria» e di un CTS in seno ad esso assume una valenza completamente diversa, complice anche una normativa e regolazione pregressa sottostante tutt'altro che performante da parte delle Regioni nella fase attuativa dei principi e delle prescrizioni della



legge 8 novembre 2000, n. 328. La generale sottovalutazione dell'assistenza sociale ha determinato l'emersione di nuove povertà anche in questo settore, con l'effetto di degradare la corrispondente pretesa sociale universale a una mera aspettativa, nonostante l'avvenuto aggiornamento dei LEA a distanza di ben 40 anni dall'istituzione del SSN e la recente ridefinizione dei LEPS ad opera della legge di bilancio per il 2022<sup>100</sup> che, contrariamente alle aspettative, hanno contribuito a creare un clima di confusione e disaggregazione circa la futura individuazione delle materie rientranti nei LEP e la determinazione dei costi e fabbisogni standard sostenibili in aggiunta alle difficoltà sollevate dalla previsione del finanziamento dei Liveas attraverso il fabbisogno standard quantitativo ex d.lgs. n. 216/2010 che ostacola l'attuazione di qualunque sinergia a livello locale. L'integrazione tra i segmenti dell'assistenza territoriale non può prescindere da un'attenta riflessione e maggiore attenzione alle istanze delle Regioni che reclamano, tra l'altro, l'allocatione di risorse aggiuntive, l'eliminazione dei tetti di spesa e il varo di un nuovo Patto per la salute, nonché dal riequilibrio dei rapporti tra sanità pubblica e privata a garanzia del buon funzionamento del SSN che postula, come visto, il recupero e la garanzia dei principi ispiratori della legge n. 833 del 1978 più volte citata<sup>101</sup>.

Infatti, a parere di chi scrive, l'attuale assetto gestorio del SSN, consolidatosi in seguito alla emersione e diffusione di significative storture sistemiche (carenza di personale, liste d'attesa, medicina difensiva, carenza della medicina territoriale e di prevenzione, ecc.) supportate da scelte regionali che privilegiavano l'efficienza e l'efficacia a scapito del buon andamento, ha il significato di una vera e propria rinuncia da parte dello Stato che sembra abbia così voluto definitivamente abdicare al suo ruolo di assicurare un servizio universale ed equo ai cittadini, riconoscendo al privato il potere di scelta in ordine alle presta-

---

<sup>100</sup> Legge 30 dicembre 2021 n. 234.

<sup>101</sup> Si stima che il 60% dei fondi pubblici in sanità è in mano ai privati per l'acquisto di servizi medici e farmacologici; più del 50% delle istituzioni sanitarie che si occupano di patologie croniche sono di proprietà privata, lo sono altresì più dell'80% delle istituzioni di assistenza sanitaria residenziale, così come molte strutture ospedaliere di eccellenza.

zioni da erogare in convenzione o privatamente che, in quanto slegato dai criteri di equità, proporzionalità, adeguatezza, può facilmente sconfinare in arbitrio. Il che, naturalmente, non deve indurre a ritenere superflua la compartecipazione del privato dal punto di vista economico, scientifico e tecnico-operativo, quanto regolamentarne la misura e le modalità dell'apporto nel nuovo SSN, come i fondi integrativi, in maniera da garantire equità e piena accessibilità al Servizio, innanzitutto destinando una quota significativa delle risorse alle strutture pubbliche e poi stabilendo, d'intesa con gli erogatori privati, quali prestazioni possono non essere erogate in convenzione, in base a un nuovo modello di *Governance* del SSN che investa più nella prevenzione e meno nella cura diffondendo la cultura della salute pubblica affidata alla cura di soggetti pubblici e privati, in un sistema in cui la tutela del bene pubblico si realizza anche attraverso il raggiungimento di obiettivi di efficienza ed efficacia.

Tale constatazione evoca, tra gli altri, un altro obiettivo del sistema che deve puntare alla valorizzazione degli attori e delle risorse umane, per esigenze di promozione e di tutela della salute a garanzia del buon andamento nel nuovo SSN.

Le difficoltà di reperire risorse e personale socio-sanitario acquiscono le tensioni tra il Governo centrale e le Regioni all'interno delle quali cresce in misura esponenziale il malcontento e la contrapposizione nei confronti di un modello di sanità divenuto ormai insostenibile da tutti i punti di vista. Nel frattempo l'incoerenza e l'intempestività dell'azione di governo e della P.A. nell'attuazione degli obiettivi delle politiche europee in materia alimenta i dubbi sul futuro della sanità pubblica e sugli esiti delle Riforme.

Nell'Anno europeo delle competenze e all'indomani della celebrazione della 75<sup>a</sup> edizione della Giornata Mondiale della Salute 2023 il 7 aprile u.s. dal tema *Health For All*, l'attuazione di un modello sanitario di prossimità incontra un ulteriore ostacolo rappresentato dalle ripetute aggressioni ai sanitari di pronto soccorso da parte di pazienti o loro familiari a cui il MMG o PLS abbia dia-

gnosticato telefonicamente una presunta malattia prescrivendo ricovero urgente al fine di eseguire ulteriori accertamenti ed esami. Trattasi di un fenomeno particolarmente diffuso, che in alcuni casi può portare alla sospensione del servizio, a cui si vorrebbe porre rimedio attraverso l'elaborazione di un articolato sistema di prevenzione, e interventi strutturali volti a riorganizzare il sistema delle cure a tutela della incolumità e del benessere dei pazienti e degli operatori sanitari, al fine di tutelare e restituire dignità agli esercenti le professioni sanitarie nell'esercizio della professione, nonché a fini deflattivi del contenzioso sanitario innescato da presunte vittime di episodi di malasantità.

Anche da questo punto di vista, l'incompletezza della disciplina produce effetti devastanti, incompatibili con la *ratio* e gli obiettivi della legislazione sanitaria che, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., responsabilizza gli operatori sanitari (dipendenti di una struttura pubblica o privata, liberi professionisti, ecc.) quali portatori di una posizione di garanzia derivante dall'«obbligo di protezione» nei confronti dei pazienti la cui salute sono chiamati a tutelare contro qualsiasi pericolo che ne minacci l'integrità, ma non si fa carico anche dei loro diritti e non li tutela dal pericolo e dalle conseguenze delle aggressioni. Emergono in tutta evidenza la miopia e la fallibilità del legislatore che si misurano con l'incapacità di offrire adeguate garanzie al personale sanitario costretto ad operare in una condizione di minorata difesa, rendono non più procrastinabile la ridefinizione del ruolo, delle funzioni e delle responsabilità dei sanitari. Il rapporto di strumentalità che intercorre tra la struttura e gli esercenti le professioni sanitarie e dell'attività disvela i *deficit* gestionali, organizzativi e strutturali imputabili all'Amministrazione sanitaria cui è ascrivibile la responsabilità per i danni occorsi ai sanitari nell'esecuzione di prestazioni complesse rese in violazione del dovere di buona amministrazione che in situazioni ordinarie e in tempi di crisi conforma non solo il modello di gestione dell'emergenza sanitaria, ma anche la responsabilità delle strutture per i danni occorsi al personale nell'esercizio della professione.

L'istituzione di un sistema di sorveglianza continua e l'adozione di azioni e interventi di prevenzione, controllo e monitoraggio del rischio potrebbero rappresentare la forma più efficace di protezione, a tutela dell'integrità del personale sanitario che probabilmente nel prossimo futuro sarà chiamato a svolgere trasversalmente compiti non meno complessi e defatiganti dal punto di vista fisico e psicologico. Ove così non fosse, l'inadempimento degli obblighi organizzativi potrebbe costituire un serio impedimento alla garanzia dei diritti sociali e un ostacolo al processo di riorganizzazione dei servizi sanitari e per il raggiungimento dei risultati attesi, decretando così l'insuccesso del modello organizzativo integrato che origina dalla crisi del ruolo e dell'attività dell'amministrazione sanitaria, dalla *mala gestio* dei rapporti con i professionisti che operano nella rete assistenziale territoriale e, infine, ma non certo per importanza, dalla incompiutezza della disciplina e del regime di imputazione della responsabilità.

Sul presupposto, quindi, che il perno intorno al quale ruota tutta la disciplina della responsabilità sanitaria era e resta il profilo dell'organizzazione in funzione della prevenzione dei rischi per la integrità psicofisica dei pazienti e del personale, è indispensabile un cambio di rotta immediato puntando sulla valorizzazione professionale, economica e di benessere organizzativo dei professionisti della salute nell'interesse del personale sanitario e dei pazienti, nonché, prioritariamente, all'aggiornamento e all'attuazione del Piano nazionale delle Cronicità nelle more della realizzazione del PNRR e del DM 77/2022 e in funzione del raggiungimento dell'obiettivo di alleggerire la pressione sugli ospedali che l'utilizzo improprio del pronto soccorso in assenza di urgenza o necessità di cure immediate rischia di allontanare progressivamente.

Sul fronte prettamente organizzativo e di attuazione del nuovo modello di sanità territoriale da esportare su tutto il territorio, si segnala una buona prassi invalsa nella Regione Campania ove in tutte le farmacie tramite l'App «Campania in salute» è possibile prenotare visite ed esami nelle ASL e negli ospedali di tutta la Regione per evitare lunghe attese, scegliendo la struttura più

vicina e meno affollata, che possa garantire prestazioni e controlli in tempi rapidi (entro 48 ore o nell'arco di 10 gg. a seconda dell'urgenza). Ancora su questa scia si colloca il Progetto della cd. Medicina della fragilità frutto dell'intesa raggiunta tra il Policlinico Tor Vergata, il Municipio VI Le Torri, l'Istituto di Medicina Solidale e la Fondazione *Migrantes* per offrire, senza necessità di prenotazione e con approccio multiculturale, assistenza medica, attività di promozione della salute, servizi di ascolto e orientamento per gli immigrati alla presenza di mediatori culturali e per fornire informazioni sulle procedure amministrative di regolarizzazione e per l'iscrizione al SSN. Un modello da replicare in altre Regioni, da uniformare su tutto il territorio nazionale e da cui prendere spunto soprattutto per l'indiscutibile capacità delle strutture ambulatoriali che offrono assistenza primaria prestando particolare attenzione alla prevenzione di creare un ponte con il territorio coinvolgendo le associazioni e gli enti che sono i soggetti più idonei ad intercettare i bisogni di salute delle persone fragili aiutandole a migliorare le condizioni di benessere, anche per fini di inclusione, integrazione e di tutela della loro dignità di persone, assicurando loro percorsi di continuità assistenziale in rete con i presidi sanitari territoriali e i PUA costituiti all'interno delle ASL.

Con tali iniziative, che ci si augura possano essere rieditate anche in altre realtà territoriali per essere annoverate tra *best practices* regionali, il nostro Paese entra nel vivo della fase esecutiva del Piano regionale per lo smaltimento dell'arretrato grazie a risorse economiche aggiuntive e con la collaborazione dei privati al fine di creare un sistema integrato di servizi che, ci si augura, possa al più presto andare a regime.

Sempre nell'ottica di garantire l'umanizzazione dell'assistenza e della cura dei pazienti, si dovrebbero introdurre stabilmente nell'organizzazione sanitaria di tutte le Regioni le cd. Culle per la vita per la tutela dei diritti della madre e del bambino, in una dimensione di tutela della salute umana matura ed estesa anche all'aspetto psicologico.

E' auspicabile che anche tale iniziativa possa serializzarsi e trovare una giusta promozione nelle inedite politiche della salute, cumulandosi con gli obiettivi di riforma europei, e che entrasse a far parte dei LEA, prestandosi a tal fine attenzione non al profilo economico-finanziario, bensì alla rilevanza assoluta che in questo frangente riveste il bene «vita». In quest'ottica, in attuazione del principio di cooperazione e leale collaborazione, e al fine di soddisfare quell'istanza di coordinamento manifestatasi già all'indomani della Riforma del 1978, si potrebbe creare un ponte tra la costituenda rete socio-sanitaria ed assistenziale, le Istituzioni, gli ETS, le associazioni territoriali, sfruttando gli interventi di riorganizzazione e risanamento infrastrutturale per elaborare un modello di prossimità e di gestione in grado di rispondere alle esigenze di tutela di questi soggetti, previa individuazione dei bisogni, della verifica della disponibilità e dell'approvvigionamento delle risorse e della programmazione degli interventi che compongono il complesso sistema dei servizi a livello territoriale.

Ed infatti un'attenta programmazione presuppone la capacità di «leggere» ed «interpretare» i cambiamenti in corso individuando i fattori chiave di creazione di valore riducendo gli sprechi e ottimizzando i processi.

In quest'ottica si colloca la decisione di alcuni Comuni di predisporre diverse forme di sostegno economico per le madri in difficoltà, nella consapevolezza che la povertà e l'emarginazione costituiscono le principali cause di abbandono, e da cui si potrebbe prendere spunto per formalizzare ulteriori proposte attributive di vantaggi e agevolazioni di varia natura, a cominciare dall'accesso ai servizi sanitari, sociali ed assistenziali espressione di diritti costituzionali irrinunciabili. Ciò a maggior ragione con riguardo ai soggetti più fragili nei cui confronti la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un terreno piuttosto mobile caratterizzato da una tradizione – non solo giuridica – per certi versi superficiale e incolta su questioni «che toccano l'uomo nella sua essenza»<sup>102</sup> in un sistema governato da regole «incomplete» impositive di modelli di

---

102 A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo il diritto costituzionale*, in *AIC*, n. 1/2011. ID., *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento*, in

comportamento che non di rado finiscono per negare l'esistenza di diritti che invece, in un sistema ordinamentale e socio-sanitario integrato, andrebbero riconosciuti e protetti in attuazione dei principi costituzionali e reinterpretati in chiave moderna.





MARIA CRISTINA CAVALLARO  
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università di Palermo  
*mariacristina.cavallaro@unipa.it*

## **LA CULTURA *NEL* PNRR E LA CULTURA *DEL* PNRR: ALCUNE CONSIDERAZIONI**

### **THE CULTURE *IN* PNRR AND THE CULTURE *OF* PNRR: SOME CONSIDERATIONS**

#### SINTESI

Muovendo da una riflessione di Peter Häberle, il lavoro intende considerare, da un lato, quali siano gli interventi in tema di cultura (con riguardo all'istruzione, alla ricerca e al patrimonio culturale) che vengono delineati *nel* Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e, per altro verso, se la cultura *del* PNRR, che risente del contesto nel quale il Piano è maturato, possa incidere sull'amministrazione della cosa pubblica, modificandone l'assetto tradizionale.

#### ABSTRACT

Moving from a reflection by Peter Häberle, the work intends to consider, on one hand, what are the interventions on culture (with regard to education, research and cultural heritage) that are outlined *in* the PNRR and, on the other hand, whether the culture *of* the PNRR, which is affected by the context in which the Plan has matured, can affect the administration of public affairs, changing the traditional vision.

PAROLE CHIAVE: Cultura, PNRR, amministrazione pubblica.

KEYWORDS: Culture, PNRR, public administration.

INDICE: 1. Premessa: la cultura nella Costituzione e la cultura della Costituzione per l'amministrazione della cosa pubblica – 2. Il PNRR e la 'missione' cultura – 3. La cultura del PNRR: un nuovo modo di amministrare?

#### **1. Premessa: la cultura *nella* Costituzione e la cultura *della* Costituzione per l'amministrazione della cosa pubblica**

Nel definire “il concetto di cultura”, Peter Häberle osserva che ci sono due modi di considerare la cultura nel suo rapporto con il diritto: si può proce-

dere dal diritto verso la cultura, e in tal caso si tratta di verificare gli ambiti principali nei quali «lo Stato instaura un legame particolarmente stretto con il mondo dello spirito», vale a dire la *formazione*, la *scienza* e l'*arte*; ovvero, seguendo il ragionamento inverso, si può guardare al modo in cui la cultura influenza il diritto e, in tal caso, il percorso si arricchisce di «definizioni sociologiche o antropologiche», per cui la cultura è *tradizione*, *innovazione* e *pluralismo*<sup>1</sup>.

L'idea che anima queste brevi riflessioni è quella di provare a seguire queste due direzioni del ragionamento sul modo in cui la cultura interagisce con il diritto, scegliendo come punto di osservazione il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Si vuole così indagare, per un verso, la cultura *nel* PNRR, ovvero in che modo il Piano incida sulla regolamentazione dei tre ambiti principali in cui il diritto prende in considerazione la cultura (che per Häberle, come si è visto, sono istruzione, ricerca e patrimonio culturale); e, in senso inverso, si tratta di ragionare sulla cultura *del* PNRR, per verificare, stavolta, se l'articolata struttura del PNRR, che risente del contesto culturale in cui il Piano è maturato, orienti verso nuovi modelli di amministrazione e dunque verso un diverso modo di amministrare la cosa pubblica, posto che «l'attività amministrativa si determina secondo principi organizzativi»<sup>2</sup>.

Prima di avviare il ragionamento, pare opportuno considerare il punto di partenza: e cioè la Carta costituzionale e la sua interazione con il concetto di cultura qui accolto.

Procedendo dai tre ambiti considerati, la Costituzione si occupa di arte, scienza e formazione rispettivamente agli art. 9, 33 e 34, oltre che agli art. 117 ss. con riferimento all'esercizio della potestà legislativa nelle materie considerate e alle rispettive funzioni amministrative.

---

1 P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, ed. it. J. Luther (a cura di) Roma, 2011, p. 19-20.

2 G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 129.

L'art. 9 si colloca tra i principi fondamentali e con la sua formulazione racchiude le due funzioni tipiche legate al patrimonio culturale: la tutela e la valorizzazione.

Nella sua prima parte, la disposizione prevede che «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica»<sup>3</sup>. In realtà, la formula fu inizialmente assai contestata: probabilmente perché avrebbe detto troppo, se intesa nel senso di un controllo pubblico sulle attività di promozione della cultura e della ricerca, o troppo poco, se intesa nel senso di un semplice auspicio per lo sviluppo delle stesse. Per questo, tra i primi commentatori la disposizione fu quasi ignorata, preferendosi il più seducente art. 33 Cost.: «l'arte e la scienza sono liberi e libero ne è l'insegnamento»<sup>4</sup>.

L'attenzione, in questa prima fase, è dedicata alla seconda parte dell'art. 9 Cost. secondo cui la Repubblica «tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione» e si avverte soprattutto la necessità di consolidare l'importanza della funzione di tutela del patrimonio culturale e della sua conservazione, accogliendo così la dimensione culturale delle leggi Bottai del 1939, le quali per circa sessant'anni hanno costituito il punto di riferimento per la disciplina del patrimonio culturale. Si consolida in tal modo la necessità di un intervento pubblico funzionale alla conservazione del patrimonio culturale del Paese, al fine di sottrarre la disciplina sulla circolazione dei beni culturali al regime negoziale privato, per garantire e preservare la ricchezza del patrimonio culturale della Nazione.

A partire dagli anni Novanta, la diversa lettura del primo comma dell'art. 9 Cost., quale disposizione che, oltre a predicare la necessità di una tutela del patrimonio culturale, introduce il principio della promozione della cultura come elemento utile per la crescita e lo sviluppo della società, consente anche

---

<sup>3</sup> Com'è noto, a seguito della recente riforma costituzionale, legge costituzionale, 11 febbraio 2022, n. 1, la norma oggi prevede altresì che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

<sup>4</sup> M.C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, n. 3-2018.

di avviare la riflessione sulla funzione di valorizzazione dei beni culturali, che assume rilevanza sotto due profili. Da un lato, perché si tende, attraverso di essa, al decentramento delle funzioni amministrative; dall'altro, perché consente anche di cogliere lo stretto legame tra la promozione della cultura e le attività economiche<sup>5</sup>.

Si arriva così alla riforma del Titolo V della Costituzione, che ripartisce la potestà legislativa tra Stato e regioni, secondo la distinzione tra tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, e accoglie il criterio della sussidiarietà verticale nel riparto di funzioni amministrative<sup>6</sup>. In tal modo, la funzione di valorizzazione è assegnata alle regioni, differenziandone così il contenuto rispetto alla tutela, che invece deve rimanere esclusivamente affidata allo Stato: a dire il vero, già nei lavori preparatori all'art. 9 Cost., si era profilata la necessità di assicurare la conservazione dell'eccezionale patrimonio artistico e storico del Paese "sotto la tutela dello Stato", che, come tale, doveva essere affidato alla cura e al controllo di un organo centrale, secondo criteri unitari e con esclusione delle regioni. Ma, poi la scelta è stata quella di preferire alla parola Stato, quale soggetto preposto

---

<sup>5</sup> Non a caso, nel d.lgs. n. 112 del 1998, la valorizzazione è qualificata come "ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione" (art. 148).

<sup>6</sup> L'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. dispone che rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato «la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», mentre ai sensi del successivo comma 3 «è oggetto di potestà concorrente con le regioni, la valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali». Il Codice del 2004, in linea con la distinzione tracciata nella nuova versione dell'art. 117 Cost., offre una definizione di tutela e valorizzazione. La tutela è il complesso delle attività e funzioni "dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione" (art. 3, cod. bb.cc.); la valorizzazione è quel complesso di attività e funzioni "dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura", (art. 6 cod. bb. cc.). La Corte costituzionale ha poi consentito di definire i contorni delle due funzioni. Nella sentenza n. 9 del 2004, la Corte individua, quali elementi distintivi tra le due tipologie di attività, da un lato, le potenzialità legate alla diffusione e promozione dell'opera (che ineriscono alla valorizzazione), dall'altro, gli interventi finalizzati alla conservazione della struttura (che concernono la tutela). Da qui, l'articolazione di una distinzione tra le due funzioni attraverso il rimando a una natura statica, tipica della tutela, in antitesi alla natura dinamica, propria della valorizzazione.

alla promozione della cultura, la più inclusiva nozione di Repubblica, che racchiude anche le regioni e le autonomie locali<sup>7</sup>.

L'altro ambito nel quale il diritto prende in considerazione la cultura è quello della scienza, e dunque della ricerca scientifica e tecnica. S'è già colta la connessione tra l'art. 9 e l'art. 33: la Repubblica promuove la cultura e la ricerca scientifica e garantisce la libertà dell'arte e della scienza.

Si tratta di una forma di libertà riconducibile alla più ampia libertà di manifestazione del pensiero, sia pure con alcuni distinguo di non poco conto: mentre, infatti, nel riconoscere il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.), come quello di professare liberamente la propria fede religiosa (art. 19 Cost.), la Costituzione pone il limite del rispetto del "buon costume", lo stesso limite non si rinviene nell'esercizio della libertà dell'arte e della scienza e del relativo insegnamento, giacché si è ritenuta prevalente la necessità di garantire la massima espressione dell'artista, come dello scienziato e del docente<sup>8</sup>.

Sul piano delle funzioni amministrative, la libertà di scienza trova corrispondenza e garanzia nell'autonomia universitaria, prevista dal sesto comma dello stesso art. 33 Cost.<sup>9</sup>. In ogni caso, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, pur riconoscendosi la stretta connessione tra la libertà della scienza e del relativo insegnamento e l'autonomia universitaria, va sottolineata la natura strumentale del principio di autonomia rispetto alla garanzia della libertà. Se cioè, non può dubitarsi dello stretto legame tra l'ultimo comma dell'art. 33 della Costituzione e il primo comma dello stesso articolo, nel senso che «l'autonomia universitaria, da intendersi nel suo senso più ampio, come autonomia normativa, didattica, scientifica, amministrativa, finanziaria e contabile», si pone «in diretta correlazione funzionale con la libertà di ricerca e di inse-

7 V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, p. 58.

8 In tal senso, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 230.

9 Per una ricostruzione storica del principio dell'autonomia universitaria e della sua progressiva affermazione nella legislazione ordinaria, si veda di recente A. MARRA, *Il concetto di autonomia universitaria tra sviluppi storici e prospettive*, in *Dir. Amm.*, 2023, p. 135.

gnamento», tuttavia, «ciò non significa che la libertà di ricerca e di insegnamento del docente universitario si identifichi con l'autonomia dell'istituzione cui egli appartiene»<sup>10</sup>.

Riguardo alla formazione, colpisce la bellezza semantica dell'art. 34 Cost., «la scuola è aperta a tutti», e la sua capacità di andare ben oltre il tempo in cui è stato scritto.

Molto brevemente, deve sottolinearsi la qualificazione del diritto allo studio come diritto sociale, espressamente accolta dalla Costituzione, laddove dispone al secondo comma dello stesso art. 34 l'obbligatorietà e la gratuità dei primi otto anni di istruzione. Nei lavori preparatori si avverte la tensione tra le diverse forze politiche circa la possibilità di riconoscere e ammettere scuole istituite da soggetti privati, accanto alla “scuola di Stato”: la sintesi si ritrova nelle parole di Vittorio Emanuele Orlando, il quale sottolinea come la riconosciuta possibilità di enti e privati di istituire «scuole e istituti di educazione» debba essere intesa come «quel libero concorso, quell'afflusso di altre forze spontanee che concorrono, quella emulazione tra due forme di scuola, affinché questa riesca nel miglior modo possibile»<sup>11</sup>.

Anche in materia di istruzione, la garanzia del diritto allo studio e all'istruzione è affidata alle istituzioni scolastiche e al principio autonomistico,

---

<sup>10</sup>Corte cost., 26 ottobre 1988, n. 1017. Il tema del rapporto tra la libertà di insegnamento del singolo docente e l'autonomia dell'istituzione alla quale questi appartiene interseca la nota questione dell'insegnamento in istituzioni formative religiose. Si pensi al c.d. caso Cordero, risolto dalla Corte costituzionale con la sentenza 29 dicembre 1972, n. 195, secondo cui «non contrasta con l'art. 33 la creazione di università libere, che possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate, ne deriva necessariamente che la libertà di insegnamento da parte dei singoli docenti - libertà pienamente garantita nelle università statali - incontra nel particolare ordinamento di siffatte università, limiti necessari a realizzarne le finalità». Più di recente si può ricordare il c.d. caso Lombardi Vallauri, rispetto al quale si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 20 ottobre 2009, che invece ha condannato lo Stato italiano al risarcimento del danno, sia pure su un piano puramente formale, contestando la violazione dell'art. 10 della Convenzione EDU, in quanto «la generica indicazione di opinioni personali del docente asseritamente in contrasto con l'insegnamento cattolico», che sta alla base del provvedimento di esclusione dall'insegnamento, «costituisce una non giustificata interferenza sul diritto a manifestare il proprio pensiero»; nonché la violazione dell'art. 6, comma 1, «giacché in sede giurisdizionale nessun giudice si è fatto realmente carico di esaminare nel merito le doglianze del ricorrente».

<sup>11</sup> V. E. ORLANDO, *Intervento del 23 aprile 1947 sull'art. 33*, in *nascitacostituzione.it*.

previsto come detto nell'art. 33 comma 6, che però si introduce solo a partire dagli anni Novanta. L'affermazione dell'autonomia scolastica, avvenuta con la legge n. 59 del 1997, consente altresì un completo sviluppo della legislazione per l'inclusione<sup>12</sup>, rispetto al quale deve sottolinearsi il ruolo determinante della giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>13</sup>.

Lo sviluppo così tratteggiato permette di guardare al contesto scolastico in diverso modo, come luogo nel quale favorire la crescita della persona e la sua realizzazione, in piena coerenza con la forza espressiva di una scuola «aperta a tutti». In un certo senso, nella formula dell'art. 34, e nel collegamento tra gli art. 33 e 34 con gli art. 2 e 3, è possibile cogliere parte di quel disegno culturale che ha ispirato la Costituzione.

Come ricordato da Calamandrei, «la scuola è un organo “costituzionale”», in quanto è un «organo vitale della democrazia come noi la concepiamo. Se si dovesse fare un paragone tra l'organismo costituzionale e l'organismo umano, si dovrebbe dire che la scuola corrisponde a quegli organi che nell'organismo umano hanno la funzione di creare il sangue»<sup>14</sup>. Si manifesta in tal modo l'idea della necessaria formazione libera degli individui, per consentirne il pieno sviluppo della personalità, che costituisce la necessaria premessa per la garanzia dei diritti inviolabili, sia come singolo, sia all'interno delle formazioni sociali. In una parola, si manifesta quell'idea di dignità della persona che, an-

---

12 G. DE LUCA, A. MORELLI, *Autonomia scolastica e organizzazione amministrativa dell'istruzione*, in L. Buscema, R. Caridà, G. De Luca, R. Di Maria, A. Morelli, V. Pupo, *Lineamenti di legislazione scolastica per l'inclusione*, Torino, 2022, p. 17 ss.

13 Cfr. Corte cost. n. 215 del 1987 (che poi avrebbe portato alla legge 104 del 1992), che proprio a proposito della necessità di assicurare gli insegnanti di sostegno per gli alunni con disabilità ha sviluppato quell'orientamento che ha consentito di superare la logica restrittiva dei diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati. Al riguardo si deve ricordare la sentenza n. 275 del 2016: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Da ciò si deduce «la natura incompressibile del diritto fondamentale del soggetto disabile allo studio vincola la discrezionalità anzitutto del legislatore e, in seconda battuta, della pubblica amministrazione, alla quale compete l'attuazione in concreto del diritto stesso». In argomento cfr. R. DI MARIA, *Il diritto interno*, in L. Buscema, R. Caridà, G. De Luca, R. Di Maria, A. Morelli, V. Pupo, *Lineamenti di legislazione scolastica per l'inclusione*, cit., p. 105 ss.

14 P. CALAMANDREI, *Discorso pronunciato al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale (ADSN)*, Roma 11 febbraio 1950.

che per Häberle rappresenta «la premessa culturale antropologica» su cui si costruisce lo Stato costituzionale, di cui la democrazia «è la conseguenza organizzativa»<sup>15</sup>.

A partire dalla dignità della persona, se si prova a invertire la rotta, per cogliere il respiro culturale che ha ispirato le disposizioni sinteticamente richiamate, è possibile rintracciare l'idea di *tradizione*, *innovazione* e *pluralismo* che secondo Häberle connota il concetto di cultura, nella sua interazione con il diritto: la tutela del patrimonio culturale come espressione di quella esigenza di preservarne e garantirne la funzione identitaria, nel rispetto della *tradizione*; la promozione della cultura e della ricerca scientifica, nella prospettiva dello sviluppo, anche economico, e dell'*innovazione*; la libertà dell'arte e dell'insegnamento, in una con l'autonomia delle istituzioni formative e con il riconoscimento di enti e privati di istituire «scuole e istituti di educazione», come espressione del *pluralismo* che permea l'intera Carta costituzionale.

## **2. Il PNRR e la 'missione' cultura**

Nel quadro di un accordo tra il Parlamento europeo e la presidenza di turno tedesca, è stato adottato il regolamento dell'UE, 2021/241, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza, nell'ambito del programma di interventi della *Next Generation EU*, per il rilancio dei Paesi dell'Unione colpiti dalla pandemia da COVID-19, a garanzia di una ripresa sostenibile e inclusiva che tende a promuovere la transizione verde e digitale. Sulla base delle indicazioni contenute nel Dispositivo e delle successive Linee guida, gli Stati membri hanno predisposto i rispettivi Piani, per individuare i settori di intervento, le misure da adottare e le risorse da impegnare, secondo un programma temporale da completarsi entro il 2026.

Il Piano italiano di ripresa e resilienza, definito dal Governo in carica<sup>16</sup> e illustrato al Parlamento nell'aprile del 2021, è stato presentato alla Commissio-

<sup>15</sup> P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, cit., p. 35.

<sup>16</sup> Una prima versione del Piano è stata dal Governo Conte *bis*, il 15 gennaio 2021, per poi essere ufficialmente presentata in Parlamento dal Governo Draghi, il 30 aprile 2021.



ne europea, che lo ha valutato nel giugno 2021, formulando una proposta di decisione per il Consiglio dell'Unione europea, che ha successivamente adottato la decisione di esecuzione il 13 luglio 2021, consentendo così di accedere alle risorse stanziare e avviare i programmi di intervento.

L'odierna struttura del PNRR prevede sei missioni di intervento, idealmente riconducibili ai sei pilastri individuati in sede europea quali linee strategiche di azione, che vanno dalla transizione verde, alla trasformazione digitale e alla crescita intelligente, dalla coesione sociale e territoriale, alla salute e resilienza. Completano il quadro di azione le c.d. priorità trasversali, ossia il complesso di interventi con cui provare a superare le disuguaglianze territoriali, generazionali e di genere, e un ampio programma di riforme ritenute necessarie per garantirne l'attuazione.

Le modalità di gestione e attuazione del Piano sono disciplinate dal d.l. n. 77 del 2021, con un'articolazione che sul piano formale investe i diversi livelli di governo, ma appare chiaro come la responsabilità complessiva del programma di interventi da realizzare si concentri sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>17</sup>.

A partire da questa struttura, così sinteticamente riferita, è possibile svolgere alcune considerazioni nelle due direzioni del ragionamento, sulla relazione tra cultura e diritto, di cui s'è detto in apertura. Così facendo, lungo la direzione che conduce dal diritto verso la cultura, occorre verificare quale sia l'intervento immaginato dal PNRR negli ambiti riconducibili al concetto di cultura; percorrendo la direzione inversa, si tratta di cogliere il respiro culturale del Piano, che

---

17 M. C. CAVALLARO, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, in questa *Rivista*, n. 2-2021. In estrema sintesi, è istituita una Cabina di regia, che esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR (art. 2) e alle cui sedute partecipano i Ministri di volta in volta competenti in relazione alle decisioni da assumere, nonché il Presidente della Conferenza Stato Regioni, ovvero il Presidente dell'Anci, a seconda che siano trattate questioni di rilevanza regionale o locale. Il monitoraggio e la rendicontazione del Piano sono affidati al Servizio centrale per il PNRR, istituito presso la Ragioneria generale dello Stato, che rappresenta il punto di contatto nazionale con la Commissione europea per l'attuazione del Piano (art. 6); mentre il controllo sulla gestione e sull'impiego delle risorse è affidato alla Corte dei Conti, che con cadenza semestrale riferisce al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR (art. 7, comma 7).

ne ha ispirato la redazione, per valutare se ci siano i presupposti per ragionare su un nuovo modello di amministrazione, ovvero su un nuovo modo di amministrare.

Procedendo nel senso indicato, tra le missioni che costituiscono gli assi prioritari di intervento, è possibile cogliere, sia pure con qualche forzatura, quegli ambiti nei quali il diritto interferisce con il concetto di cultura (e cioè l'arte, la formazione e la ricerca) e al contempo percepire sin da subito un'impronta "culturale" che certamente non è, e d'altra parte non potrebbe essere, quella che ha ispirato i Padri costituenti.

In effetti, mentre all'ambito dell'*istruzione* e della *ricerca* è dedicata la Missione 4 (con una declinazione di obiettivi generali che puntano a «rafforzare le condizioni per lo sviluppo di una economia ad alta intensità di conoscenza, di competitività e di resilienza»), l'ambito relativo all'*arte* non è oggetto di una specifica linea di intervento del PNRR: in termini generali, il termine *cultura* lo troviamo inserito nella Missione 1, dedicata a digitalizzazione, innovazione e competitività e che si chiude appunto con *cultura* e turismo.

Più nel dettaglio, le risorse destinate alla *cultura*, che finanziano gli investimenti presenti nella Missione 1 (Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo), sono stanziati, a seconda dei casi, allo Stato (e, più specificamente, al Ministero della cultura), agli enti locali e alle imprese, e sono finalizzate agli interventi declinati nell'ambito della Componente 3 (Turismo e cultura) del Piano. Si tratta di misure improntate a una filosofia di «sostenibilità ambientale e di forte digitalizzazione», nonché di cooperazione fra attori pubblici e privati, che hanno come obiettivo quello di migliorare «l'accessibilità dei siti culturali» (ad esempio, attraverso la rimozione delle barriere architettoniche), al fine di assicurare una più ampia partecipazione alla cultura. Tra gli obiettivi della componente 3, si colloca anche il potenziamento dell'efficienza energetica delle sedi culturali (come cinema, teatri, musei e luoghi della cultura) e la coe-

sione territoriale<sup>18</sup>. Si sottolinea inoltre la necessità di «promuovere gli investimenti privati per favorire la ripresa economica»<sup>19</sup>.

Sul punto è possibile svolgere una prima riflessione.

Come s'è detto, con riferimento alle due funzioni tipiche legate alla gestione del patrimonio culturale, mentre la “tutela” implica per lo più una serie di interventi finalizzati alla conservazione del bene, e si lega al secondo comma dell'art. 9 Cost., secondo cui la Repubblica «tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», riguardo alla funzione della “valorizzazione”, strettamente legata a quell'idea di promozione della cultura contenuta nel primo comma dell'art. 9, si può ritenere che essa ammetta un duplice obiettivo. Fermo restando che, al pari della tutela, tende ad assicurare la fruizione collettiva del bene culturale, i destinatari di tale fruizione possono beneficiarne direttamente per la soddisfazione di un bisogno personale; ovvero, possono beneficiarne indirettamente, in qualità di operatori economici, che agiscono in un determinato territorio, in termini di sviluppo delle economie circostanti.

D'altra parte, nel suo significato letterale, la valorizzazione consiste nella ‘messa in valore’ del bene e, in questa prospettiva, essa può produrre un effetto attrattivo, soprattutto per i privati, attraverso una serie di iniziative volte a incentivare gli investimenti. Il che conduce a un'altra riflessione, legata a quella tendenza, ormai evidente, che considera i beni culturali quali siti a forte vocazione turistica, secondo un disegno che risulta evidente anche nelle pronunce

---

18 PNRR, Missione 1 Componente 3 - Turismo e cultura 4.0. La presente componente del piano italiano per la ripresa e la resilienza è intesa al rilancio di due settori colpiti pesantemente dalla crisi della pandemia di COVID-19: cultura e turismo.

19 Tra gli strumenti attraverso i quali si immagina di valorizzare il patrimonio culturale c'è sicuramente il partenariato pubblico privato, la cui disciplina è contenuta nel Codice dei contratti. Anche il nuovo codice (emanato con d.lgs. n. 36 del 2023) fa riferimento a una nozione generale, che trova la propria regolamentazione all'art. 174, e le forme speciali previste nel settore dei beni culturali, dall'art. 134. Secondo un'opinione prospettata dal Ministero dei beni culturali, e sostenuta da una significativa dottrina, sia pure in un tempo antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, il partenariato previsto nel settore dei beni culturali rappresenterebbe una tipologia di partenariato “del tutto speciale e molto diversa” dai partenariati disciplinati in termini generali dallo stesso Codice. In argomento v. G. SCIULLO, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, in *Aedon* n. 3-2021.

della Corte costituzionale e che collega alla valorizzazione dei beni culturali l'attività volta ad ampliare l'offerta turistica di una determinata regione<sup>20</sup>.

La struttura del PNRR e la sua logica intrinseca sembrano abbracciare il binomio tra turismo e cultura che ha caratterizzato l'evoluzione normativa appena evocata. Così, ad esempio, la valorizzazione dei beni culturali può anche agganciarsi alla promozione dei piccoli siti e dei borghi e alla rigenerazione urbana, che costituiscono alcune delle misure più significative contenute nella Missione 1, dedicata, come visto, anche alla cultura e al turismo. Come pure non può non prendersi in considerazione l'attenzione dedicata al processo di digitalizzazione. Oggi l'immaterialità del bene culturale, ossia la sua immagine, si deve misurare con la possibilità che questa sia riprodotta e, grazie alle moderne tecnologie, circoli secondo modalità quasi incontrollabili: le quali necessitano di tutela e di regolamentazione, anche perché potenzialmente idonee a generare nuove modalità di sviluppo economico, connesse alla gestione e valorizzazione dei beni culturali<sup>21</sup>.

La Missione 4 è interamente dedicata all'istruzione e alla ricerca.

Muovendo da una ricognizione dello stato dell'arte, che vede il nostro Paese «penalizzato rispetto al *benchmark* europeo», sia per l'abbandono dei percorsi di studio, sia per una inadeguata corrispondenza tra domanda e offerta di lavoro, la Missione si propone l'obiettivo di intervenire in modo mirato lungo l'intero percorso di istruzione, dalla scuola primaria all'università. Ciò al fine di «arricchire la scuola obbligatoria e media superiore con l'insegnamento delle abilità fondamentali e delle conoscenze applicative coerenti con le sfide che la modernità pone» e, al contempo, al fine di «consentire ai percorsi universitari una maggiore flessibilità e permettere la specializzazione degli studenti in modo più graduale»<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte cost. 20 aprile 2012, n. 80.

<sup>21</sup> Cfr. P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, in questa *Rivista*, n. 1-2020.

<sup>22</sup> PNRR, Missione 4.

Se, in termini generali, nel rispetto delle priorità trasversali che qualificano l'intero programma di interventi, la prospettiva assunta è quella di superare il divario Nord-Sud, oltre che favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro e concorrere alla parità di genere, il *fil rouge* che percorre la Missione 4 sembra più concretamente rinvenibile nella esigenza di creare un ponte di collegamento tra la formazione, a tutti i livelli, e il mondo del lavoro, per riequilibrare quel divario tra domanda e offerta di lavoro che penalizza il Paese.

Con riguardo all'istruzione, sul presupposto che uno slancio significativo nel potenziamento del tessuto imprenditoriale e produttivo passi attraverso l'innovazione digitale, si sottolinea l'importanza della riforma degli istituti tecnici, per «colmare le distanze tra istruzione e lavoro, anche grazie alla riforma e allo sviluppo del sistema di formazione professionale terziaria», che sia capace di orientare il modello di istruzione tecnica e professionale verso l'innovazione digitale<sup>23</sup>. Al contempo, si rende necessario assicurare il potenziamento delle competenze tecnologiche e linguistiche già nella fase della formazione primaria e secondaria, al fine di dotare gli studenti di una preparazione che ne sviluppi le capacità digitali. E si rende altresì necessario un miglioramento delle competenze del corpo docente in servizio, a partire dal suo reclutamento<sup>24</sup>.

Sul versante della ricerca, nell'ottica di un'ampia sinergia tra ricerca scientifica e impresa che si manifesta in una serie di investimenti volti a «potenziare le attività di ricerca di base e industriale»<sup>25</sup>, l'intento è anche quello di rafforzare «la propensione all'innovazione del mondo produttivo, incoraggiando un uso sistemico dei risultati della ricerca e favorendo la creazione di reti di collaborazioni internazionali»<sup>26</sup>. Inoltre, si vuole «aumentare l'efficacia delle azioni delle Amministrazioni pubbliche», attraverso l'istituzione di dottorati di ricerca inno-

23 PNRR, Missione 4, M4C1.1 Miglioramento qualitativo e ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione, Riforma 1.1: Riforma degli istituti tecnici e professionali. Sull'argomento cfr. M. COCCONI, *Le riforme dell'istruzione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2022.

24 PNRR, Missione 4, M4C1.2 Miglioramento dei processi di reclutamento e di formazione degli insegnanti.

25 PNRR, Missione 4, M4C2.1 Rafforzamento della ricerca e diffusione di modelli innovativi per la ricerca di base e applicata condotta in sinergia tra università e imprese.

vativi, pensati per accrescere le capacità e le competenze delle amministrazioni, attraverso l'immissione in servizio di «capitale umano» altamente qualificato<sup>27</sup>.

Volendo provare a ripercorrere in senso inverso il ragionamento condotto, per valutare quale sia lo stimolo culturale che ha ispirato la progettazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, pare evidente che, esclusa ogni “premissa antropologica” sull'idea di dignità della persona, il motivo dominante, che d'altra parte ne costituisce anche l'obiettivo principale, sia quello del rilancio economico del sistema produttivo del Paese, nel segno dell'innovazione e della competitività. Obiettivo piuttosto ambizioso, se si considera il ridotto arco temporale di intervento, che, come detto, dovrà esaurirsi del 2026.

Ora, senza voler esprimere una valutazione necessariamente negativa sulla struttura e articolazione del Piano, nonché sulla sua *mission* e sulla sua effettiva adeguatezza rispetto agli obiettivi in esso raffigurati, non c'è dubbio che la mobilitazione di risorse che il Piano impegna e la vastità degli interventi che esso traccia hanno un impatto considerevole su tutta l'attività delle amministrazioni pubbliche, non solo con riguardo alle funzioni dedicate alla cultura e ai suoi ambiti di interrelazione con il diritto, oggetto di queste brevi riflessioni.

### **3. La cultura *del* PNRR: un nuovo modo di amministrare?**

Qualche ulteriore considerazione può essere utile per comprendere il senso del ragionamento sviluppato.

Sin dalle prime fasi di avvio del PNRR è apparso chiaro ai diversi commentatori che a fronte di una indiscutibile estensione di opportunità che il Piano mette in campo, ci siano anche dei limiti alle possibilità di attuazione degli interventi. Al tempo stesso, è altrettanto evidente che ci siano degli oggettivi elementi critici (che, forse, sono legati alla cultura *del* Piano e al contesto nel quale esso è maturato), i quali ormai caratterizzano in modo significativo l'azio-

<sup>26</sup> PNRR, Missione 4, M4C2.2 Sostegno ai processi di innovazione e trasferimento tecnologico.

<sup>27</sup> PNRR, Missione 4, M4C1.4 Riforma e potenziamento dei dottorati, Investimento 4.1: Estensione del numero di dottorati di ricerca e dottorati innovativi per la Pubblica Amministrazione e il patrimonio culturale.

ne amministrativa, al punto da immaginare un cambio di prospettiva dell'intervento pubblico, che potrebbe accompagnarsi a un mutamento dei modelli organizzativi.

Con riguardo alle difficoltà nella gestione del Piano, che rischiano di tradursi in altrettanti limiti alle svariate occasioni di rilancio economico del Paese che attraverso il PNRR si intendono perseguire, alcune, sicuramente, riguardano in termini più specifici i profili legati agli ambiti della cultura sinora considerati. Altre, invece, hanno carattere generale, e riguardano tutte le misure del PNRR: ed è con riferimento a queste che è possibile ipotizzare un nuovo modello organizzativo e di azione per l'amministrazione pubblica, che lentamente e progressivamente si sta imponendo.

Riguardo ai più specifici ambiti della cultura, alcune considerazioni sono state in parte abbozzate.

S'è già detto dell'esplicito accostamento tra turismo e cultura che è presente nel Piano e che rischia di accelerare un processo di mercificazione del bene culturale, inadatto a garantirne le finalità proprie, legate alla promozione della cultura e dunque allo sviluppo culturale, prima ancora che economico, di un territorio. E quindi, prima di tutto, occorrerebbe acquistare quella consapevolezza *sociale* dell'importanza del patrimonio culturale, attraverso la quale passa la possibilità di valorizzare, e dunque mettere a frutto, le potenzialità economiche dei beni culturali.

Il patrimonio culturale nel suo complesso, come la singola opera d'arte, occupano uno spazio e sono testimoni di un tempo, consentendoci di entrare in relazione con il nostro passato e con altre comunità, del passato e del presente. In tal senso, la vocazione turistica dei siti culturali e la fruizione del bene devono essere pensate nella prospettiva di promuoverne le potenzialità culturali, che costituiscono l'essenza della funzione di valorizzazione e guardano alla prospettiva relazionale che il bene può sviluppare.

D'altra parte, è evidente che, se si accoglie l'idea di una capacità (o di una forza) relazionale del bene culturale, questo ha indubbiamente, come insegnato da Giannini<sup>28</sup>, una sua fisicità e materialità intrinseca, ma riveste soprattutto una valenza immateriale che è legata al suo messaggio culturale, alla sua estetica, al suo legame con un territorio e con una comunità: e dunque si presta a generare quella identità culturale collettiva che lega nello spazio e nel tempo<sup>29</sup>. Ma non pare che il Piano affronti questi profili, se non nella misura in cui spinge nella direzione della digitalizzazione del bene culturale, che ne potrebbe favorire la circolazione virtuale e dunque la diffusione del messaggio educativo.

Riguardo alla ricerca e all'istruzione, come s'è già osservato, la ricchezza delle misure e la visione complessiva che ne caratterizza l'impostazione scontano la ridotta dimensione temporale degli interventi da attuare, che renderà pressoché impossibile completare (ma forse anche avviare) il ciclo di riforme alle quali si rinvia. Con il rischio di realizzare nell'immediatezza interventi di scarso impatto, come ad esempio il «consolidamento e la generalizzazione dei test PISA/INVALSI» per ridurre il divario territoriale Nord-Sud nella scuola secondaria<sup>30</sup>, rinunciando alla prospettiva di sistema, che è quella, dichiarata nella stessa descrizione della Missione 4, di intervenire in tutti i gradi di istru-

---

28 M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1, ora in *Scritti*, Milano, 2005, vol. VI, p. 1003 ss.

29 Di identità culturale collettiva parla anche il Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 5/2023, che coglie tale possibilità nel «combinato disposto dell'art. 7-bis, comma 3, lett. d), dell'art. 18, comma 1, dell'art. 20, comma 1, dell'art. 21, comma 4 e dell'art. 29, comma 2, Codice dei beni culturali e del paesaggio», per cui il vincolo di destinazione d'uso può essere legittimamente imposto ogni volta che il provvedimento risulti funzionale alla conservazione dell'integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici, necessitando un'adeguata motivazione dalla quale emerga la necessità di conservare l'integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale di cui sia espressione, prevenendo situazioni di rischio»: per tale ragione si ammette la legittimità di un vincolo di destinazione d'uso sul bene culturale per la «tutela di beni che sono espressione di identità culturale collettiva non solo per assicurarne la conservazione materiale, ma anche per consentire la conservazione nel tempo della manifestazione culturale immateriale di cui essi sono espressione».

30 PNRR, Misura 4, M4C1.1 Miglioramento qualitativo e ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione, Investimento 1.4: Intervento straordinario finalizzato alla riduzione dei divari territoriali nei cicli I e II della scuola secondaria di secondo grado.



zione, con investimenti «materiali ed immateriali», per cercare di colmarne o provare a ridurre le carenze strutturali.

E non è dissimile il quadro complessivo con riferimento alla ricerca. Qui, l'immissione massiccia e massiva di risorse per potenziare la sinergia tra ricerca e impresa trova la gran parte delle amministrazioni coinvolte (cioè le Università) impreparate a gestire la complessità dei progetti: ma si tratta di una circostanza che, su più ampia scala, può essere riferita alla condizione nella quale si trovano tutte (o quasi tutte) le amministrazioni pubbliche di fronte agli obiettivi imposti dal PNRR.

Altre considerazioni di carattere generale consentono di delineare lo sfondo culturale che ha ispirato il PNRR e che tende a modificare i tradizionali assetti dell'amministrazione pubblica, pur in assenza di un preciso e puntuale intervento legislativo di riforma, con evidente arretramento, se non violazione, del principio di legalità.

Innanzitutto, va detto della natura progettuale degli interventi, che troppo spesso non tiene in considerazione le necessità e i bisogni effettivi di cui deve farsi carico l'amministrazione e, cioè, in una parola, l'interesse pubblico da tutelare, alterando in tal modo il tradizionale modo di amministrare.

L'intervento su progetto, fenomeno ormai diffuso nell'esperienza delle amministrazioni pubbliche, implica una valutazione diversa che il soggetto pubblico è chiamato a compiere in ordine all'azione da svolgere: che non guarda a una esigenza specifica dell'amministrazione, da tradursi in interesse pubblico da perseguire, ma coglie un'opportunità di sviluppo nell'aderire a un progetto ideato e confezionato in altra sede. Esempio tipico è l'adesione ai bandi di matrice europea, secondo un modello che il PNRR tende a replicare: qui si individuano a monte degli ambiti di investimento, rispetto ai quali le amministrazioni hanno limitate possibilità di intervenire (per meglio adeguare gli obiettivi individuati nei bandi, alle esigenze del territorio amministrato) e si invitano i soggetti

interessati a formulare delle proposte progettuali, le quali, laddove verranno ritenute meritevoli, potranno essere finanziate.

Si tratta di un approccio inverso, rispetto a quello tradizionale: l'amministrazione non individua le politiche da attuare, in ragione delle esigenze della comunità territoriale amministrata e, dunque, dell'interesse pubblico da perseguire, stanziando i fondi necessari per assicurare l'intervento; al contrario, si orienta nella cura di un interesse e cerca di cogliere le necessità del territorio, in funzione delle opportunità di finanziamento, contenute nei bandi di diversa provenienza. Così, per fare un esempio, un'amministrazione comunale, pur avendo la necessità di intervenire sulla stabilità degli edifici scolastici, si ritrova a dover progettare e poi realizzare l'ampliamento delle piste ciclabili.

Con evidenti elementi di contraddizione.

Da un lato, in contrasto con il principio di sussidiarietà, c'è una marcata distanza tra il soggetto che realizza il bando, e individua in tal modo gli ambiti di intervento (senza tuttavia conoscere le esigenze e i bisogni delle singole comunità territoriali), e il soggetto che poi concretamente deve intervenire. Questi è indotto a "ideare" un progetto per ottenere il finanziamento e agire in favore del territorio da amministrare, ma subisce in realtà la scelta di preferire un settore di intervento (magari non prioritario in quel contesto territoriale), dovendo invece trascurarne altri, (che al contrario avrebbero necessitato di una risposta immediata). E, beninteso, si tratta di una distanza che si produce a più livelli, potendo riguardare l'ipotesi dei bandi europei, rispetto ai quali aderiscono i nostri enti territoriali, ma anche quella, che è propria del PNRR, dei bandi ministeriali o regionali, rivolti alle amministrazioni locali.

Dall'altro lato, c'è la ristrettezza temporale che il finanziamento su progetto comporta, poiché le risorse sono vincolate a un dato arco temporale, con la conseguenza che manca quel respiro lungo che le politiche pubbliche dovrebbero assicurare: il che può non costituire un problema con riguardo alle ipotesi in cui l'intervento pubblico abbia ad oggetto la realizzazione o la manu-

tenzione di un'opera pubblica, ma può avere effetti distorsivi nel caso in cui riguardi i servizi da erogare, come nel caso dei servizi assistenziali dei comuni, spesso affidati all'esterno e su progetto. Ovvero, come nel caso del PNRR che, riguardo all'istruzione, rimanda a una serie di riforme ordinamentali difficilmente realizzabili nel giro di pochi anni.

Ne consegue una forte centralizzazione delle decisioni, con il rischio di un superamento del ruolo delle regioni e delle autonomie locali: che comporta, come detto, un sacrificio del principio di sussidiarietà verticale, ma in parte anche della sussidiarietà orizzontale, da intendersi come uno dei possibili criteri in cui si struttura la relazione tra le istituzioni pubbliche e la società e dunque come espressione di quel "pluralismo sociale", nel quale si riconosce la nostra Costituzione<sup>31</sup>. E, naturalmente, anche del principio del decentramento, con le implicazioni che esso incorpora<sup>32</sup>.

D'altra parte, nella stessa idea di un Piano *Nazionale* di Ripresa e Resilienza, c'è la volontà, tradotta poi nel d.l. n. 77 del 2021, di accentrare la gestione delle misure di intervento. Senza contare che, come osservato da più parti, nonostante l'incidenza degli obiettivi del Piano rispetto all'assetto delle funzioni e competenze delle amministrazioni territoriali, l'apporto di queste ultime è stato marginale (limitandosi inizialmente a una consultazione informale), per poi investire concretamente le strutture decentrate, e in particolare i comuni, dell'onere della implementazione degli obiettivi. Ed è qui che si profila il rischio di un mutamento dei modelli organizzativi, che avviene di fatto, e non in punto di diritto, con uno svuotamento delle competenze e dei ruoli degli enti decentrati, in favore del soggetto centrale.

In altri termini, non può non rilevarsi come gli impegni previsti nel Piano, pur avendo un impatto significativo sull'assetto generale dell'amministrazione, siano stati assunti in assenza di un percorso lineare, partecipato e condiviso,

---

31 G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, II, 2005, p. 1752.

32 Su cui si veda L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.

che tenesse in adeguata considerazione i principi di decentramento e di sussidiarietà, anch'essi espressione e garanzia, a un tempo, dell'idea di sovranità che attraversa la Costituzione, per essere poi riversati sui diversi apparati dell'amministrazione centrale e periferica (e da questi passivamente accettati), orientandone la direzione lungo una traiettoria predefinita.

Tutto ciò conduce a svolgere un'ultima considerazione, sul parallelo tra Costituzione e PNRR, sia pure limitato al tentativo di cogliere i segni della profonda trasformazione nell'interrelazione tra diritto e cultura.

Il parallelo è provocatorio e per questo merita un chiarimento.

In primo luogo, perché si accostano due modelli che nulla hanno in comune e, dunque, metodologicamente l'accostamento sarebbe errato, se non fosse finalizzato a provocare una riflessione sul diverso modo di interpretare e ordinare la società che i due modelli presuppongono.

Da un lato, la Carta costituzionale: norma fondamentale, fonte e fondamento dei poteri dello Stato, frutto di un compromesso, in reazione verso il passato, ma anche manifesto di diritti e libertà, per la costruzione di un nuovo modello di convivenza; dall'altro lato, il PNRR: atto di natura programmatica, che è il prodotto di una decisione maturata in sede europea, adottato senza un passaggio parlamentare, rispetto al quale l'apporto delle regioni e delle autonomie locali è stato pressoché irrilevante, ma che tuttavia è destinato a segnare il sistema di governo delle amministrazioni, introducendo un mutamento delle forme di attività e dei modelli di organizzazione, al di fuori del perimetro segnato dal principio di legalità.

Con riguardo agli ambiti di intervento nella cultura e al disegno culturale che li anima, le differenze sono ancora più marcate, perché è ben chiara la "premessa culturale antropologica" della dignità della persona che innerva la Carta costituzionale, in contrapposizione allo spirito della competitività e dell'innovazione, che permea il progetto contenuto nel Piano.

Eppure, nella loro diversità, senza alcuna intenzione di forzare un parallelo che ha il solo intento di sollecitare una suggestione, i due atti sono il segno della cultura del Paese e del tempo al quale appartengono.

E, qui, l'accostamento proposto svela il suo intento provocatorio.

Perché non c'è dubbio che tutta l'impostazione del Piano, dall'individuazione delle Missioni, alla declinazione degli obiettivi, alla definizione del percorso che ha condotto alla sua definizione, sia il segno di un pensiero che nell'ultimo ventennio è divenuto dominante e, attraverso i noti processi di privatizzazione degli apparati amministrativi, ha progressivamente ridotto l'ampiezza dell'intervento pubblico sul sistema produttivo, imponendo non solo una sostanziale revisione della nostra Costituzione economica<sup>33</sup>, ma anche un evidente sacrificio delle prestazioni erogate dalle amministrazioni e funzionali ad assicurare il godimento e la garanzia dei diritti.

Cosicché, alla consapevolezza del disegno culturale dei Padri costituenti, si contrappone quella che, per Umberto Eco, è la "buona forma", ossia «il frutto di una passiva acquisizione di *standard* di comprensione e giudizio», una sorta di persuasione occulta, «nella cui ridondanza l'uomo medio si riposa senza sforzo»<sup>34</sup>.

---

33 L.R. PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in questa *Rivista*, n. 2-2021. Sulla nozione di costituzione economica, S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2007.

34 U. ECO, *Opera aperta*, Milano, 1962, p. 140.



LEONARDO PACE

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre  
*leonardo.pace@uniroma3.it*

**AUTOMATICITÀ VERSUS FLESSIBILITÀ DEGLI EFFETTI  
NORMATIVI ANCHE ALLA LUCE DELLA  
GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

**AUTOMATICITY VERSUS FLEXIBILITY OF REGULATORY  
EFFECTS ALSO IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL  
JURISPRUDENCE**

SINTESI

Il lavoro analizza la figura degli automatismi legislativi e cerca di riflettere sui presupposti teorici e sulle conseguenze sistematiche di tale figura, ossia l'interazione fra previsione astratta e caso concreto e la necessaria (nonché conseguente) integrazione fra livello legale e livello costituzionale. La prima parte dello studio ha una connotazione marcatamente teorica e si concentra sull'analisi della norma giuridica e sulla necessaria integrazione fra livello legale e livello costituzionale. Le acquisizioni teoriche di questa prima parte vengono poi messe alla prova della giurisprudenza costituzionale, al fine di delineare le caratteristiche della figura degli automatismi legislativi.

ABSTRACT

The work analyzes the figure of legislative automatisms and tries to contemplate the theoretical assumptions and systematic consequences of this institute, i.e. the interaction between case in point and actual case and the necessary (as well as consequent) integration between legal and constitutional level. The first part of the study has a markedly theoretical connotation and focuses on the analysis of the legal norm and on the integration between legal and constitutional level. The theoretical acquisitions of this first part are then put to the test of the Constitutional jurisprudence, in order to outline the characteristics of the figure of legislative automatisms.

PAROLE CHIAVE: automatismi legislative – norma giuridica – giurisprudenza costituzionale – principi costituzionali – ragionevolezza

KEYWORDS: legislative automatism – legal norm – constitutional jurisprudence – constitutional principles – reasonableness.

INDICE: 1. Premessa – 2. Norme costitutive e automaticità degli effetti – 3. Le norme di comportamento e la loro centralità nel discorso giuridico – 3.1. Le norme di comportamento come generalizzazione defettibili – 3.2. Segue. Le lacune assiologiche – 3.3. Il principio di convenienza dell'effetto al fatto e la Costituzione che fa sistema con la legislazione – 4. Un tentativo di definizione degli automatismi legislativi – 4.1. Segue. Deroga e automatismi legislativi – 5. Automatismi legislativi e giurisprudenza costituzionale: natura derogatoria e necessità di integrazione costituzionale dei contenuti della legislazione – 5.1. Irrazionalità delle presunzioni assolute di pericolosità e incostituzionalità dell'applicazione automatica della previsione normativa – 5.2. L'incidenza del principio costituzionale al cospetto di una presunzione non del tutto infondata nelle sue basi razionali – 6. Non sempre un effetto normativo automatico è un automatismo. Conferme dalla giurisprudenza costituzionale – 7. Applicazione automatica della previsione normativa e interessi meritevoli di tutela – 8. La supremazia della Costituzione, il processo dialettico di positivizzazione del diritto e l'operare dell'interprete secondo un fine integrativo.

## 1. Premessa

Nell'odierna esperienza giuridica sempre più spesso ci si imbatte nella figura degli automatismi legislativi<sup>1</sup> e questi ultimi non sempre sono distinti dalla liminare, ma differente, realtà dell'automaticità degli effetti normativi. I due fenomeni, infatti, sono spesso accomunati, nonché guardati con sospetto, al punto tale che è registrabile una tendenza a ritenere avvolte da una presunzione di illegittimità le norme che ad essi possono essere associate.

Occorre chiarire fin d'ora che l'effetto automatico non sempre può considerarsi una patologia delle norme, ovverosia un automatismo legislativo illegittimo e che pertanto occorre tenere ben distinti gli effetti automatici, intesi quale naturale e *fisiologica* impossibilità di modulare l'effetto giuridico, dagli *automatismi* o *automatismi illegittimi*, quale manifestazione della *patologica* impossibilità di modulare il suddetto effetto.

L'automaticità degli effetti, infatti, non può considerarsi, sempre e di per sé, *illegittima* o, comunque sia, sospetta di illegittimità (come potrebbe apparire da una lettura affrettata della giurisprudenza costituzionale), ma anzi è pacificamente ammessa, nonché considerata pienamente legittima, per un particolare tipo di norme: le norme costitutive. Essa, al contrario, mal si concilia, arrivando

1 Lo scritto ripropone, in alcuni passaggi anche testualmente, le più ampie riflessioni dell'autore contenute nel lavoro monografico L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020.



ad essere considerata, addirittura, una patologia, che può assumere anche le forme dell'illegittimità, allorché sia espressa dalle proposizioni ipotetico-prescrittive, poiché tali tipi di norme, al contrario di quelle costitutive, devono consentire l'adattabilità o l'adeguamento dell'effetto giuridico alla fattispecie concreta o, detto diversamente, devono permettere che la fattispecie concreta sia in grado di condizionare la produzione dell'effetto giuridico (non solo l'an di tale effetto, bensì anche il *quomodo*).

## 2. Norme costitutive e automaticità degli effetti

Si deve alla ricostruzione di Herbert L.A. Hart il merito di aver permesso il pieno e consapevole superamento della concezione riduzionista – che, sulla scorta dell'insegnamento kelseniano, riduceva il fenomeno normativo allo schema ipotetico-precettivo – mediante la dimostrazione (*recte*: il disvelamento) dell'esistenza di norme che non predicano obblighi e in generale non riguardano le azioni degli uomini, ma attribuiscono poteri o riguardano altre norme<sup>2</sup>; ossia di norme che, in definitiva, hanno una «*funzione organizzativa in senso lato*»<sup>3</sup>.

In Italia va soprattutto a Gaetano Carcaterra il merito di aver compiuto il primo e serio tentativo di abbracciare la prospettiva pluralista, aperta dal filosofo inglese, con lo studio di un nuovo tipo di norme, denominate norme costitutive<sup>4</sup>, nonché la prima, compiuta e consapevole analisi del fenomeno della costitutività.

Secondo Carcaterra, le norme costitutive, pur condividendo con quelle prescrittive «*una generica funzione produttiva in quanto tendono a far sì che si produca una certa situazione*»<sup>5</sup>, «*producono l'effetto, che è il loro scopo e il loro contenuto, realizzandolo da sé: lo costituiscono – ecco la loro caratteristica – nel momento stesso del loro entrare in vigore*»<sup>6</sup>.

2 H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 97, ma in generale 95 ss. e 44-52 *passim*.

3 G. CARCATERRA, *Lezioni di filosofia del diritto*, Roma, 1994, 102.

4 Studio che è stato compiuto essenzialmente nelle due monografie, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, e *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979, e nel saggio *Le regole del Circolo Pickwick*, in «*Nuova civiltà delle macchine*», III-3-4, 1985, 16 ss.

5 G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., 62.

6 *Ivi*, 63.

In altri termini, con le norme costitutive «*le situazioni e i fatti costituiti si producono in maniera immediata, sono destinati ad acquistare realtà mercé un unico atto, quello (eventualmente complesso) col quale si emana la norma, senza che occorra fare appello all'obbedienza, o alla collaborazione esecutiva di alcuno*»<sup>7</sup>.

Queste norme, seppur nell'unitaria categoria siano presenti differenti tipologie<sup>8</sup>, si caratterizzano per il fatto che: non descrivono, non prescrivono né esprimono emozioni o stati d'animo, ma producono qualcosa. Da qui il nome di proposizioni operative o performative. Le regole costitutive, infatti, pur avendo l'aspetto grammaticale di una ordinaria descrizione, hanno la funzione essenziale "di fare qualcosa parlando"; nel formularle, il loquente compie ciò che in esse dice<sup>9</sup>.

Esempi di norme costitutive, che dal punto di vista linguistico sono dei «*performativi dispositivi, statutori o costitutivi*»<sup>10</sup>, sono le norme che *prescrivono una abrogazione*, con le quali non si descrive un'avvenuta abrogazione né si prescrive a qualcuno di provvedere in tal senso, ma direttamente si verifica l'abrogazione; le norme riguardanti gli *status*, si pensi all'art. 59, I co., Cost., il quale statuisce che «è senatore a vita, salvo rinuncia, chi è stato Presidente della Repubblica» o all'art. 2 c.c., in base al quale «*chi ha compiuto diciotto anni è maggiorenne*»<sup>11</sup>; così come performative sono le norme che includono cose o oggetti in particolari classi o categorie giuridiche<sup>12</sup>.

In definitiva, le norme costitutive *dispongono direttamente il proprio contenuto*<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Si veda ad es. l'ampia bibliografia sul tema della costitutività di A.G. CONTE. Della complessa e vasta posizione dell'A. sul tema può aversi un quadro di sintesi nella voce da questi scritta: *Costitutività di regole*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989.

<sup>9</sup> Così G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, cit., 58.

<sup>10</sup> G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., 61.

<sup>11</sup> Sono gli esempi che richiama lo stesso G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., 59.

<sup>12</sup> Un esempio è dato dall'art. 812 c.c., con il quale si dispone che sono «beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici...».

<sup>13</sup> Così L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, 2007, 233.

Qui si può tralasciare l'analisi degli ulteriori sviluppi di questa ricostruzione – frutto dei successivi studi di Carcaterra e soprattutto di Amedeo Giovanni Conte e della sua scuola<sup>14</sup> – e ci si può limitare ad aggiungere un ulteriore aspetto delle norme costitutive, che può apprezzarsi guardando queste ultime mediante la lente dell'effetto giuridico.

Come osservato in modo particolarmente efficace da Giuseppe Ugo Rescigno, con le norme costitutive «l'effetto giuridico [...] “si produce”, cioè si presenta come risultato automatico, senza che nessun essere umano debba o possa fare alcunché, né col fine di produrlo né col fine di impedirlo. È questo aspetto meccanico, apparentemente necessario, automatico, che l'aggettivo “costitutivo” intende cogliere: il fatto previsto dalla regola [...] genera per il sol fatto di essere accaduto l'effetto giuridico previsto come conseguenza»<sup>15</sup>. In tal senso, il fatto condizionante, che può essere sia un fatto in senso stretto sia un atto, si presenta come *condizione sufficiente* del prodursi dell'effetto<sup>16</sup>.

Ciò chiarito, occorre, poi, chiedersi quale sia la funzione che svolgono le norme costitutive, o meglio, qual è lo spazio occupato nel sistema normativo dagli effetti da esse automaticamente prodotti.

Se si pensa alle norme sulla capacità di agire o che costituiscono qualità giuridiche di determinati beni o situazioni, a quelle che predispongono *status* e, infine, alle norme di abrogazione espressa può scorgersi come l'effetto, prodotto in modo automatico e senza l'intermediazione di alcuno, diventi parte di innumerevoli regole che lo assumeranno come condizione (la quale a seconda dei casi sarà necessaria, o sufficiente, ovvero necessaria e sufficiente, di altre conseguenze)<sup>17</sup>.

Fa notare giustamente Rescigno che lo specifico effetto delle regole costitutive è quello in base al quale «ogni qual volta un determinato fatto, nel senso più

---

14 Per una panoramica, se si vuole, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 30 ss.

15 G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 39.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*.

*ampio delle parole, deve essere preso in considerazione nella argomentazione giuridica, tale fatto deve considerarsi esistente se si danno le condizioni previste dalla regola».*

Del resto, una prospettiva non molto distante sul piano delle conseguenze pratiche, seppur non perfettamente coincidente sul versante del fondamento teorico, è quella di Uberto Scarpelli, il quale lucidamente ha affermato che «*le norme giuridiche costitutive sono metanorme concernenti la produzione di norme, e determinazioni di presupposti ed ambiti operativi delle norme cui si riferiscono, con le quali si integrano nella disciplina giuridica di varie materie*»<sup>18</sup>.

Il particolare effetto prodotto da queste norme sarebbe pertanto quello di far considerare esistenti determinati fatti<sup>19</sup>, o, più in generale, determinare i presupposti e gli ambiti operativi delle altre norme, cui le norme costitutive si riferiscono. Per tale ragione si possono configurare come condizione di esistenza del loro oggetto, poiché l'ordinamento, una volta per tutte, qualifica determinati fatti come esistenti.

In questa prospettiva, la qualificazione ontica di fatti o situazioni non è mai fine a se stessa, ma serve per la costruzione, ed è rilevante per la ricostruzione, di altre proposizioni normative, rispetto alle quali esse costituiranno dei presupposti.

Le norme costitutive, infatti, devono essere necessariamente e funzionalmente legate alle norme di comportamento<sup>20</sup>, ossia alle norme ipotetico-prescrittive.

Quanto si va affermando è sostenuto da almeno due ordini di ragioni: per un verso, per dare agli enunciati normativi un *significato empirico*; per l'altro, per evitare che le norme «*siano pragmaticamente assurde o [...] prive di funzione*»<sup>21</sup>. Nel primo senso, infatti, se si vuole che gli enunciati normativi abbiano

---

18 U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, 23.

19 I quali sono funzionali alla costruzione di una regola finale, ossia di una regola che conclude il caso della vita.

20 Nello stesso senso anche V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1987, 50, nt. 34.

21 In questo senso C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Milano, 1999, 57, del quale è anche la frase riportata fra virgolette.

un significato empirico, «*le condizioni e l'effetto, prima o poi, dopo un numero di passaggi più o meno alto ma non infinito*», devono riagganciarsi «*a possibili esperienze [...] cui ci si riferisce per guidare la condotta di qualcuno*»<sup>22</sup>; nel secondo senso, del resto piuttosto evidente, affinché la norma o anche la concatenazione di norme abbia un senso deve necessariamente riferirsi ad un comportamento<sup>23</sup>.

### 3. Le norme di comportamento e la loro centralità nel discorso giuridico

Ciò chiarito veniamo dunque all'analisi delle norme di comportamento<sup>24</sup>, ricordando, preliminarmente, che, queste ultime, possono descriversi come “entità” a struttura ipotetica, in cui è espresso un rapporto di condizionalità fra una fattispecie e una conseguenza giuridica.

Ai limitati fini dell'indagine che qui si propone, è sufficiente ricordare che tale tipologia di norme ha tanto una funzione precettiva, ossia sono un modello o una regola di condotta tendenzialmente vincolativo<sup>25</sup>, quanto una funzione valutativa o qualificativa: non solo perché sono strumento cui gli organi dell'applicazione possono ricorrere per valutare un determinato fatto *ex post*, ma anche nel senso, fondamentale, che esse, già all'atto di essere poste, ossia già in sé, sono qualificazione del fatto astrattamente oggetto di disciplina. In altri termini, tali norme sono necessariamente *anche* «criterio di valutazione in termini di regolarità: *regolarità che si pone non come un quid che è, ma come un quid che deve essere*»<sup>26</sup>, in cui la valutazione è rappresentata dalla conseguenza giuridica, «*ossia la qualificazione sui generis della condotta umana*»<sup>27</sup>.

---

22 C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 56 s.

23 *Ivi*, 57.

24 Chi scrive è consapevole dell'inversione dell'ordine classico – sorretto peraltro da motivazioni logiche, posta la chiarita primazia di queste – della trattazione sulle differenti tipologie di norme; inversione, tuttavia, che è funzionale alla trattazione che qui si propone.

25 In questo senso si vedano, per tutti, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 144 e U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, 52.

26 A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 273 (enfasi nel testo).

27 *Ibidem*.

Se è vero che «la norma giuridica è, [...] innanzi tutto, una prescrizione (giuridica), ossia un modello o regola di comportamento o di condotta tendenzialmente vincolativo»<sup>28</sup>, è altrettanto vero che quel comportamento debba necessariamente essere valutato: nel senso non tanto di stabilire le modalità deontiche incorporate nell'apodosi o conseguenza giuridica (cioè la qualificazione del fatto tipizzato), ma, ancora prima, nella tipizzazione del caso che funge da condizione per il sorgere della conseguenza giuridica. La funzione precettiva deve, in definitiva, sempre e necessariamente fondarsi su una valutazione in termini di regolarità che porta alla tipizzazione tanto del fatto condizionante quanto delle conseguenze giuridiche derivanti dal primo<sup>29</sup>.

Tale tipologia di norme, pertanto, prima ancora di essere prescrizioni, sono valutazioni di comportamenti. O meglio: per essere delle prescrizioni che non si riducano alla vuota forma del comando devono essere necessariamente e primariamente delle valutazioni<sup>30</sup>, tese a porre un certo fatto come condizione di determinate conseguenze.

Soltanto non disconoscendo lo spazio occupato dalla funzione qualificativa trovano senso e spiegazione sia il meccanismo di astrazione, che porta alla tipizzazione di un certo fatto rispetto ad una determinata giustificazione (o *ratio legis*), sia, e in modo del tutto conseguente, la dialettica tra fatto e diritto e le ragioni per le quali il fatto, nell'odierna esperienza costituzionale, può arrivare ad influenzare – se non, alle volte, addirittura ad invalidare – il diritto. Ciò (ma sul punto torneremo ampiamente fra brevissimo) costituisce anche un più sicu-

28 Così F. MODUGNO, voce *Norma*, (teoria generale), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, 338.

29 Seppur in una prospettiva differente da quella fatta propria in questo scritto, poiché tendente a valorizzare il momento imperativo della norma, quanto si va sostenendo trova conferma anche nelle autorevoli parole di M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 8, il quale afferma «che non esist[e] un'antitesi fra comando e giudizio, ma che quello sia una specie di questo. Se comando significa espressione in forma imperativa di una volontà, questa espressione deve consistere in un giudizio che dichiara vietati, doverosi, consentiti o autorizzati certi comportamenti, cioè li valuta in un determinato modo».

30 Sul punto riecheggiano le parole di C. ESPOSITO, *Lineamenti di una teoria*, cit., 13 s., secondo il quale la norma, «non solo giuridica, ma valuta, non solo riconosce l'esistenza di un predicato di un soggetto (come avviene nel giudizio teoretico), ma prende posizione di contro all'oggetto che dichiara degno o indegno, biasimevole o lodevole, meritevole o immeritevole, e per il fatto stesso che li dichiara tali».

ro retroterra teorico rispetto ad una serie di questioni che la più moderna e attenta teoria del diritto ha racchiuso nei due concetti di defettibilità delle norme e di lacune assiologiche nel diritto.

### 3.1. Le norme di comportamento come generalizzazione defettibili

È oramai nozione acquisita che le norme, in quanto generalizzazioni, siano selettive, tanto come inclusioni quanto come esclusioni, poiché soffermano la loro attenzione su un numero di proprietà limitate, sopprimendone tutte le altre<sup>31</sup>. In questo senso Herbert L. A. Hart parlava di «*penombra di incertezza che è destinata a circondare nella loro applicazione tutte le norme giuridiche*»<sup>32</sup>; dal che, si può affermare che la legge (*recte*: le singole disposizioni), in quanto generalizzazione, deve possedere un coefficiente di indeterminatezza per lasciare aperte «*“zone di possibilità” interpretative*» e, quindi, applicative<sup>33</sup>.

La soluzione ipotizzata dalla legge, ossia la conseguenza giuridica, ha come presupposto, infatti, una situazione astratta che non potrà mai «*coincidere interamente con la situazione storica in cui sorge il caso, sicché la soluzione di quest'ultimo, esaurendosi nella sua sussunzione in un paradigma normativo che lo rende identico ad altri e differente da altri, oppure assumendolo come un tipo sul quale potranno modellarsene altri, sarà inevitabilmente una soluzione – quando lo sia – soltanto parziale del problema umano*»<sup>34</sup>.

Il passo appena riportato, tratto dalla voce *Formalismo giuridico* di Angelo Ermanno Cammarata, è particolarmente illuminante poiché evidenzia che «*i*

---

31 Parla di norme come strumento per operare «scelte pratiche all'ingrosso», M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980, 5 ss. Del resto, già nella filosofia antica si aveva ben presente l'insufficienza della legge rispetto alla particolarità dei casi concreti. Nell'Etica Nicomachea (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di A. Plebe, VII, 10, 1137b, Roma-Bari, 1979), Aristotele, infatti, metteva in luce l'intrinseca inidoneità della legge (*recte*: comando universale) di disciplinare il caso particolare («prescrivere rettamente intorno ad alcune cose particolari»).

32 H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad. it. in *Contributi all'analisi del diritto* a cura di V. Frosini, Milano, 1964, 130; sul punto si veda anche ID., *Il concetto di diritto*, cit., 148.

33 L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 47, in senso analogo anche M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 100.

34 A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 1017.

“casi” comunque tipizzati e classificati, non possono perdere la loro realtà storica di problemi umani, come problemi individuali di comportamento» e, pertanto, «tra la soluzione del caso come problema di “legalità” e la soluzione del problema individuale, non potrà mai eliminarsi uno scarto»<sup>35</sup>.

Questo “scarto”, ossia questo essere inevitabilmente soggette ad eccezioni implicite<sup>36</sup> nella fase dell'applicazione, è stato anche denominato *defettibilità delle norme*, dovendosi, queste ultime, considerarsi alla stregua di condizionali *defettibili*, ossia esser trattate «come condizionali le cui *conseguenze giuridiche* sono soggette a “eccezioni”, ovvero a *condizioni negative* di applicazione»<sup>37</sup>.

Da quanto detto si ricava che la disposizione deve essere formulata in modo tale da garantire un certo grado di elasticità nella sua interpretazione (vale a dire nell'individuazione della norma), deve cioè essere in grado di consentire l'operatività di quello che potremmo definire (prendendo in prestito l'espressione da autorevole dottrina) *principio di adattabilità dell'effetto al fatto*, quale specificazione del più generale principio di *convenienza dell'effetto al fatto*<sup>38</sup>, di modo che la conseguenza giuridica, o apodosi, prevista dalla norma, ossia la soluzione normativa, risulti sempre coerente e adeguata ai casi concreti riferibili alla descrizione contenuta nell'antecedente, fattispecie o protasi. Ne consegue che quanto più ampia sia la descrizione della fattispecie tanto più devono essere graduabili le conseguenze giuridiche: in altri termini, quanto più la fattispecie sia in grado di estendersi su una elevata diversità di casi tanto maggiore deve essere la varietà di soluzioni, ossia di conseguenze, che a tali casi si possono ap-

---

35 *Ibidem*.

36 Cfr. sul punto M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., 127. Tali eccezioni, continua l'Autore, non «possono esplicitarsi ed enumerarsi una volta per tutte: altrimenti potrebbe provvedervi lo stesso legislatore, e la questione della defettibilità non sorgerebbe. La questione sorge, invece, perché le eccezioni implicite si presentano solo al momento dell'applicazione sicché si potrebbe sempre invocare il verificarsi di un'eccezione implicita per ottenere la disapplicazione di una norma che ci dispiace».

37 P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 490. Sebbene ad essere defettibili siano, in realtà, le conseguenze giuridiche, parlare genericamente di norme defettibili è vantaggioso, perché in tal modo emerge come ad essere defettibili siano «le conseguenze giuridiche *imputate a certe condizioni positive* delle quali, per ipotesi, non si discute» (p. 491).

38 A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 456.



plicare. Sinteticamente si potrebbe affermare che una fattispecie ampia impone una varietà di soluzioni normative e quindi una graduabilità delle conseguenze giuridiche.

Alla luce di quanto appena rilevato, tuttavia, non si può ritenere che una fattispecie precisamente determinata imponga una conseguenza giuridica altrettanto precisamente individuata. Anche in questa seconda ipotesi, infatti, possono sempre venire alla luce i c.d. casi recalcitranti; casi, cioè, che corrispondono agli elementi essenziali descritti nella fattispecie, ma che ne divergono per altri, non rendendo possibile la piena assimilazione fra la fattispecie astratta e il caso concreto, di modo che la conseguenza giuridica non risulti pienamente adeguata alla soluzione del secondo. Anche in questa ipotesi, pertanto, deve poter operare il principio di adattabilità dell'effetto al fatto, ossia devono sempre essere previsti dei "meccanismi di flessibilità" interni alla norma, tali da permettere un'adeguata regolamentazione dei casi volta a volta corrispondenti alla (seppur in parte divergenti dalla) fattispecie normativa.

Quanto sin qui detto rappresenta un primo, ma ancora non definitivo, approdo, perché per inquadrare correttamente il tema degli automatismi nei suoi presupposti teorici, occorre considerare che il problema giuridico posto dal profilo materiale deve risolversi non in riferimento alla singola norma – la quale è direttamente coinvolta nella soluzione di esso – ma in forza dell'intero ordinamento positivo, posto che, e seguendo ancora l'insegnamento di Angelo Falzea, l'effetto giuridico non viene a determinarsi solo in funzione della singola norma, ma dell'intero sistema<sup>39</sup>.

### **3.2. Segue. Le lacune assiologiche**

Il *deficit* del mondo legale rispetto al mondo ideale, che poco sopra abbiamo affrontato sotto la lente della defettibilità delle norme, può essere guardato anche attraverso il concetto, correlato al primo, di lacuna assiologica e in partico-

---

<sup>39</sup> *Ivi*, 458.

lar modo, secondo la ricostruzione offerta da Chiassoni<sup>40</sup>, partendo dal pensiero di Alchourrón e Bulygin<sup>41</sup>, di lacuna assiologica sostitutiva.

Secondo l'Autore<sup>42</sup> quest'ultima sarebbe riscontrabile in tutti i casi in cui vi sia una norma *sub*-ottimale che indebitamente eguagli o differenzi situazioni che avrebbero dovuto essere, rispettivamente, differenziate o eguagliate. In queste ipotesi<sup>43</sup> si impone all'interprete l'esigenza di compiere un'operazione volta alla sostituzione della norma *sub*-ottimale con quella ottimale<sup>44</sup>.

Non rientra nell'economia dello scritto indagare approfonditamente la validità del modello metodologico proposto, in quanto qui interessa più che altro riflettere sulla prospettiva che tale ricostruzione apre al diritto costituzionale.

Il concetto di lacuna assiologica è in grado, infatti, di fornire una descrizione efficace dei meccanismi di invalidazione delle norme di legge il cui vizio consiste nel non dare adeguata attuazione ad una norma o ad un principio costituzionale<sup>45</sup>. In altri termini, la ricostruzione proposta da Chiassoni rappresenta un utile strumento esplicativo delle dichiarazioni di incostituzionalità che vengono ad ingenerarsi quando l'astratta previsione di legge, non dando adeguata attuazione ad un principio costituzionale, è conforme a Costituzione solo

---

40 P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 213 ss.

41 C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi: introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, ed. it. a cura di P. Chiassoni e G. Battista Ratti, Torino, 2005.

42 P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione*, cit., 220 ss.

43 Da qui l'aggiunta del termine "sostitutiva" rispetto al termine (e concetto) coniato da Alchourrón e Bulygin.

44 In realtà, tale operazione interpretativo-sostitutiva si compone di due distinte fasi: una prima, in cui l'interprete valuta se la soluzione apprestata dal legislatore sia o non ottimale rispetto ad una norma o principio superiore che su quella materia incide; una seconda, nella quale l'interprete, accertato che la disciplina legislativa risulti essere non ottimale, introduce (in sostituzione) un'altra norma che meglio regola il caso in base alle istanze espresse dalla norma o principio superiore.

45 Pur condividendo l'impostazione teorica che differenzia principi e valori costituzionali, in queste pagine, al fine di rendere più agevole l'esposizione, nonché in ragione dello spazio a disposizione, si fa riferimento ai soli principi, non distinguendo quest'ultimi dai valori. Tale scelta (ed è questo il motivo per il quale si è compiuta) non incide tuttavia sulle tesi esposte e sulle posizioni che vengono qui prese. Per un'analisi più ampia di tali entità, per le ragioni sulla necessità della loro distinzione, nonché per le indicazioni sulla vasta bibliografia sul tema, sia consentito rinviare a L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., spec. 75 ss.

riguardo alla disciplina di alcune e non di tutte le ipotesi o fattispecie concrete da essa astrattamente regolabili.

Rispetto alle norme che non disciplinano in conformità al testo costituzionale determinate ipotesi o fattispecie concrete, la finale antinomia è, a ben vedere, determinata da una “mancanza” o da un’assenza.

Se si condivide quanto sin qui detto, deve ammettersi che non tutte le operazioni interpretativo-applicative, che, superando il dato normativo così come esso risulta *prima facie* (ossia come risulta dalla sua interpretazione letterale), cercano di ottenere una disciplina giuridica più aderente al caso concreto possono indiscriminatamente essere etichettate come “mera ribellione alla legge”.

Rispetto a operazioni di questo tipo si potrebbe pervenire, invece, ad una differente lettura. Considerando la norma anche e primariamente come qualificazione, ossia quale valutazione che porta alla tipizzazione di un determinato fatto, il quale poi assorge a condizione di certe conseguenze giuridiche, il superamento della (lettera della) legge sarebbe determinato, non tanto dalla volontà dell’organo dell’applicazione di recidere o attenuare i legami di obbedienza alla legge, ma da un *limite della legge*. Quest’ultima, infatti, potrebbe aver erroneamente valutato e qualificato un determinato fatto, poiché, da un lato, potrebbe aver escluso oppure incluso proprietà che, rispettivamente, avrebbe o non avrebbe dovuto considerare (sotto o sovrainclusività), ovvero, dall’altro, ha adottato una regolamentazione che, nella generalizzazione tipologica, risulti inadeguata rispetto ad un superiore livello normativo e (prima ancora) assiologico.

Naturalmente, il “superamento della legge” non può sempre essere guardato con indulgenza: pure vi possono essere casi in cui la legge non si applica così “come essa è”, non tanto perché affetta da un difetto strutturale (sotto o sovrainclusività) o da una lacuna assiologico, ma perché così come essa è non piace; ossia, pur argomentandosi con l’imprescindibile richiamo ad un qualche

parametro formale, si ritiene non rispondente a ragioni di giustizia sostanziale o, sarebbe meglio dire, a particolari convinzioni morali dell'interprete, «*in quanto tali soggettive, o al più condivise entro una comunità circoscritta di riferimento*»<sup>46</sup>.

Volendo cercare di delineare una prima conclusione intermedia, si può dire che gli effetti automatici non provocano problemi sistematici fino a quando restano chiusi nel recinto delle norme costitutive, non potendolo valicare, o potendolo fare solo al costo di instabilità, per estendersi sul terreno delle norme di comportamento<sup>47</sup>. Territorio, quest'ultimo, nel quale deve, invece, vigere sempre una piena condizionalità degli effetti, non soltanto nel senso che questi siano legati a (e in un certo senso promanino da) determinati presupposti di fatto, ma nel senso che la fattispecie concreta, con i suoi elementi essenziali ed accidentali, sia concretamente in grado di condizionarli. Ciò detto, è, tuttavia, necessario tenere in debita considerazione un ulteriore aspetto: non tutte le caratteristiche non previste dalla generalizzazione normativa hanno la capacità di condizionare la produzione di determinate conseguenze giuridiche, ma solo quelle la cui rilevanza è data (ossia quelle illuminate) da un principio superiore incidente sul caso concreto.

### **3.3. Il principio di convenienza dell'effetto al fatto e la Costituzione che fa sistema con la legislazione**

Come si è già ricordato, l'effetto giuridico non si produce (e non può prodursi) solo in funzione della singola norma, ma in relazione all'intero sistema, motivo per cui il principio di convenienza dell'effetto al fatto permette, sì, al profilo materiale di condizionare quello formale, ma solo nella misura in cui il primo, nel suo complesso, sia illuminato o espressione del sistema assiologico di riferimento.

Continuando a seguire tale tracciato, si può allora sostenere che con l'affermarsi del livello costituzionale, ossia di un diverso livello assiologico di ri-

<sup>46</sup> Così F. RIMOLI, *L'interpretazione "morale" della costituzione: brevi considerazioni critiche*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, 146, già in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

<sup>47</sup> V. *infra*, § 6.

ferimento, la soluzione legale di un problema individuale deve essere fornita anche alla luce di una interpretazione sistematica della norma direttamente implicata nella soluzione del caso, che tenga conto anche dei *principi costituzionali*. Questi ultimi, infatti, possono imporre una differente (o parzialmente differente) soluzione giuridica perché pretendono, prima di tutto, di considerare diversamente determinate qualità del caso concreto, le quali, in ipotesi, non siano state correttamente o adeguatamente ponderate al momento della costruzione dell'ipotesi normativa condizionante.

Se, aderendo a quanto autorevolmente sostenuto, si ammette che il principio illumina la realtà e pretende che essa venga disciplinata conformemente ad esso<sup>48</sup>, deve riconoscersi che *«le conseguenze pratiche del diritto non sono [...] affatto un aspetto successivo, indipendente ed ininfluyente sul diritto stesso, ma ne sono un elemento qualificativo»*<sup>49</sup>: *«alla realtà di fatto l'ordinamento deve costantemente adeguarsi»*<sup>50</sup>.

È proprio quest'esigenza di congruenza alla realtà di fatto che spiega il perché per la legge non sia più sufficiente la sola conformità alla Costituzione, ma sia necessaria una più incisiva compatibilità, congruenza e addirittura adeguatezza rispetto al livello costituzionale, il quale a sua volta si pone non quale quadro lineare, dato una volta per tutte, ma quale elemento di complessità che è solo funzionalmente e ideologicamente retto dal principio di unità<sup>51</sup>. Ne deriva, come è stato acutamente rilevato, che *«la conformità dell'ordine legislativo all'ordine costituzionale non è dunque un'eventualità assoluta, oggettivamente certa e misurabile, ma un processo, una tendenza alla cui realizzazione»* il legislatore, la Corte e più in generale i pubblici poteri contribuiscono ognuno per la sua parte<sup>52</sup>.

La pressione dei principi costituzionali sulla sfera legislativa impone, in definitiva, non l'«astratta conformità» alla Costituzione, «ordine superiore ed esterno»,

---

48 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 166.

49 *Ibidem*.

50 L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 231.

51 Così C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, 2014, 108 ss.

52 F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1655.

ma la «*corrispondenza ad un'idea di interna ragionevolezza e plausibilità*» delle scelte politiche che trovano espressione nella legge. Queste ultime, infatti, per essere considerate «*come legittimo esercizio della funzione legislativa*» devono incorporare una «*dose minima di adeguatezza, congruenza e proporzionalità rispetto al fatto*» così come, quest'ultimo, è illuminato dai principi costituzionali che nella fattispecie concreta entrano in gioco<sup>53</sup>.

In definitiva, i principi assurgono ad elementi catalizzatori che operano tanto sul versante del fatto quanto su quello della disposizione<sup>54</sup> ed impongono la costante tensione alla ricerca di un delicato equilibrio che si regga sulla «*ininterrotta dialettica fatto/diritto*»<sup>55</sup>, equilibrio di cui è espressione e allo stesso tempo condizione il canone della ragionevolezza<sup>56</sup>, il quale viene a configurarsi quale «*ponte*» tra il mondo delle regole e il mondo dei valori, ma anche fra «*fra prescrizioni e realtà*»<sup>57</sup>.

Tutto ciò può tradursi nella formula che il diritto debba essere ragionevole e il parametro per valutare tale ragionevolezza devono essere *non le ragioni del caso* in sé e per sé considerato, rappresentando semmai queste il *problema*, ma il testo della Costituzione, ammettendosi che di questo testo debbano rilevare non solo le regole, ma anche i principi.

Vi è, infatti, una giustificazione ultima nell'affermazione che l'esigenza di ragionevolezza del diritto debba predicarsi avendo come *costante punto di riferimento la Costituzione*. Come ha giustamente fatto notare Roberto Bin, se si guarda la legge nella sua inidoneità nel seguire l'infinita varietà del reale, l'irragionevolezza potrebbe essere considerata un «*carattere strutturale della stessa legge, carattere che si manifesta non appena il caso a cui essa deve essere applicato si trovi fuori dalla*

---

53 Le frasi fra virgolette sono di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 388.

54 L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 239.

55 *Ivi*, 236.

56 *Ivi*, 237.

57 Le frasi fra virgolette sono di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 646.

*sua ratio*»<sup>58</sup>. Che questa evenienza possa accadere – continua l'Autore – rientra nelle «*poche certezze umane*», risultando quale inevitabile conseguenza della «*non raggiungibile varietà del concreto*»<sup>59</sup>.

Soltanto immettendo la Costituzione nel rapporto tra legge e esigenze regolative del caso e intendendo la ragionevolezza della legge nel senso che quest'ultima riesca a contemperare ad un tempo le ragioni del caso con le ragioni del sistema normativo complessivamente inteso, per gli elementi che esso pone e *alla luce degli elementi valoriali che esso presuppone*, si evita, pertanto, che il giudice possa individuare semplicemente la risposta adeguata al caso «*anche attraverso la rimozione freudiana dell'eventuale ostacolo costituito dal testo della legge*»<sup>60</sup>.

Estremizzare, infatti, la capacità condizionante del caso rispetto al *normativo* può condurre ad «*esaurire il diritto in ogni singola applicazione*» o, detto in altri termini, la prevalenza «*del metodo casistico sul metodo sistemico*»<sup>61</sup>. Scelta, questa, che avrebbe il prezzo di «*compromettere [...] l'unità dell'ordinamento, fino al punto di risolvere la scienza giuridica nella previsione di ciò che verosimilmente verrà deciso da ogni singolo giudice, assumendo così la prospettiva di uno scetticismo radicale e assolutamente fuori-sistema*»<sup>62</sup>.

In altri termini, se il valore precettivo e assiologico della Costituzione non è destinato ad operare come solo limite negativo, ma come vincolo positivo nella ricerca di un significato normativo che rispetto ad esso risulti coerente, la legge deve permettere il raggiungimento di questo risultato, ossia la formulazione della legge non deve solo essere coerente, potremmo dire in modo statico, con i principi e i precetti costituzionali, ma dovrebbe essere aperta anche alla coerenza dinamica, ossia alla innata capacità dei principi costituzionali di essere normogeni.

58 R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 78.

59 R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., 78, del quale sono entrambe le citazioni.

60 A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 54.

61 L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 117.

62 *Ibidem*.

#### 4. Un tentativo di definizione degli automatismi legislativi

La legge, quindi, dovrebbe essere sempre strutturata in modo da lasciare aperte «*zone di possibilità interpretative*»<sup>63</sup>, che le permettano un costante adeguamento con il livello costituzionale e soprattutto con la variegata possibilità dei principi di creare norme di comportamento, per la capacità che essi hanno di interagire con i casi concreti che sorgono nelle concrete dinamiche ordinamentali.

È proprio ciò – o meglio l'assenza di tale connotazione – a caratterizzare in negativo le disposizioni legislative esprimenti un automatismo: quando il legislatore insiste non tanto sul grado di precisione, ma si trincerava dietro la formulazione rigida dell'ipotesi normativa, vale a dire quando cerca di imbrigliare la capacità dell'interprete-applicatore sia nella libera valutazione (*recte*: ricostruzione) dei fatti sia nella (im)possibilità di modulare le conseguenze giuridiche<sup>64</sup>, incide sulla capacità integrativa delle varie componenti, tanto normative quanto materiali, coinvolte astrattamente nella concreta vicenda applicativa

Alla luce di quest'ultima considerazione può fornirsi un tentativo di definizione della categoria degli automatismi legislativi, individuandosi con tale espressione quelle prescrizioni normative non in grado di assorbire le eccezioni, o meglio le condizioni negative di applicazione, al punto tale da presentarsi come una soluzione non ottimale o *sub*-ottimale (si è cioè in presenza di una lacuna assiologica) rispetto a una norma o principio superiori, i quali incidono sui casi dalle stesse disciplinati.

Quanto appena rilevato, se guardato con le lenti della discrezionalità del soggetto chiamato a dare applicazione al diritto, si traduce nell'impossibilità o nella ridotta possibilità di valutare le caratteristiche del caso concreto al momento dell'applicazione di determinate conseguenze giuridiche o, quindi, nell'impossibilità di modulare queste ultime, con la correlata inattuazione, o non sufficientemente adeguata attuazione, del dover essere costituzionale.

---

63 Ricorrendo ancora all'espressione di L. TUMMINELLO, *op. cit.*, 47.

64 È quanto avviene, ad es., con le presunzioni assolute; v. *infra* §§ 5 e ss.



#### 4.1. Segue. Deroga e automatismi legislativi

Chiarito che vi è la necessità, di ordine sistematico, di modulare l'effetto giuridico al fine di consentire l'integrazione tra il livello legale e quello costituzionale, è opportuno indagare una caratteristica saliente delle norme esprimenti automatismi legislativi illegittimi, che può essere così sintetizzata: è nella *relazione sottrattiva*<sup>65</sup>, esprimentesi nel rapporto di "regola-eccezione", che può concettualmente collocarsi la figura in esame, tanto che, a guardare le varie ipotesi di automatismi illegittimi colpiti dalla declaratoria di incostituzionalità, sembra emergere con nitidezza di contorni la categoria logica della deroga.

Le norme costruite sull'automatismo illegittimo limitano l'espansione di altra norma potenzialmente atta a regolare i medesimi rapporti, tanto che, se la norma derogante non esistesse, i casi previsti verrebbero ricondotti sotto la disciplina della norma derogata.

In altri termini, l'automatismo legislativo illegittimo si presenta come derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria, che al contrario è improntata alla modulazione degli effetti normativi rispetto alle caratteristiche del caso concreto e ciò, come si vedrà, ha dei riflessi anche rispetto alla sua compatibilità costituzionale<sup>66</sup>.

Non essendo questa la sede per indagare in modo analitico una categoria logico-giuridica sulla quale la scienza del diritto da tempo si è cimentata, ci limitiamo solo a segnalare che qui si fa riferimento al concetto logico di deroga, ossia all'ordinaria relazione tra norme, «quando una norma sta ad un'altra come l'eccezione alla regola»<sup>67</sup>, e non all'«effetto giuridico derogato», con il quale si delinea il modo di risoluzione delle antinomie<sup>68</sup>.

---

65 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 63

66 In senso analogo A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2019, 801 ss. e S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Riv. GdP*, 2017, *passim*.

67 G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 303.

68 Nel quale, sul richiamato schema logico della deroga, si innesta il momento tempo, così ancora G. U. Rescigno, voce *Deroga*, cit., 303.

In questa prospettiva, la norma derogatoria si presenta «*come norma deviante che frustra l'aspettativa di altra norma*»<sup>69</sup>, tanto che si è constatato che il concetto di deroga «*contiene in sé il germe dell'idea della sottrazione*», in forza del quale può rappresentarsi come un «*sottrarsi per sottrarre*»<sup>70</sup>.

È evidente che questa sottrazione non è di per sé illegittima ed anzi può considerarsi indispensabile sul piano sistematico, poiché consente di dare risposte ad «*esigenze di un certo pregio*», quali, per ciò che qui rileva, «*quella della maggiore aderenza, meglio rispondenza del diritto alle molteplici sfaccettature del reale (sintetizzata nella massima: suum cuique tribuere)*»<sup>71</sup>.

Quando, però, non rispecchia tali «*esigenze di pregio*», la deroga assume le forme di «*un venir meno tout-court ad un dover essere*»<sup>72</sup> e quindi dovrebbe parlarsi più opportunamente di illegittima disapplicazione o di una violazione.

Prima di (o meglio: al fine di) abbandonare il piano della riflessione teorica e proiettarci su quello del diritto positivo, possiamo «*innestare*» il concetto logico di deroga su quello degli automatismi e porre così un ulteriore punto fermo nell'analisi che qui si propone.

La rigida previsione di legge volta a limitare la modulazione degli effetti rispetto al caso concreto diviene pertanto automatismo legislativo (illegittimo) quando in questo sottrarre (alla disciplina generale incentrata sulla discrezionalità) per sottrarsi (vale a dire per introdurre un regime che non risponde alle regole generali) si superano i limiti fisiologici e si trasmoda in un venir meno *al dover essere costituzionalmente imposto*: o perché la disciplina risulti non coerente con le proprie basi razionali oppure perché risulta in contrasto con un principio costituzionale.

È, infatti, necessario chiarire che, ricorrendo alla figura della deroga per tentare di delineare il concetto di automatismo legislativo (illegittimo), non si

69 P. CARNEVALE, *L'art. 138 della costituzione fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 3.

70 *Ibidem*.

71 *Ivi*, 4, oltre che come ricorda sempre Carnevale, alla prevalenza dei vincoli di natura formale su quelli logico-funzionali; quella delle necessità di ordine sistematico, ecc.

72 *Ibidem*.

vuole (perché non sarebbe corretto) proporre una sovrapposizione completa tra automatismi legislativi e deroga, nel senso che gli automatismi legislativi siano *semplicemente* ipotesi derogatorie; se così fosse, nel tentativo definitorio non emergerebbero le ragioni dell'incostituzionalità, poiché abbiamo visto che la deroga, anche dal punto di vista logico, individua un'ipotesi di sottrazione fisiologica alla disciplina della norma generale-derogata di determinate fattispecie.

## **5. Automatismi legislativi e giurisprudenza costituzionale: natura derogatoria e necessità di integrazione costituzionale dei contenuti della legislazione**

### **5.1. Irrazionalità delle presunzioni assolute di pericolosità e incostituzionalità dell'applicazione automatica della previsione normativa**

Il primo filone della giurisprudenza costituzionale che occorre prendere in considerazione è quello avente ad oggetto le presunzioni assolute di pericolosità in forza delle quali trovava giustificazione legislativa l'applicazione automatica tanto delle misure di sicurezza quanto della custodia cautelare in carcere.

Nella giurisprudenza costituzionale si registra, infatti, un'inferenza significativa tra la presenza di una presunzione di pericolosità e la pronuncia di incostituzionalità tesa a sanzionare l'automatismo legislativo<sup>73</sup>, tant'è che in questi casi il superamento di quest'ultimo si atteggia quasi a mera conseguenza del processo di falsificazione cui viene sottoposta la regola presuntiva.

Qui verranno prese in considerazione soltanto le pronunce riguardanti le ipotesi di applicazione automatica del riformatorio giudiziario per i minori infraquattordicenni<sup>74</sup>, dell'ospedale psichiatrico giudiziario<sup>75</sup> e della custodia cautelare in carcere per gli imputati di reati sessuali<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Su tale inferenza significativa, se si vuole, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 181 ss.

<sup>74</sup> Sentenza n. 1 del 1971.

<sup>75</sup> Sentenza n. 139 del 1982 e 249 del 1983.

<sup>76</sup> Sentenza n. 265 del 2010; sentenza, quest'ultima, prima di una lunga serie di pronunce, fra le quali ci limitiamo a ricordare, le sentenze nn.: 231 del 2011, per i delitti di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope; 331 del 2011, per il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina; 110 del 2012, per i reati di associazione di cui all'art.

In queste ipotesi, il sindacato di costituzionalità si incentra preventivamente e prevalentemente sul controllo di ragionevolezza delle presunzioni assolute, per verificare se ci sia corrispondenza tra le statuizioni legislative e la realtà sottostante da queste disciplinata.-

La Corte, infatti, previamente verifica la compatibilità della presunzione con i dati di esperienza *extra*-giuridici, rilevando, ad es., che: per i minori infra-quattordicenni la pericolosità non costituiva la regola, ma l'eccezione<sup>77</sup>; il perdurare dell'infermità psichica non aveva fondamento in basi scientifiche<sup>78</sup>; per le ipotesi di reato, considerate dal legislatore, non vi era una congrua base statistica che indicava la custodia cautelare in carcere come l'unica misura adeguata a soddisfare le esigenze cautelari<sup>79</sup>.

La mancata rispondenza ai dati di esperienza generalizzati determina, quindi, l'irrazionalità delle generalizzazioni legislative che fa perdere, in definitiva, qualsiasi giustificazione all'obbligatorietà e all'automaticità della misura (ossia della conseguenza giuridica) normativamente prevista.

Se, infatti, il potere valutativo-interpretativo del soggetto chiamato a dare applicazione al diritto non viene imbrigliato dalla generalizzazione sulla quale la norma è costruita (poiché questa non necessariamente impedisce l'adattabilità dell'effetto al fatto), detto potere deve ritenersi escluso allorché la norma sia costruita su di una presunzione assoluta, poiché quest'ultima è prevista proprio affinché all'accadimento di determinati fatti si "attivi" la presunzione e, pertanto, si applichino le specifiche conseguenze giuridiche previste dal legislatore.

Leggendo, inoltre, le disposizioni colpite dalla incostituzionalità attraverso le lenti della deroga, può constatarsi come le ipotesi di pericolosità presunta, e, quindi, di applicazione automatica delle misure di sicurezza (del riformatorio

---

416 c.p. finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio; 213 del 2013, con la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della custodia cautelare obbligatoria per il reato di sequestro di persona; e, infine, 232 del 2013 per il reato di violenza sessuale di gruppo *ex* 609-*octies*.

77 Sent. 1 del 1971, *cons. dir.* 6.

78 Sent. 139 del 1982, *cons. dir.* 8.

79 Sent. 265 del 2010, *cons. dir.* 10.

giudiziario per il minore infraquattordicenne e dell'ospedale psichiatrico giudiziario per l'infermo di mente autore di reato), si ponevano come eccezione, fondantesi sulla previsione dell'art. 204, 2° co., c.p., alla regola dell'accertamento in concreto, stabilita dal 1° co. dello stesso articolo.

Anche la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere rappresenta un'ipotesi derogatoria illegittima, non solo perché le misure cautelari debbano conformarsi al principio costituzionale del minor sacrificio necessario della libertà personale, ma anche perché, nella specie, l'art. 275 c.p.p. è costruito attorno ai principi: di *proporzionalità* della misura concretamente applicabile all'entità del fatto o alla sanzione che sia stata o si ritenga possa essere applicata e di *adeguatezza* della misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare in concreto; principi, questi, in forza dei quali il giudice deve poter scegliere la misura meno afflittiva tra quelle idonee a soddisfare le esigenze cautelari e far ricorso alla custodia cautelare in carcere solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.

Le deroghe qui analizzate si presentavano, pertanto, come una sottrazione al regime ordinario che provocava un sottrarsi al dover essere costituzionale.

Come si è già ricordato nelle pagine precedenti, l'essere in deroga alla disciplina generale non è sufficiente a far sorgere un automatismo legislativo illegittimo, poiché la sottrazione deve assumere le forme dell'illegittimità, cioè, nel sottrarre determinate fattispecie alla disciplina generale-derogata, deve determinarsi un *sottrarsi* al costituzionalmente imposto. L'illegittimità, che si determina a seguito di tale sottrazione, può assumere la forma minima dell'incoerenza fra l'automatismo (*recte*: la norma esprime tale automatismo) con le sue basi razionali (è il caso delle declaratorie di incostituzionalità delle misure di sicurezza e dell'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere analizzate in queste pagine) o quella massima del contrasto con una norma o principio costituzionale che impone determinati contenuti alla disciplina legislativa (come avviene per il principio rieducativo, come subito appresso si dirà).

## 5.2. L'incidenza del principio costituzionale al cospetto di una presunzione non del tutto infondata nelle sue basi razionali

Alla luce del discorso fin qui condotto è possibile, infatti, compiere un passaggio ulteriore e ragionare su di un elemento già emerso nella ricostruzione teorica compiuta nella prima parte: l'effetto non deve essere valutato solo con riguardo alla fattispecie dal quale direttamente dipende, ma alla luce dell'intero sistema o, detto altrimenti, le conseguenze giuridiche devono intendersi quali effetti scaturenti alla luce dell'ordinamento complessivamente inteso.

Sembra muoversi in questa direzione la Corte costituzionale con la sentenza n. 253 del 2019, con la quale, e dopo lungo tempo, si è pervenuti finalmente a rilevare l'incompatibilità costituzionale della disciplina dell'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 (o. p.) rispetto al dover essere costituzionale, seppur la pronuncia riguarda la sola concessione dei permessi premio.

Il giudice delle leggi ha colpito la disciplina dell'art. 4-*bis* o. p., superando, (giova ripetersi) per la sola disciplina dei permessi premio, la presunzione assoluta e stabilendo, altresì, precisi indici da valutare per la concessione del beneficio anche in assenza di collaborazione con la giustizia.

Seppur in dottrina non è mancato chi ha indicato alcune zone d'ombra della pronuncia, sulle quali in questa sede può anche non indugiarsi<sup>80</sup>, la decisione è particolarmente significativa proprio per il profilo posto in evidenza in queste pagine e sembra fondarsi sul seguente assunto: l'effetto giuridico deve essere giustificato primariamente rispetto al quadro costituzionale di riferimento, che nel caso specifico è rappresentato dal principio rieducativo, espresso dall'art. 27, terzo comma, Cost.

In questa prospettiva, il giudice delle leggi, confortato soprattutto dalle affermazioni della Corte EDU nella sentenza *Viola c. Italia*<sup>81</sup>, afferma molto

---

<sup>80</sup> In questo senso si vedano A. PUGIOTTO, *Procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2019, 514 e M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentt. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistemapenale.it*, 2019, § 4.

<sup>81</sup> Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 giugno 2019 - Ricorso n. 77633/16 - Causa *Viola contro Italia*. La versione in lingua italiana è disponibile al seguente indi-

chiaramente che «non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima», in quanto «non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza». È, tuttavia, l'assolutezza della presunzione a «non regge[re]» il «confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.», poiché «tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.».

Volendo leggere la pronuncia alla luce dell'idea della *deroga*, può dedursi che gli automatismi preclusivi contenuti nell'art. 4-*bis* o. p., costituiscono una sottrazione al regime ordinario, la quale provoca, anche qui, un sottrarsi al dover essere costituzionale e nello specifico all'operatività del principio rieducativo, il quale impone che il trattamento sanzionatorio si conformi al percorso di risocializzazione del detenuto.

Se in forza del principio di convenienza dell'effetto al fatto, il profilo materiale deve poter condizionare quello formale e l'effetto deve determinarsi dall'interazione fra livello legale e quello costituzionale, le norme sull'esecuzione penale devono sempre permettere l'attuazione del principio rieducativo e, pertanto, l'effetto, nel nostro caso la preclusione alle misure e ai benefici penitenziari, deve determinarsi alla luce di detto principio.

Ciò significa che le misure risocializzanti devono essere concesse non in forza di aprioristiche scelte legislative, le quali, impedendo la concreta valutazione del grado di pericolosità del detenuto, inibiscono la risocializzazione di quest'ultimo, ma in base alle circostanze del caso concreto, accertate dal giudice. Di quelle circostanze, cioè, che *pretendono* di essere disciplinate in conformità al principio costituzionale (la risocializzazione del condannato) e che, pertanto, devono poter condizionare l'effetto normativamente previsto (la concessione del beneficio).

---

rizzo [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20.np](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20.np).

Volendo tirare le somme della giurisprudenza passata in rassegna e al fine di introdurre ulteriori considerazioni, possiamo rilevare come la verifica sulle basi razionali della disciplina, fondata sulla valutazione di conformità, non solo alla evidenza delle cose, ma ad un principio o norma costituzionale, che si conclude con la dichiarazione di incostituzionalità dell'automatismo illegittimo, permette non solo che il profilo materiale, il caso concreto, riesca a condizionare quello formale – racchiuso nella norma di legge – ma soprattutto che la soluzione legale di un problema individuale sia disciplinata conformemente a Costituzione. Superare il rigido meccanismo legale, per riconoscere al giudice la discrezionalità interpretativo-applicativa originariamente negata, permette, in definitiva, la concreta operatività della disciplina costituzionale nella soluzione del caso concreto o, se si vuole, del problema di vita reale.

#### **6. Non sempre un effetto normativo automatico è un automatismo. Conferme dalla giurisprudenza costituzionale**

Come si è già visto nella prima parte di questo scritto, in cui si è riflettuto del tema sul piano teorico, non tutti gli effetti normativi, per il sol fatto di prodursi automaticamente, ossia senza l'intermediazione dell'interprete-applicatore, possono essere considerati, di per sé, degli automatismi legislativi (illegittimi). Ciò vale anche quando parrebbe che tali effetti comprimano principi di pregio costituzionale, quale quello della speciale tutela del minore.

Tale assunto trova conferma, seppur presentando alcune zone d'ombra<sup>82</sup>, anche nella giurisprudenza costituzionale.

Ne è esempio la vicenda che si è conclusa con la sentenza n. 17 del 2017, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale sull'art. 275, quarto comma, c.p.p., censurato dal giudice rimettente in quanto prevede che al compimento del sesto anno di età del minore, si riespan-

---

<sup>82</sup> Sul punto sia consentito rinviare a L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., capitolo III, §§ 3 e 4.



da il regime ordinario e, sussistendone i presupposti previsti dalla legge, si applichi la misura custodiale alla madre di quest'ultimo<sup>83</sup>.

Tale previsione normativa era stata denunciata dal giudice *a quo*, in quanto ritenuta un automatismo illegittimo, poiché sarebbe stato impedito all'organo dell'applicazione di apprezzare la particolare condizione del minore, che, per il sol fatto di aver compiuto il sesto anno di età, si sarebbe venuto a trovare privo di entrambi i genitori.

Operazione, questa, che trovava la sua giustificazione proprio nella tutela dell'interesse del minore, il quale, anche in questa vicenda, ha dimostrato di essere “ordigno” cui ricorrere per far saltare qualsiasi argine imposto dalle disposizioni legislative.

Un uso pericoloso, questo, che rischia di trasformare l'attenzione, certo non priva di giustificazione, che l'ordinamento deve rivolgere alle particolari situazioni soggettive dei minori in un valore tiranno in grado di fagocitare qualsiasi limite che si frappone alla sua espansione<sup>84</sup>.

Nell'occasione il giudice delle leggi non ha ceduto alle sirene del *best interest* e, anzi, ha ben messo in evidenza i pericoli di ordine sistemico che si possono avere nel perseguire la via della sua preminenza incondizionata. Superando il limite dei sei anni in forza del criterio della speciale tutela del minore, ai fini della concessione della custodia cautelare, la decisione sull'applicazione della misura cautelare – così ha giustamente posto in rilievo la Corte – sarebbe as-

---

83 In buona sostanza, la norma che ha superato indenne lo scrutinio di costituzionalità, impedendo che la custodia cautelare possa essere applicata in presenza di figli di età non superiore ai sei anni, prevede che al compimento del sesto anno di età del fanciullo, si riespanda il regime ordinario.

84 In questo senso E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II, Famiglia e filiazione*. Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, “La famiglia davanti ai suoi giudici?” Catania, 7-8 giugno 2013, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 6, che si rifà a quanto affermato da J. CARBONNIER, *Droit Civil*, I.2, *La famille, les incapacités*, Paris, 1969 e da P. RONFANI, *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in MANGIONI C., BARALDI C. (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino, 1997, 254; sempre di E. LAMARQUE si veda anche *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 83 ss.; si mostra critica verso la capacità espansiva di tale interesse pure L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 150.

sunta sulla base di valutazioni relative non già alla persona indagata (o imputata) ma al minore, soggetto terzo ed estraneo al procedimento penale.

Sulla base di tali presupposti il giudice costituzionale ha chiarito che non si è in presenza di un automatismo legislativo, bensì di una *deroga «ai criteri che i commi precedenti del medesimo articolo dettano in tema di applicazione delle misure cautelari»*.-

Non solo, pertanto, quando vengono introdotte delle deroghe alla disciplina ordinaria vi sono ragioni di coerenza e sostenibilità ordinamentale che rendono legittima e addirittura doverosa la precisa individuazione dei presupposti applicativi della normativa derogatoria, ma neppure deve ritenersi che l'interesse del minore, quando sia implicato nella disciplina legislativa, debba avere assoluta e incondizionata prevalenza, essendo non solo perfettamente compatibile con il sistema, ma altresì doveroso, che si realizzi – afferma sempre la Corte – un punto di equilibrio *«attraverso regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare contemperata tutela»*<sup>85</sup>.

Trova conferma, pertanto, che nell'ordinamento trovano legittimo spazio gli effetti costitutivi, prodotti dalle relative norme, poiché essi hanno la funzione di determinare i presupposti e gli ambiti operativi delle norme (di comportamento) cui si riferiscono<sup>86</sup>.

Lo si è già detto nella ricostruzione teorica: risponde alla logica della costitutività ed è pienamente rispondente alla funzione svolta dalle norme costitutive che, in fase applicativa, l'interprete non abbia, o abbia entro limitatissimi margini, la possibilità di valutare se il caso concreto sia in grado di condizionare la produzione di determinati effetti giuridici. Il suo campo di azione è, infatti, limitato all'accertamento della sola corrispondenza fra l'accadimento reale e la previsione normativa, accertata la quale egli deve limitarsi a constatare ovvero dichiarare la (automatica) produzione dell'effetto giuridico.

---

<sup>85</sup> Corte costituzionale nella sentenza n. 76 del 2017.

<sup>86</sup> Secondo la già richiamata definizione di U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico*, cit., 23 e sul punto si rinvia a quanto già detto nel § 2.

Quanto si va affermando trova ulteriore conferma in un gruppo di pronunce di costituzionalità riguardanti l'attività vincolata della pubblica amministrazione e in particolar modo le ipotesi di concessioni e autorizzazioni o di revoca e cancellazione da albi, a causa della mancanza o della sopravvenuta perdita dei requisiti prescritti dalla legge.

Il giudice costituzionale, naturalmente, non ha condotto il suo scrutinio guardando allo statuto teorico della norma sottoposta al suo giudizio, ma si è limitato a rilevare che al cospetto di attività vincolata, che comporta l'applicazione automatica di determinati effetti normativi, l'operare del principio di proporzionalità non è imposto dal sistema.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla proporzionalità dell'effetto normativamente previsto rispetto al caso concreto, ha ritenuto che tale principio (e con esso il generale principio di adattabilità dell'effetto al fatto) non sia applicabile *«nei casi in cui la legge preveda la decadenza automatica da ruoli o da autorizzazioni all'esercizio di determinate attività come conseguenza della perdita di un requisito soggettivo necessario per l'accesso e per la permanenza nel ruolo o per la prosecuzione del rapporto autorizzatorio»*<sup>87</sup>.

La mancanza di un requisito soggettivo per la prosecuzione del rapporto autorizzatorio può essere elemento, infatti, dal quale *«il legislatore può legittimamente far discendere la decadenza dal rapporto stesso non essendo ipotizzabile una maggiore o minore "gravità" di tale mancanza in modo da dover proporzionare ad essa la reazione dell'ordinamento e da richiedere una graduazione come nell'ipotesi di vere e proprie sanzioni disciplinari»*<sup>88</sup>.

In definitiva, il principio di adattabilità dell'effetto al caso concreto, sotto la veste del principio di proporzionalità, non può essere invocato *«per quei provvedimenti espulsivi che conseguono, di diritto, al venir meno di un requisito soggettivo»*<sup>89</sup>.

---

87 Sentenza n. 2 del 1999 *cons. dir.* § 2.

88 Sentenza n. 297 del 1993 *cons. dir.* § 5.

89 Sentenza n. 226 del 1997, *cons. dir.* § 2, che richiama la pronuncia n. 297 del 1993, ma si veda anche la sentenza n. 161 del 2018.

La ragione di tale presa di posizione è resa esplicita nella sentenza n. 161 del 2018<sup>90</sup>, nella quale si legge che «*la natura necessitata del provvedimento di revoca dell'autorizzazione e cancellazione dall'albo configura l'attività dell'amministrazione competente quale attività vincolata, limitata alla mera verifica della sussistenza del requisito di onorabilità richiesto dalla legge*» ed è «*ovvia conseguenza dell'assenza di discrezionalità amministrativa. Il che non esclude, tra l'altro, la possibilità di censurare l'atto in questione per i pur limitati profili di contrasto con la legge*»<sup>91</sup>.

Se si riflette sull'iscrizione o la cancellazione dagli albi professionali, sulla concessione e la revoca di concessioni o autorizzazioni, prendendo in considerazione non l'attività e gli atti, ma le norme ad essi sottese, ci si avvede che queste ultime sono proprio norme costitutive, che vincolano l'amministrazione «*nel momento "dispositivo", cioè nella decisione degli effetti dell'atto*»<sup>92</sup>. In altri termini, tali norme sono costruite su «un nesso di condizionalità sufficiente tra il ricorrere dei presupposti», normativamente individuati, e gli effetti giuridicamente previsti<sup>93</sup>.

Se, pertanto, l'effetto giuridico, interamente prefigurato dall'ordinamento, si presenta come il risultato automatico della sussistenza di determinati presupposti, è del tutto conseguente che la sussistenza nel tempo di tali presupposti sia la condizione per il permanere degli effetti normativamente previsti. Così come sorgono automaticamente, gli effetti giuridici delle norme costitutive sono destinati a cessare automaticamente, quando uno dei presupposti che ne è condizione venga meno.

Ciò giustifica, in definitiva, la previsione normativa che, alla riscontrata mancanza del requisito prescritto dalla legge, statuisce l'automatica applicazione della revoca o della cancellazione.

Se, pertanto, l'effetto automatico è fisiologica esplicazione della costitutività, la norma che lo prevedesse non dovrebbe essere considerata un automati-

90 Affermazione fatta con specifico riferimento alla violazione degli articoli 24 e 113 Cost.

91 Sentenza n. 161 del 2018 *cons. dir.* § 3.2.

92 F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 2017, 13.

93 *Ibidem.*

simo legislativo e dovrebbe, pertanto, uscire indenne dallo scrutinio di costituzionalità o, comunque sia, la declaratoria di incostituzionalità tesa alla flessibilizzazione dei relativi effetti dovrà essere in un qualche modo contenuta nella sua portata manipolativa.

Sulla base di tale ultima affermazione può essere guardata sotto altra luce anche la sentenza n. 303 del 1996, in tema di limite di età tra adottato e adottanti, considerata quale «*sentenza capitale*»<sup>94</sup> in tema di automatismi.

La disposizione colpita dalla declaratoria di incostituzionalità, nello stabilire il limite di età fra adottanti e adottando, in quarant'anni, aveva (ed ha tutt'ora, anche se il limite massimo sia stato dal legislatore alzato a quarantacinque anni di età) la funzione di costituire e, per l'appunto, di delimitare l'ambito di applicazione delle altre norme sull'adozione, con specifico riguardo al requisito del divario di età. In altri termini, questa sul limite di età è una norma costitutiva, i cui effetti automatici non potrebbero essere ricondotti alla categoria degli automatismi legislativi o, detto altrimenti, dovrebbero considerarsi, non una patologia, bensì fisiologici elementi del sistema.

Tenere in debita considerazione la natura della norma dichiarata costituzionalmente illegittima permette di dare pienezza di senso, poi, all'utilizzo del criterio di necessità fatto dal giudice delle leggi nella pronuncia del 1996.

Nella sentenza si legge, infatti, che affinché la possibilità di adozione anche nei casi in cui il limite di età normativamente previsto sia superato «*non si trasformi in una regola, la cui fissazione è invece rimessa alla discrezionalità del legislatore, l'eccezione deve rispondere ad un criterio di necessità in relazione ai principi e valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione di legittimità costituzionale della disposizione denunciata (artt. 2 e 31 della Costituzione)*»<sup>95</sup>. La Corte restringe di molto l'area di operatività dell'eccezione introdotta, seppur, naturalmente, il criterio di necessità sia un criterio mobile, che rimette nelle mani del giudice di merito il po-

---

94 G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, 181 (cui le citazioni si riferiscono), ma tale lettura è presente già nel volume G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

95 Sent. 303 del 1996, *cons. dir.* 4.

tere di interpretare se una determinata situazione rientri in una situazione di necessità.

Il ricorso al criterio di necessità sta a dimostrare, quindi, che, quando si opera al fine di innestare il modello delle norme ipotetico-prescrittive sulle norme costitutive, ossia consentire che anche per queste tipologie di norme il caso concreto sia in grado di condizionare la produzione dell'effetto (non solo nell'*an*, ma anche nel *quomodo*), l'operazione deve essere necessariamente delimitata.

Ciò conferma, inoltre, che per le norme costitutive l'automaticità degli effetti rappresenta, infatti, la regola, la quale, peraltro, risponde a precise esigenze ordinamentali: se gli effetti automatici normativamente previsti devono necessariamente ricollegarsi ad una condotta, e quindi alle relative norme di comportamento, è altrettanto vero che il discorso ipotetico-prescrittivo deve trovare aggancio in norme costitutive, le quali, qualificando come esistenti – alle condizioni previste da tali norme – fatti determinati, evitano che il sistema giuridico possa avvatarsi su se stesso. Mettere in discussione gli effetti automatici delle (*recte*: innestare la struttura delle norme ipotetico-prescrittive sulle) norme costitutive espone il sistema giuridico al rischio di una regressione all'infinito, in quanto l'organo dell'applicazione avrebbe il potere di rideterminare ogni volta i presupposti di applicazione o gli ambiti applicativi delle norme ipotetico-prescrittive, che sugli effetti costitutivi fondano il proprio discorso normativo.

In definitiva, l'automaticità degli effetti deve considerarsi una patologia propria del discorso ipotetico-prescrittivo: solo rispetto a quest'ultima tipologia di norme è, pertanto, opportuno parlare di automatismi legislativi (illegittimi), ed è solo in esso che la (cura della) declaratoria di incostituzionalità, tesa a superare la rigida previsione normativa ,può, e deve, operare in tutta la sua pienezza.

Ciò chiarito, occorre tuttavia fare una precisazione. Quanto si va qui affermando sta a significare che una norma costitutiva non potrebbe essere ritenuta viziata per il sol fatto di prevedere effetti automatici e non modulabili e, in definitiva, di comprimere o escludere in modo irragionevole i poteri valutativi dell'organo dell'applicazione<sup>96</sup>, ma non deve intendersi nel senso che le norme costitutive, o meglio gli effetti automatici da queste prodotte, vadano, per ciò solo, esenti dal controllo di costituzionalità.

Vi possono evidentemente, e naturalmente, essere ipotesi per le quali la norma, pur se non possa essere reputata irragionevole (e così gli effetti automatici da questa prodotti), risulti in contrasto con un parametro costituzionale diverso dall'art. 3 Cost., ma, e in modo ancora più significativo, gli effetti automatici prodotti dalle norme costitutive possono essere travolti dalla declaratoria di incostituzionalità, che si muova lungo le direttrici di una valutazione racchiusa tutta all'interno del perimetro segnato dall'art. 3 Cost.

Ben può accadere, infatti, che la naturale e fisiologica automaticità degli effetti, nonostante sia perfettamente coerente con la natura della norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità, risulti irragionevole (*recte*: irrazionale), poiché introduce un elemento di contraddittorietà nell'ordinamento.

Ciò è confermato da alcune affermazioni contenute nella sentenza n. 22 del 2018, nella quale la Corte ha valutato la compatibilità costituzionale della revoca automatica della patente, da parte del prefetto, in caso di sopravvenuta condanna del suo titolare, per reati in materia di stupefacenti<sup>97</sup>.

Molto chiaramente si legge, infatti, che «la contraddizione non sta nel fatto che la condanna per reati in materia di stupefacenti possa rilevare come condizione soggettiva ostativa al mantenimento del titolo di abilitazione alla guida, agli effetti della sua revocabilità da parte dell'autorità amministrativa, anche

<sup>96</sup> Ciò rappresenta, infatti, il suo naturale portato, avendo essa la funzione di porre come giuridicamente esistenti determinati fatti, i quali rappresentano le condizioni di applicazione delle norme di comportamento con esse legate funzionalmente.

<sup>97</sup> Analogamente la Corte si è espressa con la sentenza n. 24 del 2020, in merito alla revoca automatica della patente da parte del prefetto per coloro che sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali.

quando il giudice penale (non ritenendo che detto titolo sia strumentale al reato commesso o che possa agevolare la commissione di nuovi reati) decida di non disporre (ovvero disponga per un più breve periodo) la sanzione accessoria del ritiro della patente».

L'automatismo della revoca risulta, tuttavia, contraddittorio «rispetto alla discrezionalità della parallela misura del “ritiro” della patente che, ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 309 del 1990, il giudice che pronuncia la condanna per i reati in questione “può disporre”, motivandola, “per un periodo non superiore a tre anni”».

In queste ipotesi, pertanto, la valutazione del giudice, che si fosse conclusa nel senso della non applicazione della misura, avrebbe rischiato di essere posta nel nulla dall'automaticità degli effetti della norma che il prefetto era chiamato a fare applicazione.

## **7. Applicazione automatica della previsione normativa e interessi meritevoli di tutela**

Più volte nel corso di queste riflessioni si è ripetuto che, per permettere l'operatività del principio di adattabilità dell'effetto al fatto, e mediante esso l'adeguata regolamentazione dei casi volta a volta corrispondenti alla (e seppur in parte divergenti dalla) fattispecie normativa, la disposizione deve essere formulata in modo tale da garantire un certo grado di elasticità in fase applicativa. Si è detto anche, tuttavia, che la legge, guardata con le lenti della ragionevolezza, apparirebbe sempre inidoneità nel seguire l'infinita varietà del reale, poiché l'irragionevolezza potrebbe essere considerata un «carattere strutturale della stessa legge, carattere che si manifesta non appena il caso a cui essa deve essere applicato si trovi fuori dalla sua ratio»<sup>98</sup>.

Applicando tali acquisizioni teoriche alla categoria degli automatismi legislativi, si potrebbe ritenere che la norma, la quale impedisse all'interprete-applicatore di modulare gli effetti giuridici rispetto all'infinita varietà del reale, risul-

---

<sup>98</sup> R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., 78.



terebbe sempre irragionevole e pertanto sicuramente destinata ad essere colpita dalla declaratoria di incostituzionalità.

Conclusione, quest'ultima, che non è sostenibile nella sua assolutezza, poiché risponde ad una precisa esigenza ordinamentale che il legislatore dia, fra quelli coinvolti nella disciplina normativa, prevalenza ad un interesse sugli altri. È affermazione talmente ovvia, questa, che non merita certo di essere scandagliata approfonditamente nei suoi presupposti teorici: qualsiasi attività di regolamentazione di fenomeni complessi – e fra queste a maggior ragione l'attività legislativa – deve basarsi su una composizione di interessi, nella quale (o mediante la quale) uno di essi, pur se rispetto a singole e determinate circostanze, anche temporali, possa o debba risultare prevalente.

Al legislatore non è certamente precluso di stabilire la prevalenza, anche incondizionata<sup>99</sup>, di un interesse sugli altri e quindi, mediante la rigida formulazione linguistica, di impedire che le prevalenti caratteristiche del caso concreto possono pienamente condizionare la produzione dell'effetto giuridico. Non può di conseguenza reputarsi di per sé illegittimo che il legislatore impedisca che nella concreta vicenda applicativa possa determinarsi un diverso (rispetto a quello fissato nella previsione normativa) rapporto di prevalenza fra interessi.

Chiarito ciò, bisogna essere consapevoli che ragionare sul ruolo dell'interesse nella giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi è uno degli aspetti maggiormente delicati del tentativo di analisi che si propone, per i noti problemi che accompagnano la valutazione dell'operato del giudice delle leggi quando adopera la “figura” dell'interesse e soprattutto attua il bilanciamento di interessi<sup>100</sup>.

Problemi, questi, che – volendo semplificare un discorso dall'elevata complessità – derivano dall'essere gli interessi al più veicolati e non (mai intera-

---

<sup>99</sup> Quanto nel testo si sostiene emerge con grande chiarezza dalla sentenza n. 109 del 2019 *cons. dir.* § 5.2.

<sup>100</sup> Per le opportune indicazioni bibliografiche sul tema, se si vuole, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 79 ss. e spec. 84 ss.

mente) qualificati dalle norme e, pertanto, dal loro ridotto grado di vincolatività al parametro costituzionale.

Accantonando per un momento tali problemi<sup>101</sup>, non si può fare a meno di evidenziare un elemento di assoluto rilievo: l'interesse può essere il dato su cui fondare la positiva valutazione di non irragionevolezza di una norma (*recte*: della sua *ratio legis*) e, per ciò che qui rileva, dell'applicazione automatica della previsione normativa.

Terreno privilegiato per condurre l'indagine su tali presupposti teorici è sicuramente il nutrito filone giurisprudenziale delle "rigide" sanzioni disciplinari.

Delle molte pronunce che si sono avute dal 1988 ad oggi<sup>102</sup>, significativa è, innanzitutto, la sentenza n. 234 del 2015, con la quale la Corte non ha accolto la questione sulla norma<sup>103</sup> che vieta la riabilitazione del notaio già destituito a seguito di condanna per alcuni reati<sup>104</sup>. In tale occasione il giudice delle leggi ha rilevato come la (automatica) preclusione alla riabilitazione non risulti manifestamente irragionevole, poiché non è "cieca"<sup>105</sup> ai profili peculiari del caso concreto, ma viene, al contrario, calibrata con riferimento ad essi ed applicata, a seguito di un procedimento disciplinare, solo nelle ipotesi estreme, vale a dire solo nei *gravi casi* di destituzione del notaio.

Emerge, qui, l'elemento di rilievo, cui si è già fatto cenno in queste pagine: la rigida previsione normativa non è irragionevole perché essa è posta a tutela di un particolare interesse, vale a dire la fiducia incondizionata dei conso-

---

101 Sui quali si tornerà alla fine di questo paragrafo.

102 Si vedano le sentenze n. 971 del 1988, nella quale – in realtà si riprende quanto già detto, pur non accogliendo la questione, nella decisione n. 270 del 1986, e nn. 40 del 1990, 220 del 1995, 239 del 1996, 363 del 1996, 2 del 1999 e 329 del 2007 e 268 del 2016

103 Oggetto del giudizio di costituzionalità era l'art. 159, comma 3, della legge 16 febbraio 1913, n. 89, censurato in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

104 Tali reati sono: falso, frode, abuso d'ufficio, concussione, corruzione, furto, appropriazione indebita aggravata, peculato, truffa e calunnia.

105 Secondo la suggestiva immagine di G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 180 ss.

ciati «in una figura destinata a garantire la sicurezza dei traffici giuridici, a propria volta preminente interesse dello Stato di diritto»<sup>106</sup>.

Il ruolo dell'interesse nella giustificazione dell'automatica applicazione di una sanzione disciplinare emerge in tutta la sua evidenza anche nella sentenza n. 112 del 2014, con la quale la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità sulla norma<sup>107</sup> che prevede, per gli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, la destituzione di diritto quale conseguenza automatica dell'applicazione di una misura di sicurezza personale.

In questa decisione sono stati proprio gli interessi della collettività ad aver salvato dalla incostituzionalità<sup>108</sup> la previsione della destituzione di diritto, quale conseguenza automatica dell'applicazione di una misura di sicurezza personale.

In altri termini, l'automatica applicazione della previsione normativa riflette la preminenza attribuita dal legislatore all'interesse della collettività ad essere difesa dalla pericolosità sociale di un individuo, allorché questo sia un dipendente dell'Amministrazione di pubblica sicurezza, reputando recessivo l'interesse del singolo alla graduazione della sanzione disciplinare che gli deve essere applicata.

Da ultimo merita di essere ricordata la sentenza n. 197 del 2018, con la quale la Corte non ha accolto la questione di legittimità costituzionale sulla norma<sup>109</sup> che prevede la sanzione della rimozione per il magistrato che sia stato condannato in sede disciplinare per le ipotesi<sup>110</sup> in cui questi consapevolmente ottiene prestiti o agevolazioni da parti o indagati in procedimenti penali o civili

---

106 *Cons. dir.* punto 4.

107 Ricavabile dall'art. 8, primo comma, lettera c), del d.P.R. n. 737 del 1981 (Sanzioni disciplinari per il personale dell'Amministrazione di pubblica sicurezza e regolamentazione dei relativi procedimenti).

108 Con la sentenza n. 112 del 2014 è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, lett. c), del d.P.R. n. 737 del 1981, censurato, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui prevede, per gli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, la destituzione di diritto quale conseguenza automatica dell'applicazione di una misura di sicurezza personale.

109 Ricavabile dall'art. 12, comma 5, del decreto legislativo n. 109 del 2006.

110 Previste dall'art. 3, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 109 del 2006.

pendenti presso l'ufficio di appartenenza o presso altro ufficio del medesimo distretto di corte d'appello; ovvero – ma solo quando si tratti di prestiti o agevolazioni «a condizioni di eccezionale favore» – da parti offese, testimoni o altri soggetti comunque sia coinvolti nei predetti procedimenti.

In questa occasione – e parimenti a quanto rilevato per la preclusione automatica alla riabilitazione del notaio – la Corte ha fondato la decisione di rigetto sulla constatazione che l'applicazione automatica della misure (e per converso l'impossibilità di modulare l'effetto giuridico) trovi fondamento nell'interesse all'imparzialità e all'indipendenza del magistrato, il quale in ultima istanza si traduce nella «*fiducia dei consociati nel sistema giudiziario, valore presidiato dalla norma ed essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto*». Per tale ragione i magistrati non devono solo fare effettivo esercizio di indipendenza e imparzialità, ma devono anche evitare «*di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell'adempimento delle proprie funzioni*».

L'esito decisorio presta il fianco, in realtà, a più di qualche perplessità, potendosi nutrire fondati dubbi sulla ragionevolezza di una disposizione legislativa che accomuna sotto l'identico e rigido regime sanzionatorio un ampio ventaglio di condotte.

Qui, pertanto, la valutazione di preminenza dell'interesse parrebbe l'unico modo che aveva la Corte per giungere ad una conclusione della vicenda di costituzionalità che non si mostrasse lesiva della discrezionalità del legislatore, in quanto l'intervento richiesto sarebbe risultato particolarmente incisivo sulla disciplina delle sanzioni disciplinari.

Esito, questo, che pone più di una qualche perplessità e che conferma le critiche mosse dalla dottrina sia alla connotazione spesso giustificazionista del controllo di ragionevolezza<sup>111</sup> sia alla debolezza del bilanciamento di interessi,

---

111 Così per tutti, A. PACE, *I limiti del potere*, Napoli, 2008, 14.

allorché utilizzato come comoda “via di fuga” in assenza di «strategie argomentative più salde»<sup>112</sup>.

È evidente, inoltre, che se si generalizzasse la portata di tale *decisum*, ossia che l'automatismo legislativo non è illegittimo quando si mostri a tutela di un interesse che deve essere considerato prevalente nell'assetto fattuale disciplinato dalla norma, la quale detto automatismo esprime, molte delle censure di incostituzionalità potrebbe essere destinate al rigetto. Si potrebbe, infatti, sempre ritenere non irragionevole la preminenza di un determinato interesse su un altro e la conseguente impossibilità di modulare gli effetti, posta a tutela di quest'ultimo.

Occorre, pertanto, stabilire entro quali limiti la valutazione sulla preminenza di un determinato interesse possa determinare la salvezza della norma che “rigidamente” lo tuteli.

Un'indicazione, sulla soluzione tesa a scongiurare, per un verso, che qualsiasi scelta legislativa risulti irragionevole e, per l'altro, che la valutazione sull'interesse alla cui tutela è volta la norma coincida sempre con la salvezza della rigida previsione di legge, è offerta sempre dalla sentenza n. 197 del 2018.

Nello spiegare il perché la decisione non si pone in contrasto con la propria giurisprudenza sugli «automatismi sanzionatori nell'ambito del diritto penale», la Corte, non si limita a rilevare la diversità fra pene e sanzioni, bensì afferma che «alcune almeno delle garanzie che, sulla base della giurisprudenza di questa Corte, circondano la pena in senso stretto non si applicano, o si applicano con un maggior grado di flessibilità, alla sfera delle sanzioni disciplinari».

Sebbene la Corte non ne faccia espressa menzione, il riferimento alla pena indica che il diverso esito cui conduce la valutazione degli automatismi in materia penale è determinato dall'incidenza, sempre maggiore, del principio rieducativo.

---

112 M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in AA.VV. *Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, Relazione al Convegno *Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 19 e 20 maggio 2016; anche in *Rivista AIC*, 2016 (dal quale la citazione è tratta), 13.

È, in altri termini, la diretta incidenza del principio costituzionale che determina lo scrutinio stringente di costituzionalità e da ciò può ricavarsi che, e fuori dai casi della costitutività, perché l'automaticità degli effetti possa ritenersi giustificata, non è sufficiente che la norma risulti funzionale alla tutela di uno specifico interesse<sup>113</sup>, reputato di rilevanza tale da giustificare la minore capacità del caso concreto di condizionare la produzione nel *quomodo* di un determinato effetto giuridico e, mediante esso, una differente composizione degli interessi coinvolti nella vicenda normativa. Deve, invece, dimostrarsi – e tale dimostrazione corrisponde alla fissazione del limite cui si è accennato poco sopra – che la rigida formulazione legislativa e la conseguente immodificabile composizione di interessi non sia incompatibile con un principio costituzionale, che trovi diretta ed immediata espressione nel testo costituzionale.

La predisposizione di un ordine di interessi, che veda la prevalenza incondizionata di uno di essi, non può, quindi, reputarsi di per sé irragionevole e quindi costituzionalmente incompatibile, purché essa non sia incompatibile con il differente ordine di interessi desumibile dall'ordito valoriale espresso dalla Carta costituzionale, che trova attuazione nelle disposizioni scritte e nei principi dalle prime desumibili.

Se l'interesse è una concreta rivendicazione, riferibile al piano dell'essere, e in quanto tale tutelabile nella misura in cui risulta corrispondente al dover essere costituzionale, allora soltanto quando sia riscontrabile una coincidenza fra il dovere essere costituzionale e la concreta composizione di interessi incorporata dalla disposizione legislativa, la prevalenza di un interesse, espressa mediante la rigida formulazione normativa, può andare esente dalla negativa valutazione di irragionevolezza e quindi dalla declaratoria di incostituzionalità.

Soltanto entro tale limite, gli effetti automatici, posti a tutela di un determinato interesse, potranno considerarsi giustificati e non si tramuteranno in au-

---

113 G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, § 3. Ragiona sul ruolo dell'interesse nella giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi anche S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., 17 ss.

tomatismi legislativi (illegittimi). Anche perché gli ambiti di discrezionalità interpretativo-applicativa non possono, di regola, essere eliminati quando è in gioco un principio costituzionale, al cospetto del quale deve sempre essere possibile modulare l'effetto normativo rispetto alle caratteristiche del caso concreto.

#### **8. La supremazia della Costituzione, il processo dialettico di positivizzazione del diritto e l'operare dell'interprete secondo un fine integrativo**

L'affermazione con la quale si è concluso il precedente paragrafo è perfettamente coerente con un certo modo di intendere il ruolo e lo spazio dei principi costituzionale e della connessa necessità, più volte posta in evidenza, che l'interprete-applicatore possa, e debba, procedere all'integrazione della legge, tanto in riferimento alle caratteristiche dei casi concreti, quanto alle connesse esigenze di attuazione del dato costituzionale.

Sulla base di tale assunto è, inoltre, anche possibile riannodare le conclusioni qui esposte con gli esiti dell'indagine teorica sul modo di intendere le norme di comportamento. Se queste ultime debbano intendersi sia come prescrizioni sia come valutazioni e qualificazioni di fatti, tali norme devono essere considerate come un dato, o meglio come l'elemento iniziale grazie al quale prende avvio il processo dialettico di positivizzazione del diritto; processo, questo, che non può esaurirsi nella legislazione, ossia nel momento di "posizione" della norma, ma deve necessariamente continuare anche nell'opera dei soggetti chiamati a dare applicazione al diritto<sup>114</sup>.

Se si riconosce, infatti, che, già nel suo essere posta, la norma è una valutazione in termini di regolarità, sempre passibile di risultare come una imprecisa rappresentazione e quindi qualificazione del reale e sub ottimale rispetto al livello assiologico di riferimento, si può arrivare ad ammettere, con minori ostacoli di ordine teorico, che il risultato da essa raggiunto, tutt'altro che definitivo,

<sup>114</sup> Così, fra i tanti, F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 92 e ID. *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, 1999, 260.

può essere passibile di integrazione in un processo di valutazione (sebbene di secondo livello), al quale sono chiamati a partecipare gli stessi organi dell'applicazione, che in tal modo potranno operare una migliore composizione degli interessi in gioco nel caso concreto.

Processo, questo, che, naturalmente, deve compiersi nei limiti delle competenze di ciascun soggetto chiamato a parteciparvi. Il giudice comune lo fa nei limiti della valutazione già fissata dal legislatore, così come essa risulta cristallizzata nel testo della legge, potendo egli, pertanto, tentare una migliore e diversa valutazione degli interessi coinvolti, nei limiti in cui il testo glielo consenta. La Corte costituzionale, invece, può svincolarsi dalla valutazione risultante dalla lettera della legge, non è costretta alla pura dichiarazione di incostituzionalità, ma può addirittura sostituire o integrare – nei limiti del costituzionalmente obbligato (anche se spazi sono oramai aperti anche nella direzione del costituzionalmente adeguato) – la primaria valutazione impressa nel testo della legge.

Ciò, del resto, è perfettamente in linea con l'affermazione della supremazia della Costituzione, non solo nel suo aspetto (o efficacia) formale, ma altresì nella sua dimensione valoriale. Se, infatti, non si voglia far rimanere detta supremazia una sola affermazione o petizione di principio, non può negarsi che la sua protezione è tanto più intensa *«quanto più è effettiva, ed è più effettiva proprio quando, dinanzi agli organi a cui spetta l'applicazione della legge ai casi singoli, i contenuti costituzionali [...] siano assunti come concretamente condizionanti ogni altra [...] determinazione dell'ordinamento»*<sup>115</sup>.

Il superamento degli automatismi legislativi si muove proprio nella direzione di dare effettività al dato costituzionale, riespandendo il potere dell'organo dell'applicazione (essenzialmente il giudice) nel modulare le conseguenze giuridiche in base alle caratteristiche del caso concreto, al fine di permettere il maggior grado di soddisfazione possibile dei contenuti costituzionali implicati nella concreta vicenda applicativa.

---

115 C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 81.



In un modello pluralistico, infatti, ogni scelta deve, per quanto possibile, essere operata dal soggetto pubblico «secondo un tendenziale fine integrativo, preferendo cioè, tra le varie possibili, quell'opzione che consenta il massimo di soddisfazione della pluralità degli interessi in gioco»<sup>116</sup>. In tal senso acquista sempre maggiore rilevanza, più che il grado di precisione e di esattezza della regolamentazione, la capacità della norma di “dare copertura” al maggior numero di interessi concorrenti<sup>117</sup>.

Nell'attuale realtà ordinamentale – come si è efficacemente sostenuto – «il processo normativo» deve considerarsi «come un continuum che procede dalla posizione delle esigenze di positivizzazione del singolo modulo giuridico nel quadro della società civile, all'esito della decisione inerente ai comportamenti individuali». In altri termini «il ruolo dell'interprete si legittima entro un quadro dinamico di partecipazione che è definito essenzialmente dagli ambiti discrezionali che sono progressivamente ridotti mediante lo svolgersi del processo medesimo»<sup>118</sup>.

Pur ammettendo, perciò, la possibilità, e financo la necessità, che tali ambiti discrezionali siano via via ridotti, non può giungersi alla conclusione che essi possano essere del tutto eliminati<sup>119</sup>, in quanto la discrezionalità dell'interprete-applicatore deve, di regola, muoversi all'interno di una forbice che va dal *minimo*, da intendersi nel senso di riconoscere il potere di adeguare la fattispecie astratta alla fattispecie concreta, al *massimo*, di dare attuazione ad un principio costituzionale, o meglio di modulare l'attività interpretativo-applicativa alla luce di tale principio.

---

116 F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti*, cit., 182.

117 Sul punto, molto efficacemente, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 343, afferma che «solo una legge convenientemente flessibile, ma non muta né impotente davanti ai problemi della prassi comunitaria suscettibili di incidere su interessi giuridicamente rilevanti, può realizzare la propria vocazione di porsi quale struttura normativa di mediazione tra l'altrezza dei principi costituzionali, come tali generali ed indeterminati, e la concretezza della dimensione esecutiva/applicativa, inevitabilmente legata alla specificità dei casi individuali».

118 Così F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 133.

119 Nella prospettiva della teoria dei sistemi, poi, e secondo l'insegnamento luhmaniano la tutela degli spazi di discrezionalità permette all'interprete-applicatore e in particolar modo alla giurisdizione di assolvere alla «funzione di pietra angolare nella differenziazione del sistema», perché è baluardo alla «neutralizzazione politica della sua competenza specifica»; competenza che ha «un doppio aspetto: la possibilità di subire influenze da parte della politica e l'autonomia nella produzione di decisioni vincolanti, la dipendenza e l'indipendenza di questo sottosistema dal sistema politico» (così N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990, 56).



ENRICA CIBELLA

Dottoranda di ricerca in Diritti Umani: evoluzione, tutela e limiti presso il Dipartimento di  
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo  
*enicacibella@gmail.com*

## **IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELL'AMBIENTE DIGITALE**

### **THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE DIGITAL ENVIRONMENT**

#### SINTESI

L'inarrestabile evoluzione tecnologica che connota la società moderna ha condotto alla realizzazione di quello che viene comunemente denominato "ambiente digitale", uno spazio virtuale creato attraverso la programmazione informatica e reso accessibile grazie a dispositivi elettronici e digitali nel quale, dalle interazioni tra individui e dalle attività in esso svolte, possono derivare effetti – anche negativi – idonei a ripercuotersi all'interno del mondo fisico. Alla luce di un'interpretazione evolutiva del principio di precauzione, nell'attività di gestione del rischio, l'Amministrazione è oggi chiamata a effettuare un delicato bilanciamento tra l'esigenza di innovazione e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Tuttavia, dinanzi all'incapacità dei legislatori nazionale ed europeo di stare al passo con una realtà tanto mutevole e dinamica, in mancanza di una disciplina normativa del fenomeno, occorre verificare se l'impiego delle nuove tecnologie da parte dell'Amministrazione sia manifestazione dell'esercizio di un potere (seppur implicito) ovvero costituisca un mero modulo organizzativo di carattere istruttorio. Nel primo caso, infatti, l'ampia discrezionalità di cui gode l'attore pubblico nell'attività di gestione del rischio, in assenza di un quadro normativo che definisca il perimetro dell'esercizio del potere, rischierebbe di straripare dai margini della legalità sostanziale determinando l'illegittimità dell'azione amministrativa; nel secondo caso, invece, l'utilizzo di strumenti di Intelligenza Artificiale rappresenterebbe un mero *modus operandi* della scelta au-

toritativa, accessorio e funzionale rispetto all'esercizio del potere amministrativo attribuito – a monte – dalla fonte primaria.

ABSTRACT

The unstoppable technological development that characterizes modern society has led to the creation of what is commonly referred to as the “digital environment”, a virtual space created through the use of computer language and made accessible thanks to electronic and digital devices in which, from the interactions between individuals and from the activities carried out in it, effects - even negative ones - capable of having repercussions within the physical world, can arise. In the light of an evolutionary interpretation of the precautionary principle, in risk management activities, the Public Administration is called upon to carry out a delicate balance between the need for innovation and the protection of fundamental human rights. However, faced with the inability of national and European legislators to keep up with such a changing and dynamic reality, in the absence of a regulatory framework for the phenomenon, it is necessary to verify whether the use of new technologies by the Public Administration is a manifestation of the exercise of a power (although implicit) or constitutes a mere organizational module functional to the exercise of administrative power attributed by a primary source of law. In the first case, in fact, the wide discretion enjoyed by the Public Actor in the risk management activity, in the absence of a regulatory framework that defines the perimeter of the exercise of power, would risk overflowing from the margins outlined by the principle of legality, determining the illegitimacy of the administrative action; in the second case, however, the use of Artificial Intelligence would represent a mere *modus operandi* of the Public Administration, accessory and functional with respect to the exercise of the administrative power attributed - upstream - by the law.

PAROLE CHIAVE: Principio di precauzione – Attività di gestione del rischio – Ambiente digitale – Discrezionalità amministrativa – Principio di legalità

KEYWORDS: Precautionary principle – Risk based approach – Digital environment – Administrative discretion – Principle of legality

INDICE: 1. Amministrazione del rischio e uso delle nuove tecnologie. – 2. Il modello del “*risk based approach*” con particolare riferimento all’*Artificial Intelligence Act*. – 3. Rischio e precauzione nell’ambiente digitale: il problema della tutela dei diritti. – 4. L’attività di gestione del rischio e il principio di legalità: alcune considerazioni. – 5. Conclusioni.

## 1. Amministrazione del rischio e uso delle nuove tecnologie

Negli ultimi decenni l’azione dei pubblici poteri, come molti altri settori dell’attività umana, ha subito significative trasformazioni derivanti dal sempre più frequente ricorso alle nuove tecnologie e, in particolare, all’informatica e alla telematica<sup>1</sup>.

L’uso delle nuove tecnologie e l’impiego di strumenti di Intelligenza Artificiale<sup>2</sup> (IA) da parte dell’Amministrazione rappresentano la conclusione naturale di un progresso tecnologico e giuridico che ha investito gli ordinamenti dei Paesi maggiormente sviluppati<sup>3</sup> e che ha condotto a quello che viene definito come il passaggio dall’«*Amministrazione digitale*»<sup>4</sup> alla cd. «*Amministrazione algoritmica*»<sup>5</sup>.

---

1 Si v. R. BODEI, *Dominio e sottomissione, Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, 2019; V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data: A revolution that will transform how we live, work, and think*, Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

2 R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, in *Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?*, M. CORRALES, M. FENWICK, N. FORGÒ (a cura di), *Robotics, AI and the Future of Law*, Springer, 2018, 15 ss. secondo cui «*AI is described as a system applied to an advanced computer technology, which is aimed at imitation of intelligent human behavior, partly to understand (human) intelligence and also to create intelligent creatures that can operate autonomously in complex, changing situations*».

Occorre, inoltre, segnalare come il più delle volte dottrina e giurisprudenza utilizzano la locuzione “Intelligenza Artificiale” e il termine “algoritmi” come sinonimi riferendosi alle forme di automazione informatica tradizionale, in altre occasioni, invece, tendono a circoscrivere il campo degli “algoritmi” nell’ambito delle applicazioni specifiche dell’IA. Al riguardo, occorre segnalare che il Consiglio di Stato con la sentenza 4-25 novembre 2021, n. 7891, provando a fare chiarezza sul tema, ha affermato che «*L’algoritmo è una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato. Tale nozione quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l’intervento umano. Cosa diversa, invece, è l’Intelligenza Artificiale. In questo caso l’algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l’algoritmo “tradizionale”) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico*».

3 A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico a istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011.

4 D.U. GALETTA, *Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass*, in D.U. GALETTA, J. ZILLER (a cura di), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.

5 D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3, 1 ss.; A.

La crescente diffusione dell'uso di strumenti di IA ha assunto, oggi, un notevole rilievo sotto molteplici profili, anche in considerazione della loro dirompente forza rivoluzionaria in ordine alle dinamiche che governano le relazioni interpersonali, ai modelli di produzione e di erogazione dei servizi, ma anche ai principi che regolano la struttura e l'attività delle organizzazioni pubbliche. Si pensi, ad esempio, alla potenza di calcolo dei computer più moderni o alla conseguente facilità di creazione e di trasmissione delle informazioni digitali (*big data*)<sup>6</sup>.

Una delle novità di maggiore portata riguarda l'utilizzo di algoritmi<sup>7</sup> capaci di apprendere autonomamente escludendo l'apporto umano e mantenendo solo indirettamente la presenza dell'uomo nella fase della loro programmazione<sup>8</sup>. Rientrano all'interno di tale categoria gli algoritmi di *machine learning*<sup>9</sup>, programmi di intelligenza artificiale in grado di scrivere autonomamente altri programmi per interpretare dati e prevedere risultati e la cui caratteristica principale è proprio l'apprendimento automatico<sup>10</sup>.

La crescente dimensione di incertezza del sapere scientifico derivante anche dalla rapidità con cui si evolvono le nuove tecnologie e l'impatto sociale delle nuove scienze, hanno messo in crisi il tradizionale rapporto tra diritto e scienza<sup>11</sup>.

---

SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, 2020.

6 M. BOTTARI, *Procedimento amministrativo: evoluzione digitale e suoi sviluppi nell'era dell'Intelligenza artificiale*, in *Il diritto amministrativo*, consultabile al link: <https://www.ildirittoamministrativo.it/Procedimento-amministrativo-evoluzione-digitale-e-suoi-sviluppi-era-Intelligenza-artificiale/stu937>.

7 Sulla nozione di algoritmo si v. T.H. CORMEN, C. E. LEISERSON, R. L. RIVEST, C. STEIN, *Introduzione agli algoritmi*, McGraw-Hill Education, Londra, 2009.

8 I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 3, 643-662.

9 T. M. MITCHELL, *Machine Learning*, McGraw-Hill, New York, 1997; J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, Cambridge University Press, 2019; M. MERONE, *Fondamenti di Machine Learning e applicazioni giuridiche*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI e M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffrè, Milano, 2022.

10 C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making*, in *The Machine-Learning Era*, Georgetown Law Journal, vol. 105, 1147 ss., 2017.

11 Si veda A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in *Federalismi.it*, 2019, 1 ss.

In un contesto tanto mutevole in cui la scienza ha manifestato l'incapacità di controllare i rischi che essa stessa ha creato, il diritto non si limita più semplicemente a recepire le conoscenze scientifiche, essendo, invece, chiamato ad assolvere una «*funzione di critica e di integrazione del sapere scientifico laddove i possibili nessi causali tra potenziali fattori di danno ed effetti pregiudizievoli non siano individuabili ovvero decifrabili sulla scorta di criteri scientifici*»<sup>12</sup>.

La società post-moderna sta attraversando una fase in cui il governo della cosa pubblica è costretto a confrontarsi costantemente con rischi che sino a pochi anni addietro erano ancora ignoti<sup>13</sup>.

Il sociologo tedesco Ulrich Beck ha, difatti, definito la società contemporanea come una «*società del rischio*»<sup>14</sup>, riferendosi con tale locuzione a un nuovo tipo di società caratterizzata dalla pervasiva presenza di rischi globali e di incertezze capaci di influenzare ogni aspetto della vita sociale, economica e politica.

L'avanzamento della tecnologia, unito a fenomeni già noti come la globalizzazione, l'industrializzazione e lo sviluppo scientifico hanno determinato la produzione di rischi sempre meno prevedibili e controllabili capaci persino di trascendere i confini nazionali<sup>15</sup>.

Si tratta di rischi “nuovi” che derivano principalmente dall'elevata complessità e interconnessione che connotano la società moderna, la quale, non a caso, è definita come «*una società catastrofica*»<sup>16</sup>: una «*società dispensatrice di rischi*»<sup>17</sup> in cui il principio di precauzione trova la sua sede naturale.

---

12 A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *op. cit.*, 7.

13 A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *St. parl. pol. cost.*, 2003.

14 U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità.*, Carocci, 2013, secondo il quale la società del rischio non sarebbe altro che il risultato delle trasformazioni sociali, economiche e tecnologiche verificatesi nel corso del XX secolo; nello stesso senso, si veda, più di recente, U. BECK, *Conditio humana, Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008.

15 Si pensi, ad esempio, alle minacce derivanti dal cambiamento climatico, alle catastrofi ambientali, alle crisi finanziarie o alla sicurezza informatica.

16 C. IANNELLO, *Note sul principio di precauzione*, in L. CHIEFFI, *Frontiere mobili*, Mimesis Edizioni, 2014, p. 2.

17 C. IANNELLO, *op. cit.*, p. 2.

Siffatto principio ha, pertanto, trovato sin da subito terreno fertile nella società del rischio caratterizzata dalle potenzialità distruttive connesse allo sviluppo tecnologico<sup>18</sup>.

L'impiego delle nuove tecnologie da parte della Pubblica Amministrazione rappresenta, difatti, un fenomeno che dischiude potenzialità immense in termini di applicazione e sviluppo e che, al contempo, solleva molteplici perplessità<sup>19</sup>.

Se dall'utilizzo dei più evoluti sistemi di IA possono derivare innumerevoli vantaggi per l'Amministrazione, quali l'ottimizzazione delle operazioni e dell'allocazione di risorse, la semplificazione dell'azione amministrativa, l'immediatezza dei risultati, l'economicità temporale, il minor rischio di errori<sup>20</sup> oltre che, secondo alcuni autori<sup>21</sup>, anche una maggiore imparzialità, occorre evidenziare come la capacità degli algoritmi di effettuare operazioni automatizzate in grado di sostituirsi all'attività umana<sup>22</sup> pone, tuttavia, diversi dubbi circa la loro compatibilità con i principi stabiliti dall'ordinamento per il legittimo esercizio del potere pubblico<sup>23</sup>.

In tale contesto, deve riconoscersi la piena centralità del principio di precauzione che, entrando in gioco ogni qualvolta l'attore pubblico sia chiamato

---

18 A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *op. cit.*, p. 7.

19 B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi.it*, 2020, 22, 242-261.

20 D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Maggioli, 2005.

21 S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 1 ss. il quale ritiene che la "macchina" sia in grado di escludere quei pregiudizi propri dell'animo umano e, dunque, di neutralizzare la componente "emotiva" che caratterizza gli esseri umani;

22 A. BOIX-PALOP, *Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, when Used by the Public Administration for Decision-making, as Legal Norms in order to Guarantee the proper adoption of Administrative Decisions*, in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, 2020, vol. 1, p. 76 in cui l'autore sostiene che «we are witnessing a gradual replacement as artificial intelligence becomes more and more capable of matching and then overcoming human intelligence. This already ongoing process of replacement will be further and further, reaching more and more different human activities».

23 B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, U. RUFFOLO, (a cura di), Giuffrè, 2020; C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, Fasc. 1, 2019, 177 ss.



ad effettuare delle scelte pur in mancanza di dati certi e affidabili, funge da guida per l'*agere* amministrativo.

## 2. Il modello del “*risk based approach*” con particolare riferimento all'*Artificial Intelligence Act*

Il modello del *risk-based approach* nasce come risposta all'emersione della società del rischio, tradizionalmente con riferimento alla tutela dell'ambiente<sup>24</sup> e della salute umana.

Un approccio basato sulla gestione del rischio implica che l'Amministrazione – sulla quale grava il dovere di cura dell'interesse generale – nel perseguire l'obiettivo di cura e protezione di diritti e valori rilevanti, sia tenuta ad adottare in via preventiva le misure ritenute più adeguate senza attendere che la gravità dei rischi derivanti da una data attività sia scientificamente provata.

Tuttavia, la riduzione del rischio non è sempre agevolmente praticabile<sup>25</sup>. L'Amministrazione ha, infatti, il compito di trovare un punto di raccordo tra due opposte esigenze: da un lato, assicurare una risposta tempestiva, efficace e flessibile al mutare imprevedibile del contesto storico-politico di riferimento e dall'altro, garantire che l'azione dalla stessa posta in essere sia rispettosa della cornice costituzionale<sup>26</sup>.

La gestione del rischio in contesti di incertezza scientifica è un tema molto caro al legislatore europeo: sebbene nell'ultimo decennio si sia assistito al proliferare di numerosi provvedimenti<sup>27</sup> volti alla definizione dell'approccio alle

---

24 Cfr. L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come Common concern*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile il danno*, R. FERRARA e C.E. GALLO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2014; J. MORAND-DEVILLER, *Il giusto è l'utile nel diritto dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile il danno*, cura di R. FERRARA e C.E. GALLO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2014.

25 A. SANTOSSUOSO, *Scienza e tecnologia, se il criterio è il “rischio”: problemi e condizioni*, in *Agendadigitale.eu*, 17 dicembre 2021, consultabile al link <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/scienza-tecnologia-e-societa-problemi-e-condizioni-del-rischio-come-criterio/>.

26 C. SILVANO, *Il principio di precauzione nell'attuale emergenza sanitaria*, in *BioDiritto*, 20 marzo 2020.

27 Si tratta di provvedimenti europei non vincolanti tra i quali occorre menzionare la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante *Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, consultabile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-con>

nuove tecnologie e, in particolare, all'Intelligenza Artificiale, il primo vero passo in avanti verso la regolamentazione di un fenomeno così complesso si è registrato soltanto con l'*Artificial Intelligence Act*<sup>28</sup>.

Nella proposta di regolamento avanzata dalla Commissione europea l'approccio proporzionato basato sul rischio (*risk based approach*) viene elevato a criterio cardine per l'individuazione di quelle strategie di azione e soluzioni organizzative<sup>29</sup> indispensabili per la gestione dei potenziali impatti dell'IA sui diritti umani e per garantire un utilizzo responsabile e sicuro della tecnologia.

Al riguardo, il 14 giugno scorso il Parlamento europeo ha approvato la bozza di legge che rappresenterà la posizione ufficiale dell'Istituzione ai negoziati previsti per la fine dell'anno con la Commissione europea e il Consiglio (il cd. trilogio)<sup>30</sup>.

L'obiettivo perseguito dal legislatore europeo è la realizzazione di un quadro giuridico capace di includere meccanismi flessibili che consentano un adattamento dinamico alla continua evoluzione della tecnologia e che, allo stesso tempo, sia incentrato su un approccio fondato sul rischio che non crei eccessive restrizioni al mercato interno, garantendo l'utilizzo e l'immissione di sistemi di IA sicuri e rispettosi dei diritti fondamentali dell'uomo.

---

tent/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52017IP0051; *Refinding industry, Report from the High-Level Strategy Group on Industrial Technologies*, relazione consultabile al link: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/28e1c485-476a-11e8-be1d-01aa75ed71a1>; *Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous" Systems*, consultabile al link: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dfebe62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1>; *Orientamenti etici per una IA affidabile*, documento pubblicato l'8 aprile 2019, consultabile al link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>; il *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* pubblicato il 19 febbraio 2020, consultabile al link: [https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust\\_en](https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en).

28 «*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending certain union legislative acts*», cd. *Artificial Intelligence Act (AI4)*. Consultabile al link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>.

29 A. SANTOSSUOSO, *op. cit.*

30 La votazione finale sulla proposta di regolamento (*Artificial Intelligence Act*) dovrebbe tenersi prima delle prossime elezioni europee previste per il 2024.

Con la proposta citata, la Commissione offre anzitutto una definizione di IA<sup>31</sup>, propone una classificazione delle tipologie di rischio, delinea l'iter di convalida e certificazione dei sistemi e individua gli obblighi sussistenti in capo agli operatori economici coinvolti nel ciclo di produzione e commercializzazione degli stessi<sup>32</sup>.

Il fulcro centrale del documento citato è rappresentato dal “rischio” il quale assume particolare rilievo in relazione alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

È, difatti, la stessa Commissione europea a ricordare come le norme che regolano i sistemi di IA debbano essere coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>33</sup>. Tra i «*Motivi e obiettivi della proposta*» si legge testualmente che «*It is in the Union interest to preserve the EU's technological leadership and to ensure that Europeans can benefit from new technologies developed and functioning according to Union values, fundamental rights and principles*».

Sebbene non venga mai espressamente menzionato, tra le righe della bozza di legge si coglie anche la centralità del principio di precauzione: il legislatore europeo, difatti, pur non facendo alcun esplicito riferimento a situazioni di incertezza scientifica, ha previsto che nell'ipotesi in cui un'autorità amministrativa nazionale ravvisi che un determinato sistema di IA presenti un rischio per la salute o la sicurezza delle persone, essa possa chiedere «*all'operatore pertinente di adottare tutte le misure adeguate a far sì che il sistema di IA, all'atto della sua immissione sul mercato o messa in servizio, non presenti più tale rischio o che sia, a seconda dei casi, ritirato dal mercato o richiamato entro un termine ragionevole, proporzionato alla natura del rischio*»<sup>34</sup>.

---

31 «*Artificial Intelligence (AI) is a fast evolving family of technologies that can bring a wide array of economic and societal benefits across the entire spectrum of industries and social activities*» cit. par. 1.1. Relazione all'Artificial Intelligence Act.

32 G. PROIETTI, *Intelligenza artificiale: una prima analisi della proposta di regolamento europeo*, in *dirittobancario.it*, 27 maggio 2021, disponibile al link <https://www.dirittobancario.it/art/intelligenza-artificiale-una-prima-analisi-della-proposta-di-regolamento/>.

33 P. LOI, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi.it*, 8 febbraio 2023, 239 ss.

Il rischio è convenzionalmente suddiviso in quattro differenti categorie: il rischio inaccettabile, l'alto rischio, il rischio limitato e il rischio minimo.

I sistemi di IA dalla cui applicazione derivi una chiara minaccia per la sicurezza, i mezzi di sussistenza e i diritti delle persone saranno rigorosamente vietati<sup>35</sup>. La categoria più ampia è, invece, rappresentata dai sistemi di IA cd. «*ad alto rischio*»<sup>36</sup> ossia quei sistemi capaci di incidere in modo sensibile sui diritti fondamentali delle persone fisiche ma che, in un'ottica di bilanciamento tra interessi opposti, saranno ammissibili se sottoposti a rigide valutazioni da parte di fornitori e utilizzatori e, in ogni caso, se è garantita la sorveglianza umana nel processo di sviluppo dell'algoritmo al fine di consentirne la modificabilità e la comprensibilità<sup>37</sup>.

Sulla scorta del principio di proporzionalità, le misure di gestione del rischio devono essere sempre proporzionate al grado di incertezza scientifica e ai potenziali rischi derivanti dall'uso delle nuove tecnologie. Il rischio deve, infatti, essere “graduato” a seconda dell'impatto che un dato sistema di IA ha sui diritti fondamentali della persona.

---

34 Art. 67, rubricato «*Sistemi di IA conformi che presentano un rischio*» dell'*Artificial Intelligence Act*.

35 Al par. 5.2.2. della proposta di regolamento, rubricato «*Pratiche di intelligenza artificiale vietate*» si legge testualmente che «*I sistemi di IA il cui uso è considerato inaccettabile in quanto contrario ai valori dell'Unione, ad esempio perché viola i diritti fondamentali. I divieti riguardano pratiche che presentano un elevato potenziale in termini di manipolazione delle persone attraverso tecniche subliminali, senza che tali persone ne siano consapevoli, oppure di sfruttamento delle vulnerabilità di specifici gruppi vulnerabili, quali i minori o le persone con disabilità, al fine di distorcerne materialmente il comportamento in maniera tale da provocare loro o a un'altra persona un danno psicologico o fisico*». Si pensi ai software in grado di implementare sistemi di classificazione delle persone in base al loro comportamento o alle loro caratteristiche (cd. *social scoring*).

36 Ai sensi dell'art 6 della proposta, un sistema di IA viene considerato ad alto rischio quando ricorrono congiuntamente due condizioni: il sistema di IA deve essere una componente di sicurezza di un prodotto o essere esso stesso un prodotto sottoposto alla disciplina di armonizzazione e, allo stesso tempo, deve trattarsi di un prodotto soggetto alla valutazione di conformità di organismi terzi prima di poter essere immesso sul mercato.

37 Vi rientrano, ad esempio, i sistemi utilizzati nei settori della pubblica sicurezza, dell'accesso ai servizi pubblici e privati essenziali, dei trasporti, dell'asilo e dell'immigrazione o, ancora, dell'amministrazione della giustizia. L'art. 6 sopra citato rinvia, infatti, all'Allegato III della quale sono individuati alcuni dei settori in cui detta forma di tecnologia potrebbe essere utilizzata.

### 3. Rischio e precauzione nell'ambiente digitale: il problema della tutela dei diritti

Le origini del principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*), si rinvergono all'interno della legislazione tedesca in materia ambientale diffusasi a partire dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso<sup>38</sup>, periodo in cui si è iniziato a prender coscienza della connessione sussistente tra il rapido sviluppo industriale dei decenni precedenti (che vede quali protagonisti principali i Paesi dell'Europa occidentale) e i danni ambientali che da esso scaturivano.

Tuttavia, è solo con la Dichiarazione di Rio sull'Ambiente del 14 giugno 1992, adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, che il predetto principio è stato espressamente consacrato<sup>39</sup>. Esso nasce, infatti, dalla necessità di prevenire danni gravi o irreversibili all'ambiente in situazioni in cui, in assenza di certezze scientifiche, possano derivare pericoli per la collettività<sup>40</sup>.

Successivamente, con il Trattato di Maastricht<sup>41</sup> esso viene inserito tra i principi fondamentali della Politica ambientale europea<sup>42</sup>, insieme ai principi di prevenzione, correzione e al principio del "chi inquina paga"<sup>43</sup>. È, difatti, in virtù dell'espresso richiamo ai principi generali dell'ordinamento "comunitario" di cui all'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che esso esplica la sua funzione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

---

38 G. GORGONI, *Il principio di precauzione e la governance dell'incertezza*, in *Governare la paura*, 2013, p. 176-191.

39 Al Principio n. 15 della Dichiarazione di Rio si legge che «*Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il Principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale.*».

40 Il principio di precauzione si differenzia dal principio di prevenzione che, invece, impone l'adozione di misure anticipatorie volte a eliminare o ridurre il rischio "certo" di un danno all'ambiente scaturente dall'esercizio di una determinata attività.

41 Vecchio art. 174 TCE, oggi transitato nell'art. 191 TFUE.

42 E. FISHER, *Precaution, Precaution Everywhere: Developing a 'Common Understanding' of the Precautionary Principle in the European Community*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2002, 9(1), 7-28.

43 F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2004; R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2000, 725 ss.

Recentemente, con la Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000, il principio di precauzione è entrato espressamente a far parte dell'alveo dei principi generali dell'ordinamento europeo<sup>44</sup>. Essa prevede che il ricorso al principio citato presuppone «*l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento*» nonché «*una valutazione scientifica del rischio che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non conclusivo o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione*»<sup>45</sup>.

La tutela dell'ambiente ha assunto centralità all'interno del panorama europeo sin dal 1987 quando l'Atto Unico Europeo ha introdotto il nuovo titolo rubricato «Ambiente» che ha costituito la prima base giuridica dell'attuale Politica ambientale dell'Unione europea. Oggi essa trova fondamento negli artt. 11 e 191-193 del TFUE e ha come obiettivo la salvaguardia, la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente, nonché la protezione della salute umana. La riflessione giuspubblicistica sul rischio<sup>46</sup> – coerentemente all'orientamento della giurisprudenza europea<sup>47</sup> e all'indirizzo perpetrato dalle Istituzioni dell'Unione che hanno optato per una lettura estensiva del principio di precauzione – ten-

---

44 La Commissione evidenzia che, qualora le Autorità decidano di intervenire, le misure adottate dovranno rispettare ulteriori principi quali: 1) la proporzionalità tra le misure prese e il livello di protezione ricercato; 2) la non discriminazione nell'applicazione delle misure; 3) la coerenza delle misure con quelle già prese in situazioni analoghe; 4) l'esame necessario dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di azione; 5) il riesame delle misure alla luce dell'evoluzione scientifica.; si veda F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 6, 1673 ss.; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. ita. Dir. Pubbl. Comp.*, 2007, 1, 51 ss.

45 Si veda A. AMENDOLA, *Il principio di precauzione nell'attività della pa per la gestione dei rischi*, in *ilDiritto.it*, 24 agosto 2020.

46 Cfr. N. DE SADELEER, *I principi ambientali da diritto moderno a post-moderno*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi*, Padova, CEDAM, 2006, 17-32.

47 Si veda Corte di Giustizia dell'UE, sent. 5 maggio 1998, cause C-157/96 e C-180/96 secondo cui «*si deve ammettere, quando sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, che le istituzioni possano adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi*»; si v. anche, Corte di Giustizia dell'UE, causa C-192/01, *Commissione c. Danimarca*, in materia di prodotti alimentari vitaminici o altrimenti arricchiti; Corte di Giustizia dell'UE, causa C-132/03, *Codacons e Federconsumatori*, in materia di requisiti di etichettatura applicabili agli alimenti e agli ingredienti alimentari costituiti o derivati da OGM.

de, ormai, ad ampliare l'operatività del principio *de quo*<sup>48</sup> a settori profondamente diversi da quelli della tutela dell'ambiente o della salute<sup>49</sup>. Si pensi alla sicurezza nel lavoro, alla tutela dei consumatori, alla sicurezza alimentare, a fenomeni come il terrorismo<sup>50</sup>.

È la stessa Commissione che con la citata Comunicazione del 2000 ha espressamente ampliato nella sua portata il principio di precauzione, estendendo l'applicabilità a una generalità di ambiti in cui emergono particolari esigenze protezionistiche<sup>51</sup>.

In un siffatto contesto di espansione appare, pertanto, possibile allargare lo spettro della riflessione sul rischio anche con riferimento all'uso di strumenti di Intelligenza Artificiale da parte della Pubblica Amministrazione<sup>52</sup>.

---

48 Cfr. F. EWALD, C. COLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Paris, P.U.F., 2003; si v. anche A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, 2006.

49 Il principio di precauzione può essere applicato nella valutazione dei rischi per la salute umana derivanti da nuovi prodotti farmaceutici, tecnologie mediche, agenti chimici o agenti biologici. Può guidare la decisione di regolamentare o limitare l'uso di tali prodotti o tecnologie fino a quando non siano state acquisite prove sufficienti sulla loro sicurezza e efficacia. Si v. L. CHIEFFI, *Bioteologie e valori costituzionali*, in *Id.* (a cura di), *Bioteologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2002.

50 CASS R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, 2010, in cui l'autore, prendendo atto del fatto che il principio di precauzione stesse già ricevendo una considerazione crescente a livello mondiale, essendo ormai divenuto protagonista di innumerevoli dibattiti internazionali in tema di rischi, salute e ambiente ha affermato come esso «*ha assunto un ruolo persino nella riflessione sulle strategie volte a gestire il terrorismo, sulla «guerra preventiva» e sul rapporto fra sicurezza e libertà*». Dietro al *dual use* dell'IA si nasconde, di fatti, anche un lato oscuro. Non a caso si parla oggi anche di “tecnologie artificiali del “terrore” posto che l'IA viene usata anche per automatizzare gli attacchi terroristici, ad esempio mediante l'utilizzo di droni o attraverso la sempre più diffusa “*deepfake*” consistente nella realizzazione di foto, video e audio creati grazie a software di Intelligenza Artificiale che, partendo da contenuti reali, sono capaci di sostituirli e modificarli in modo estremamente realistico.

51 Nella Comunicazione della Commissione europea in ordine al principio di precauzione si legge che «*il ricorso al principio di precauzione presuppone l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento; una valutazione scientifica del rischio che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non conclusivo o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione*».

52 Dinanzi alla rapidità con cui si evolve il progresso tecnologico, è inevitabile che in un contesto connotato da incertezza scientifica, l'Amministrazione, nell'attività di gestione del rischio, sulla scorta del principio di precauzione sia tenuta ad adottare in via preventiva le misure più adeguate al caso di specie senza attendere che i rischi derivanti da una data attività siano scientificamente provati. Sul tema si v. A. BARONE, *Amministrazione del rischio e Intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, vol. 1, 2020, p. 65.

Nel nuovo panorama in cui il ruolo giocato dalle nuove tecnologie è sempre più incisivo, il principio di precauzione rappresenta senza dubbio uno dei principali strumenti di indirizzo dell'*agere* amministrativo per far fronte a situazioni che per natura sono connotate da incertezza scientifica.

Sebbene con il termine “ambiente”<sup>53</sup> tradizionalmente si indichi il risultato di una serie di processi essenzialmente naturali, grazie al progresso scientifico e tecnologico esso ha assunto significati che si discostano ampiamente dalla sua originaria connotazione.

Nel corso degli ultimi anni si è, difatti, affermato il concetto di ambiente digitale, locuzione con la quale si fa riferimento a un ambiente immateriale creato attraverso l'uso del linguaggio informatico e reso accessibile grazie a dispositivi elettronici e digitali. Si tratta di un ambiente sociale in cui l'uomo, sempre più spesso, trascorre il proprio tempo: uno spazio virtuale all'interno del quale egli può interagire e relazionarsi non soltanto con altri esseri umani<sup>54</sup> ma anche con le macchine stesse.

Esso è espressione di una realtà che non è relegata a una sfera meramente astratta in quanto dall'integrazione tra l'uomo e la tecnologia derivano effetti idonei a ripercuotersi concretamente sulla vita degli individui, sulla società e, più in generale, sul mondo fisico.

Così come il principio di precauzione è preposto alla salvaguardia della qualità dell'ambiente naturale e della tutela dei diritti di coloro che di esso fanno parte – primo tra tutti il diritto alla salute – anche nell'ambiente digitale<sup>55</sup> è necessario che il principio citato sia finalizzato alla garanzia di determinati standard qualitativi nonché alla tutela dei diritti di tutti coloro che in esso interagiscono. Siffatto processo di digitalizzazione della realtà non è, difatti, esente da

---

<sup>53</sup> Il termine “ambiente” deriva dal latino *ambiens*, participio presente del verbo *ambire*, che significa “andare intorno, circondare”.

<sup>54</sup> Si pensi al “metaverso”, un vero e proprio ambiente virtuale che si sovrappone al mondo fisico della vita reale, uno spazio tridimensionale che consente agli utenti di interagire in maniera diretta.

<sup>55</sup> Si v. J. MAZUR, *Automated decision-Making and the precautionary principle in Eu law*, in *TaTech Journal of European Studies*, vol. 9, 2019, 3-18.



rischi. Negli ultimi decenni si è assistito al proliferare dei cd. “diritti di quarta generazione”<sup>56</sup>, sorti proprio come conseguenza dell’impatto delle nuove tecnologie nella vita dell’uomo.

Una delle principali problematiche scaturenti dalle interconnessioni uomo-tecnologia proprie dell’ambiente digitale, riguarda la tutela del diritto alla *privacy* e al corretto trattamento dei dati personali<sup>57</sup>. A tal riguardo il Regolamento UE 2016/679 (*General Data Protection Regulation*), sancisce il diritto dell’interessato «*di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato [...] che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla persona*»<sup>58</sup>. Dalla combinazione delle disposizioni del Regolamento citato con quelle della Direttiva UE 680/2016<sup>59</sup> emerge un quadro in materia di decisioni algoritmiche che possono essere essenzialmente sintetizzate in tre principi: conoscibilità, non-esclusività e non discriminazione<sup>60</sup>.

Alcuni algoritmi quali quelli di *machine learning* vengono spesso paragonati a delle *black boxes*<sup>61</sup>: metafora utilizzata, soprattutto nel campo dell’ingegneria e dell’informatica, per indicare sistemi il cui funzionamento interno rimane del tutto oscuro. Si denuncia, infatti, la difficoltà di lettura degli algoritmi che impiegano grandi quantità di dati con la conseguenza che, spesso, neppure colui

---

56 Si pensi agli artt. 8 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che tutelano, rispettivamente, il diritto degli individui alla riservatezza dei dati personali e il diritto di proprietà intellettuale, o alla Convenzione europea sulla criminalità informatica in vigore dal 2004, finalizzata al contrasto di alcune tipologie di illeciti commessi mediante reti telematiche.

57 L. COSTA, *Privacy and the precautionary principle*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 28, 1 febbraio 2012, 14-24; F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell’Intelligenza Artificiale*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, Giappichelli, 2018; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e trattamento dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019.

58 Art. 22, Regolamento UE 2016/679.

59 Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle Autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

60 Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 1, 87-106;

61 F. PASQUALE, *The Black Box Society, the secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, 2015.

che ha fornito le istruzioni alla macchina è pienamente in grado di ripercorrere il processo decisionale e offrirne una spiegazione logica comprensibile<sup>62</sup>.

Ancora, la massiccia attività di raccolta di dati può comportare problemi in ordine al rispetto del principio di non discriminazione<sup>63</sup>. È possibile, difatti, che alcuni software formulino previsioni errate che penalizzino sistematicamente specifiche categorie di soggetti, generando decisioni discriminatorie. Si parla, al riguardo, di *bias*<sup>64</sup> algoritmici, ossia errori dovuti ad assunzioni errate nel processo di apprendimento automatico. Gli algoritmi appaiono, difatti, ontologicamente condizionati dal sistema di valori e dalle intenzioni di chi li crea o ne commissiona la creazione con la conseguenza che, spesso, essi non rappresentano altro che la mera proiezione di quei pregiudizi già radicati in una data società con il rischio che retaggi del passato, per mezzo dell'algoritmo, vengano proiettati nel futuro favorendo la persistenza di certe ideologie e pregiudizi<sup>65</sup>.

---

62 Secondo il Consiglio di Stato, sent. 13 dicembre 2019, nn. 8472 e 8474, l'algoritmo deve essere conoscibile in sé, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica, tra l'altro, una piena conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. La conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: il programmatore, il procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò, al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa Amministrazione e affinché siano chiare e sindacabili le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato

63 Cfr. C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, 2017; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *op. cit.*; P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, in *ConsultaOnline*, 9 luglio 2020, 408 ss.

64 Si v. C. O'NEIL, *op. cit.* in cui l'autrice ritiene che il pregiudizio umano sia camuffato proprio con la tecnologia. Al riguardo, occorre menzionare anche il noto caso statunitense *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) in cui i giudici statunitensi, per determinare la pena da applicare all'imputato, si sono serviti di un algoritmo predittivo del rischio di recidiva elaborati dal programma COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*) il quale si è in seguito rivelato altamente discriminatorio.

65 Anche il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, il 22 marzo 2017, ha osservato con preoccupazione «che il trattamento automatico dei dati personali per la profilazione individuale può portare a discriminazioni o decisioni che altrimenti potrebbero incidere sul godimento di diritti umani, compresi i diritti economici, sociali e culturali».

Dinanzi a «una tecnologia che non riesce più a controllare sé stessa»<sup>66</sup> risulta spesso arduo prevenire la globalità dei rischi che da essa possono derivare. Ne consegue, difatti, che la Pubblica Amministrazione, nell'attività di gestione del rischio, è tenuta a operare un costante bilanciamento tra l'esigenza di innovazione<sup>67</sup> e il dovere di salvaguardia dei diritti umani<sup>68</sup>.

#### **4. L'attività di gestione del rischio e il principio di legalità: alcune considerazioni**

La tematica dell'intelligenza artificiale, in quanto estremamente nuova e in continua evoluzione, rappresenta uno scoglio per il legislatore sovranazionale e, soprattutto, per quello nazionale i quali stanno riscontrando non poca difficoltà nel delineare un'adeguata disciplina normativa della materia. Parte delle problematiche connesse all'attuazione di una compiuta transizione digitale sono aggravate proprio dall'assenza di una disciplina legislativa che regoli in modo puntuale l'uso dei più sofisticati strumenti tecnologici<sup>69</sup>.

Dinanzi all'afasia del legislatore italiano è, difatti, la giurisprudenza amministrativa che, negli ultimi anni, ha tentato di delineare un quadro regolatorio del fenomeno.

La questione è stata in prima battuta affrontata dalla sezione III *bis* del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio<sup>70</sup> il quale, chiamato più volte a pronunciarsi in materia di procedimenti amministrativi basati sull'uso di stru-

---

<sup>66</sup> D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir. gest. amb.*, 2001.

<sup>67</sup> Il principio di precauzione non può implicare una paralisi per l'innovazione né tantomeno un rifiuto all'utilizzo della tecnologia. L'Amministrazione è, difatti, tenuta a ponderare adeguatamente rischi e benefici con l'obiettivo di garantire che le tecnologie siano sviluppate e utilizzate in modo sicuro ed eticamente accettabile, trovando il giusto equilibrio tra l'esigenza di affrontare i danni da esse potenzialmente derivanti e la necessità di favorire l'innovazione.

<sup>68</sup> Anche la Corte Costituzionale, in un'ottica di necessario bilanciamento, ritiene che al fine di garantire che i diritti e le libertà comprese dalle misure adottate dall'Amministrazione non vengano eccessivamente menomati, il principio di precauzione non sia mai considerato prevalente, specie quando nella valutazione del rischio persista l'incertezza scientifica (Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85).

<sup>69</sup> Cfr. F. NASSUATO, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, Fasc. Sp. n. 1, 2022, 150 ss.

<sup>70</sup> Tar Lazio, sez. III *bis*, sent. 10 settembre 2018, n. 9227 e sent. 13 settembre 2019, n. 10964.

menti di IA<sup>71</sup>, ha optato per un atteggiamento di chiusura nei confronti del fenomeno *de quo* affermando come il ricorso agli algoritmi da parte della Pubblica Amministrazione avesse una «*funzione servente*» cui doveva riconoscersi un ruolo «*strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo*<sup>72</sup>».

Tuttavia, una progressiva apertura rispetto al tema in analisi, si è registrata a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2270/2019 il quale, superando le originarie ritrosie dei giudici amministrativi di prime cure, ha affermato che «*l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata*».

Con la pronuncia citata, i giudici di Palazzo Spada tracciano per la prima volta i confini tra potere pubblico e uso degli strumenti di IA riconoscendo la possibilità per l'Amministrazione di ricorrere alle nuove tecnologie seppur nel solo ambito dell'attività amministrativa vincolata.

Secondo il Collegio, sebbene tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico sarebbe, difatti, compatibile con lo svolgimento di un'attività vincolata in cui è la stessa legge che, individuando i presupposti per l'esercizio del potere, rende univoca la conseguente decisione amministrativa, nell'attività discrezionale – che presuppone, invece, una valutazione comparativa degli interessi in gioco – non sarebbe possibile demandare un siffatto potere valutativo (proprio dell'essere umano) a una macchina<sup>73</sup>.

Un decisivo cambio di rotta si è in seguito registrato con le tre sentenze gemelle nn. 8472, 8473 e 8474 del 2019 con le quali il Consiglio di Stato è tor-

---

71 Una delle più note vicende che hanno offerto alla giurisprudenza di pronunciarsi sul tema è quella della c.d. riforma della “buona scuola” operata a seguito dell'introduzione della legge n. 107 del 2015. Al fine di realizzare un progetto di riforma della scuola primaria e secondaria, l'allora Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in ottemperanza ai principi economicità, efficacia ed efficienza, dopo aver indetto un'ordinaria procedura concorsuale, ha affidato la gestione dei trasferimenti dei vincitori su scala nazionale ad un algoritmo creato dalla società privata HPE Services s.r.l.

72 Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 10 settembre 2018, n. 9230.

73 Sul tema cfr. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019.

nato a mettere mano sulla precedente pronuncia n. 2270 del medesimo anno.

Per i giudici amministrativi non vi sarebbero in realtà «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse», precisando che «se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità»<sup>74</sup>.

Restando ferma, invece, la necessità di «garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere», il Collegio elabora il cd. «principio della legalità algoritmica»<sup>75</sup> la cui violazione consentirebbe di sindacare l'agere pubblico dinnanzi allo stesso giudice amministrativo.

Ammessa, dunque, anche dalla ormai prevalente giurisprudenza la possibilità per l'Amministrazione di ricorrere all'uso delle nuove tecnologie nell'esercizio dell'attività discrezionale, occorre soffermarsi, in particolare, sull'attività di gestione del rischio laddove, in contesti di incertezza scientifica, le variabili decisionali legate ai diversi aspetti che l'attore pubblico è tenuto a valutare sono estremamente ampie<sup>76</sup>.

---

74 In tal senso si v. anche Cons. Stato, sez. VI, sent. 4 febbraio 2020, n. 881.

75 Il principio della legalità algoritmica consta di tre corollari: il principio di conoscibilità, in base al quale ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; il principio di non esclusività della decisione algoritmica, secondo il quale nel caso in cui una decisione automatizzata produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona, quest'ultima ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato; il principio di non discriminazione algoritmica che trae fondamento dal «considerando 71» del GDPR secondo cui il titolare del trattamento dovrebbe servirsi di procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori.

76 Si v. A. BARONE, *Amministrazione del rischio e Intelligenza artificiale*, op.cit., pp. 66-67 in cui l'autore, prendendo atto del fatto che «in contesti di incertezza scientifica, aumentano le variabili decisionali legate ai diversi aspetti che il decisore pubblico deve valutare e può ritenere preponderanti nella singola vicenda concreta», ritiene che «lo sguardo del giurista» debba spostarsi «dalla fase di formazione della scelta amministrativa a quella della sua attuazione», ossia «al monitoraggio delle scelte precauzionali, caratterizzate dall'apposizione di condizioni da rispettare, ovvero al riesame del provvedimento precauzionale di fronte

Con riferimento all'uso delle nuove tecnologie, essa è tenuta non soltanto a valutare i rischi da esse potenzialmente derivanti, bensì anche a gestire gli eventuali danni nonché a individuare le possibili soluzioni prospettabili.

Tuttavia, a differenza di chi, diversamente opinando, ritiene che l'utilizzo di strumenti automatizzati nell'ambito del procedimento amministrativo rappresenti un mero modulo organizzativo accessorio e funzionale rispetto all'esercizio del potere amministrativo attribuito dalla fonte primaria<sup>77</sup>, occorre evidenziare come, in realtà, il «potere algoritmico»<sup>78</sup> sia, piuttosto, la manifestazione di un potere implicito<sup>79</sup> che, sulla scorta del principio di legalità cui è informata l'azione amministrativa, necessiterebbe a monte di una norma attributiva.

Il potere implicito altro non è che un potere che “si aggiunge” ai poteri espressamente conferiti dalla legge, esercitato anch'esso al fine di realizzare quell'interesse pubblico generale dalla stessa prescritto<sup>80</sup>.

La circostanza che la fonte primaria abbia il compito di regolare puntualmente le modalità di estrinsecazione del potere amministrativo, non implica che la stessa debba prevedere e disciplinare ogni specifico potere ben potendo, in determinati casi, lasciare, invece, l'Amministrazione libera di adottare le misure utili al raggiungimento degli scopi individuati dal legislatore sulla base delle valutazioni che la stessa ritiene più opportune<sup>81</sup>.

È evidente, pertanto, il nesso che ricollega il principio di legalità e la sussistenza di poteri impliciti in capo all'agente pubblico. In particolare, tanto più

*all'acquisizione di nuove conoscenze scientifiche».*

<sup>77</sup> Secondo Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, difatti, dinnanzi all'uso di strumenti di IA da parte dell'Amministrazione, non si assisterebbe a un deficit di legalità sostanziale in quanto il ricorso all'algoritmo rappresenterebbe una particolare tipologia procedimentale nella quale il ricorso all'automazione rappresenterebbe soltanto il «modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere». Si v. in tal senso anche F. NASSUATO, *op. cit.*

<sup>78</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 34.

<sup>79</sup> In tal senso si v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 276 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 703 ss.

<sup>80</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto, 2022.

<sup>81</sup> Sul tema è intervenuto per la prima volta il Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827 e, successivamente, si v. Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2015, n. 1532, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182 e Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, n. 4993.

elastica sarà l'interpretazione del primo, maggiore sarà lo spazio riconosciuto ai secondi.

Tuttavia, anche in un siffatto contesto, quale quello dell'attività di gestione del rischio nell'ambito della quale, come anticipato, l'*agere* pubblico è connotato da un ampio margine di discrezionalità, affinché l'attività amministrativa possa considerarsi legittima, l'Amministrazione non può del tutto prescindere da un fondamento normativo.

Al riguardo, l'uso di strumenti di IA da parte della Pubblica Amministrazione sarebbe ricondotto nell'alveo della legalità *in primis* sulla scorta del principio del buon andamento costituzionalizzato all'art. 97 Cost. nonché dei principi sanciti dalla legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990 ispirata ai canoni dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità (art. 1). Deve, inoltre, menzionarsi il nuovo art. 3 *bis* introdotto dalla novella del 2005 il quale prevede che «*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*»<sup>82</sup>. Un ruolo di pari rilievo deve, infine, attribuirsi alla normativa di matrice sovranazionale nell'ambito della quale, già da alcuni anni, il legislatore europeo, ravvisando la necessità di colmare l'evidente lacuna normativa, ha cercato di far fronte al problema attraverso l'attività codificatrice realizzata in materia di protezione dei dati personali con il Regolamento UE 679/2016<sup>83</sup> nonché al già citato *Artificial Intelligence Act*.

La regolamentazione di un fenomeno tanto complesso e dai confini ancora ignoti rappresenta a tutt'oggi un'ardua sfida per gli apparati legislativi.

Arginare la discrezionalità amministrativa dinanzi a fenomeni talmente vasti appare, tuttavia, assolutamente doveroso in quanto soltanto attraverso la

---

82 E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *IDP. Revista de Internet Derecho y Política*, 2020.

83 Il Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali 2016/679 (*General Data Protection Regulation*) attualmente rappresenta la principale normativa europea in materia di protezione dei dati personali e che, seppur in un'ottica parziale limitata al diritto alla *privacy*, predispone una serie di regole generali idonee ad adattarsi ai mutamenti che porta con sé l'evoluzione tecnologica.

riconduzione dell'azione pubblica all'interno del parametro della legalità, è possibile ridurre lo spazio interpretativo lasciato all'Amministrazione.

L'applicazione del principio di precauzione non può, difatti, in alcun caso legittimare l'esercizio di un potere incondizionato e senza limiti né tanto meno fungere da "scappatoia" per eludere la cornice delineata dal legislatore.

Non a caso, anche in alcuni Paesi europei come la Germania<sup>84</sup> o la Francia<sup>85</sup> i legislatori nazionali hanno già mosso i primi passi verso una regolamentazione dell'utilizzo delle nuove tecnologie da parte delle pubbliche amministrazioni.

Se da un lato il principio di legalità, caposaldo dell'*agere* amministrativo, non esclude la valenza precettiva di principi generali dell'azione amministrativa, anche non scritti – tra cui *in primis* il principio di precauzione – dall'altro lato, è necessario che l'azione pubblica sia frutto di un equo temperamento tra l'esigenza di legalità e la necessità che, dinanzi a situazioni connotate da incertezza scientifica, l'Amministrazione sia "libera" di scegliere le misure preventive più adeguate. Sul tema si è più volte pronunciata la Corte Costituzionale<sup>86</sup> la

84 In Germania, ad esempio, la decisione amministrativa automatizzata trova alcuni espliciti riferimenti normativi all'interno della Legge Generale Tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) il cui par. 35a sancisce che un atto amministrativo può essere adottato interamente tramite strumenti informatici se espressamente autorizzato dalla legge e se non sussiste discrezionalità in astratto o in concreto.

85 In Francia in cui per adeguarsi al processo di digitalizzazione del settore pubblico è stata ad esempio adottata la legge numero 1321 del 7 ottobre 2016 rubricata *Loi pour République numérique* al fine di dare attuazione alle strategie di sviluppo tecnologico definite a livello nazionale e dove anche il *Conseil Constitutionnel*, (Décision n. 2018-765 DC du 12 juin 2018) ha preso posizione in ordine ai limiti che incontra l'automazione delle funzioni amministrative.

86 Si v., *ex multis*, Corte Cost., sent. 17 marzo 2006, n. 116 sugli OGM (*rectius*, sul principio di coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica) in cui la Corte ammette che è ammissibile l'imposizione di limiti alla libertà di iniziativa economica per evitare «danni sproporzionati all'ambiente e alla salute» nel rispetto dei principi di prevenzione e precauzione; Corte Cost., sent. 26 giugno 2002, n. 282 con la quale la Corte giudica illegittima una legge regionale che sospende su tutto il territorio regionale determinate terapie (quali ad es., la terapia elettroconvulsivante, la lobotomia frontale e transorbitale), fino a quando non venga dimostrato che non sono «causa di danni temporanei o permanenti alla salute del paziente» in quanto, sulla scorta del principio di precauzione, è necessario che le misure precauzionali siano state adottate a seguito di idonee valutazioni sul piano tecnico-scientifico; Corte Cost., sent. 11 giugno 20014, n. 166 relativa alla vivisezione in cui la Consulta effettua un controllo di primo livello sull'esistenza dei dati scientifici, giungendo alla conclusione che il bilanciamento fra «il doveroso rispetto verso gli animali sottoposti a sperimentazione e l'interesse collettivo alle attività di sperimentazione su di essi» si basa su conoscenze di tipo scientifico.



quale ha evidenziato il ruolo che proprio il principio di precauzione gioca all'interno di un'ottica di bilanciamento fra valori aventi rilievo costituzionale.

La Consulta riconosce la strumentalità del principio in esame il quale, all'interno della logica del contemperamento di interessi, non entrerebbe nel bilanciamento quale termine da controbilanciare, quanto piuttosto quale elemento che funge da ago della bilancia tra i valori in gioco; consentendo, pertanto, al decisore di fissare la misura della compressione di uno dei principi contrapposti a vantaggio di un altro e, conseguentemente, di individuarne il punto di equilibrio<sup>87</sup>.

## 5. Conclusioni

Dalle considerazioni sin qui svolte, emerge con tutta evidenza la complessità del principio di precauzione e, in particolare, la centralità del ruolo che esso è chiamato a ricoprire nell'ambito delle procedure di giustificazione delle decisioni da adottare. Dinanzi alle variegature sfumature che connotano il principio in esame<sup>88</sup>, nel delineato contesto di espansione al di fuori dei tradizionali ambiti di riferimento, il comun denominatore va ravvisato nel necessario bilanciamento che l'attore pubblico è chiamato a operare tra i molteplici interessi e valori di volta in volta coinvolti. Anticipando la soglia dell'intervento dell'agere amministrativo<sup>89</sup> e determinando un progressivo innalzamento del livello di tu-

87 Cfr. G. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 25/2006

88 Si v. F. LAUS, *L'amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Cedam, 2023, in cui l'autore affronta il tema del carattere multidimensionale del principio di precauzione.

89 Al riguardo, si veda Cons. di Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392, secondo cui il principio di precauzione «*impone che quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi*» o Cons. di Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, secondo cui l'attuazione di tale principio «*comporta che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche*». Inoltre, secondo il TAR Puglia, sent. 13 marzo 2021, n. 462. l'adozione del principio di precauzione «*comporta, infatti, l'obbligo per le Autorità amministrative competenti di stabilire una tutela anticipata rispetto alla fase di applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione*», e secondo Cons. Stato, sent. 18 maggio 2015, n. 2495 «*tale anticipazione è del pari legittima in relazione ad un'attività potenzialmente pericolosa, idonea a determinare rischi che non sono oggetto di conoscenza certa, compresa l'ipotesi di danni che siano poco conosciuti o solo potenziali. Sicché, rispetto ad una situazione di tal genere, il principio di precauzio-*

tela dei singoli nei confronti dell'esercizio del potere pubblico<sup>90</sup>, il principio in esame, lungi dal costituire un ostacolo allo svolgimento di attività potenzialmente rischiose riflette, in realtà, un atteggiamento di coraggio rispetto al rischio<sup>91</sup>. Quest'ultimo, difatti, rappresentando un'occasione per sfruttare al meglio tutte le future opportunità, comporta l'adozione «di una decisione [pur] in mancanza di informazioni»<sup>92</sup>.

Amnesso che l'impiego delle nuove tecnologie da parte dell'Amministrazione rappresenti una manifestazione dell'esercizio di un potere implicito, alla luce del principio di legalità, è indispensabile la sussistenza, a monte, di una norma primaria di esso attributiva.

D'altronde, in mancanza di un quadro normativo che definisca il perimetro dell'esercizio del potere pubblico, vi sarebbe il rischio che una discrezionalità eccessivamente ampia eroda il principio di legalità sostanziale. Nell'attività di gestione del rischio, contesto-in cui la scelta pubblica è vincolata a dati tecnico-scientifici incerti e in cui la discrezionalità dell'Amministrazione appare particolarmente ampia, l'assenza di una solida base normativa attributiva del potere esporrebbe l'azione amministrativa a vizi di legittimità<sup>93</sup>.

Seppur l'attività creativa della giurisprudenza rappresenti certamente un primo (seppur timido) passo avanti volto a circoscrivere la discrezionalità dell'attore pubblico ogni qualvolta sia chiamato a operare nell'ambito dell'attivi-

---

*ne impone che l'Autorità amministrativa interessata ponga in essere un'azione di prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche».*

90 F. DE LEONARDIS, *op. cit.*

91 Cfr. P. ZUDDAS, *op. cit.*; si veda anche, S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001.

92 N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, cit. 55.

93 Sul principio di legalità dell'azione amministrativa si veda: S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, I, 2008, 223 ss.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007; G. CORSO, *Il principio di legalità e interpretazione della legge*, Editoriale Scientifica, 2014; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 117 ss; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss.; M. IMMORDINO, A. SORACE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità ed ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999.

tà di gestione del rischio, occorre sottolineare la necessità di un tempestivo intervento legislativo che, attribuendo un'adeguata copertura normativa alla materia *de qua*, riconduca nell'alveo della legalità sostanziale<sup>94</sup> un'attività connotata da una così vasta discrezionalità.

L'applicazione del principio di precauzione, d'altronde, non può in alcun modo costituire un pretesto per giustificare azioni arbitrarie né tanto meno azioni che si pongano al di fuori del quadro legislativo vigente. In assenza di una concreta regolamentazione della materia, nella scelta della miglior tecnica di gestione del rischio, l'attore pubblico dovrà, infatti, essere guidato dai principi cardine dell'azione amministrativa<sup>95</sup> quali, *in primis*, la proporzionalità<sup>96</sup>, l'adeguatezza e la ragionevolezza.

Uno dei pochi ad aver colto l'urgenza di introdurre una disciplina ad hoc che recepisca e regoli i risvolti applicativi degli strumenti di Intelligenza Artificiale è stato il decisore politico europeo. L'*Artificial Intelligence Act* costituisce un fondamentale tassello per la costituzione di una *rule of technology*<sup>97</sup> volta a garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo agli individui della società moderna ma che rappresenta, purtroppo, soltanto l'incipit del complesso iter legislativo europeo.

Sebbene, oggi, in un'ottica di bilanciamento tra il generale interesse all'innovazione tecnologica e la tutela dei diritti dei singoli, alla luce della visione antropocentrica dell'IA<sup>98</sup> che connota la proposta legislativa, sembrano essere questi ultimi a prevalere, non si può escludere che in futuro, dinnanzi al ri-

---

94 Cfr. F. DE LEONARDIS, *op. cit.*

95 Si veda F. COPPOLA, *Principio di precauzione e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Diritto.it*, 23 ottobre 2020, consultabile al link <https://www.diritto.it/principio-di-precauzione-e-responsabilita-della-pubblica-amministrazione/>.

96 Sul punto si veda Corte di Giustizia UE, sez. I, 9 giugno 2016, causa C-78/16 e C-79/16 nelle quali la Corte ha più volte ribadito come il principio di precauzione debba essere necessariamente temperato con il principio di proporzionalità.

97 Cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *op. cit.*

98 Si v. S. TOMMASI, *L'intelligenza artificiale antropocentrica: limiti e opportunità*, in *Jucivile.it*, 4, 2020, 853 ss., A. FONZI, *Intelligenza artificiale ed uguaglianza: un percorso di prevenzione?*, in *DirittiFondamentali.it*, 2, 2022.

schio che un'eccessiva regolamentazione disincentivi il ricorso alle nuove tecnologie, si considerino prevalenti altri valori.

Ad ogni modo, una “scienza incerta”, in continuo e costante superamento di sé stessa, non è altro che lo specchio della modernità liquida<sup>99</sup> in cui la società moderna è immersa.

---

<sup>99</sup> In tal senso si v. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2011.

ALESSANDRA AMORE  
Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Palermo  
*alessandra.amore@unipa.it*

**GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA RESPONSABILITÀ  
DA ATTO LEGITTIMO O DA ATTIVITÀ LECITA DELLA  
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: ALCUNE  
CONSIDERAZIONI**

**THE CONSTITUENT ELEMENTS OF LIABILITY FROM A  
LEGITIMATE ACT OR LAWFUL ACTIVITY OF THE PUBLIC  
ADMINISTRATION: SOME CONSIDERATIONS**

SINTESI

Il lavoro si propone di individuare gli elementi tipici della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita della p.A. e di comprendere se la stessa sia qualificabile come responsabilità da contatto sociale, ma c.d. “atipica”, in virtù del dovere di solidarietà, *ex art. 2 Cost.*

ABSTRACT

The work aims to identify the typical elements of responsibility from a legitimate act or lawful activity of the public administration and to understand whether it qualifies as social contact liability, but so-called “atypical”, by virtue of the duty of solidarity, pursuant to art. 2 Constitution.

PAROLE CHIAVE: responsabilità; pubblica amministrazione; responsabilità da attività lecita; contatto sociale.

KEYWORDS: responsibility; public administration; responsibility from lawful activity; social contact.

INDICE: 1. Inquadramento del tema: le ricostruzioni dogmatiche della responsabilità da atto lecito di Giovanni Vacchelli e Giovanni Salemi. -2. L'atto amministrativo legittimo: primo elemento costitutivo della responsabilità da atto legittimo. -2.1 (Segue...) L'attività amministrativa lecita: elemento costitutivo alternativo all'atto legittimo. -3. Il carattere “non ingiusto” del danno. -4. L'indennizzo: ultimo elemento costitutivo della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita. -5. Considerazioni conclusive.

**1. Inquadramento del tema: le ricostruzioni dogmatiche della  
responsabilità da atto lecito di Giovanni Vacchelli e Giovanni Salemi**

Il tema della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita della p.A. è al centro di un dibattito molto risalente<sup>1</sup>.

Come è noto, le più compiute formulazioni in ordine alla tematica in esame si devono a Giovanni Vacchelli e Giovanni Salemi, i quali, muovendo dal legame ontologico tra la responsabilità di diritto civile e la colpa, ritengono di non poter ascrivere la responsabilità in esame agli schemi del diritto comune.

In particolare, secondo l'impostazione seguita dal primo dei summenzionati Autori, la cui ricostruzione dogmatica è ispirata a criteri sociologici e psicologici, il diritto civile disciplina i rapporti tra persone giuridiche considerate come uguali e indipendenti e su queste basi ordina la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

La responsabilità dello Stato ha in comune con la responsabilità civile, quindi, la ragione sociologica di difesa e di sicurezza sociale, ma si distingue

---

<sup>1</sup> La scelta di utilizzare l'espressione responsabilità da atto legittimo e non quella da atto lecito radicherebbe il proprio fondamento nella tesi enucleata da Massimo Severo Giannini con riferimento all'esistenza degli atti amministrativi leciti e illeciti. In particolare, secondo il Maestro la nozione di «illecito è, nel nostro sistema positivo, unitaria per il diritto pubblico e per quello privato, e che l'unità trova il suo centro nel fatto illecito, e non invece nell'atto illecito. Ogni fatto illecito dell'amministrazione fa sorgere l'obbligazione di risarcimento del danno, indipendentemente dalla natura dell'azione dell'amministrazione, e quindi consista essa in una attività materiale (...), in un atto amministrativo (per esempio, danni da espropriazione dichiarata invalida). Illecito amministrativo è cosa del tutto diversa, ed è precisamente la violazione di norme amministrative nominata dalla legge (principio del *nullum crimen*), comportante sanzioni amministrative (disciplinari, negli ordinamenti di supremazia speciale; altrimenti, di solito, pecuniarie). In diritto privato la conformità dell'atto alla norma (legittimità) è cosa di minima importanza; ciò che interessa al legislatore non è la conformità alla norma (...), ma che non siano violate le norme imperative, e che la parte si tenga nei limiti dell'ordine pubblico, del buon costume, e del rispetto dei diritti altrui, e ciò concreta appunto il concetto di (atto) lecito. Solo in casi marginali si introduce la categoria del legittimo (...).» Così chiarito, secondo Massimo Severo Giannini la scelta di applicare siffatto criterio nel sistema amministrativo produrrebbe «“inconvenienti notevoli”, con contestuale respingimento della categoria del lecito-illecito per gli atti amministrativi e la contestuale limitazione della stessa ai fatti dell'Amministrazione». Quando il fatto consiste in un atto amministrativo - secondo il Maestro - «si avrà fatto illecito in tanto in quanto l'atto amministrativo, e cioè la legittimità e l'opportunità, non presentano particolari problemi di intellesione, consistendo, rispettivamente, nella conformità della fattispecie concreta all'ipotesi normativa astratta, e nella conformità ai canoni astratti di opportunità amministrativa», si v.: M. S. GIANNINI e O. SEPE, *Attività amministrativa. Atto amministrativo. Contratto della pubblica amministrazione*, Milano, 1960, pp. 80-81. Ciò precisato, nel corso del lavoro si utilizzerà l'espressione “responsabilità da atto lecito” solo quando si analizzeranno le tesi di Giovanni Vacchelli e Giovanni Salemi elaborate in un'epoca storica antecedente alla tesi gianniniana.

dalla stessa, poiché la conformità dell'*agere* amministrativo al precetto normativo fa venir meno la configurazione dell'elemento psicologico – dolo o colpa – essenziale per la responsabilità civile ordinaria. In tali fattispecie, dunque, l'indagine in ordine alla coscienza e volontarietà del fatto dannoso ovvero alla conformità del potere amministrativo alla legge diviene accessoria, superflua.

E così l'Amministrazione sarebbe responsabile per la mera presenza di un dato oggettivo (c.d. danno non ingiusto) da riparare - *rectius* indennizzare - per motivi di equilibrio e di giustizia distributiva-riparativa: «dove vi è coscienza di una ragione di giustizia distributiva», afferma Giovanni Vacchelli, «il danno recato dalla pubblica amministrazione cessa di essere un danno semplicemente materiale, e dà origine e causa ad un compenso, il quale si commisura pur sempre non alla stregua del danno materiale o del danno civile, ma secondo il criterio di giustizia distributiva»<sup>2</sup>.

L'affermarsi della responsabilità dello Stato procede dunque simultaneamente alla funzione di giustizia distributiva vera e propria. Lo Stato svolge una funzione attiva per il raggiungimento del benessere sociale, con contestuale obbligo, però, di corrispondere un indennizzo al cittadino, per il sacrificio patito per la prevalenza dell'interesse pubblico.

Altrettanto interessante e suggestiva - poi - sarebbe la tesi enucleata da Giovanni Salemi.

Scorrendo le pagine della sua monografia, difatti, anche questo A. puntualizza che: dove manca la colpa non v'è alcun danno prodotto da un soggetto di diritto. La volontà di realizzare un danno esiste indubbiamente nelle ipotesi di dolo ed è accettata nelle ipotesi di colpa; però, mentre nel primo caso il soggetto agisce con la coscienza e la volontà di cagionare l'evento dannoso; «nella colpa la volontà si arresta al compimento del fatto ideato e valutato come legittimo, ma non si estende alle conseguenze del fatto», poiché queste non sono

---

2 G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Milano, 1892, pp. 152 - 166.

pensate<sup>3</sup>. In tale ultima ipotesi, quindi, vi è soltanto «l'opera (la condotta) del caso, per cui nasce non il dovere di rispondere da parte dell'ente pubblico, ma quello di sopportare il danno per il privato, secondo quanto disposto dalla legge»<sup>4</sup>.

Detto diversamente, l'Autore ritiene di escludere la configurazione di una responsabilità in capo all'Amministrazione, poiché con il suo atto *secundum legem* non viola alcuna situazione giuridica.

Dall'analisi delle tesi dottrinali suesposte, dunque, si coglie l'impossibilità, per difetto di colpa, di ascrivere la responsabilità in esame agli schemi del diritto comune.

È pur vero, però, che le tesi suggestive di Giovanni Vacchelli e Giovanni Salemi si collocano in un contesto storico antecedente all'approvazione della Carta costituzionale, in cui la responsabilità civile assolveva per la dottrina civilistica quattro distinte funzioni: da un lato, «la funzione di reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato recato», alla quale si correlava «la funzione di ripristinare lo *status quo ante* nel quale versava il danneggiato prima di subire il pregiudizio»; dall'altro lato, «la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o punitivo) dello Stato» si cumulava «con la funzione di deterrente per chiunque intenda volontariamente o colposamente, compiere atti pregiudizievoli per i terzi»<sup>5</sup>.

Con il nuovo assetto costituzionale muta il rapporto diritto-società e si riscontra l'emersione di una funzione emancipatoria e solidaristica dello Stato sociale.

Lo Stato assolve il compito universale di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del sistema economico, nonché quello di coordinare le esigenze dello

---

3 G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912, p. 46.

4 G. SALEMI, *o. n. c.*, p. 92.

5 G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 147. Ancora, sulla funzione deterrente si veda: G. SALEMI, *o. n. c.*, p. 89.



sviluppo economico con quelle della giustizia sociale e del pieno sviluppo della persona<sup>6</sup>.

Gli elementi costitutivi di questo «quadro» si colgono dai seguenti aspetti: dal valore assoluto della persona, dalla sua dignità e dalla sfera necessaria alla sua estrinsecazione; dal carattere solidaristico delle libertà individuali, non potendo la personalità dei singoli pienamente affermarsi se non in concorso con gli altri uomini e attraverso le formazioni sociali entro le quali essa si svolge; dal mutato rapporto Stato – economia e della modificazione dell'art. 42 Cost., secondo il quale la legge determina i limiti della proprietà allo scopo di assicurarne la «funzione sociale»; dalla strumentalità dello Stato considerato e organizzato in funzione di potenziare le sfere di autonomia dei singoli cittadini e di garantire a tutti i membri della collettività la stessa dignità, attraverso la rimozione degli ostacoli economici e sociali, il godimento dei beni e la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

In tale contesto, dunque, rileva che se secondo la tradizione ottocentesca la configurazione della responsabilità civile era strettamente correlata all'accertamento di una condotta colposa, conseguentemente all'approvazione della Carta costituzionale, si afferma progressivamente l'idea di una responsabilità civile preposta alla tutela dell'interesse sociale, art. 2 Cost.

Così chiarito, dunque, il lavoro si compone di due parti: nella prima si individueranno gli elementi costitutivi della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita; nella seconda si proverà a comprendere se la responsabilità in esame sia qualificabile come da contatto sociale, ma c.d. «atipica», in virtù del principio solidaristico, art. 2 Cost<sup>7</sup>.

---

6 In via generale, per ulteriori approfondimenti in ordine al valore dei diritti fondamentali come esercizio della sovranità e a quello della persona, cfr. L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. amm.*, 2013, III; Id., *Sul valore normativo della persona. Appunti su Aldo Moro giurista nel quarantennale dell'omicidio*, in *Persona e amministrazione*, 2018, I.

7 La scelta di ricorrere all'aggettivo «atipica» non è causale. Essa difatti consente di considerare autonomamente la responsabilità in esame, con operatività di precetti normativi differenti rispetto a quelli previsti per il modello di responsabilità da contatto sociale tradizionale.

## 2. L'atto amministrativo legittimo: primo elemento costitutivo della responsabilità da atto legittimo

Con riguardo agli elementi costituiti della responsabilità in esame, il primo elemento che viene in considerazione è l'atto amministrativo. Esso è inteso quale decisione dell'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa; manifestazione di volontà di un rapporto da creare o creato «nell'ambito del diritto obiettivo»; qualunque pronunzia di un soggetto della pubblica Amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa<sup>8</sup>. Esempio tipico è l'espropriazione per motivi di interesse generale, ammessa dalla Costituzione, all'art. 42, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo<sup>9</sup>, ma anche l'ipotesi di revoca

8 Al riguardo, occorre precisare che le definizioni offerte dalla dottrina in tema di atto amministrativo sono manifestazione dei molteplici aspetti problematici affrontati nel corso degli anni intorno alla nozione di causa, revoca, agli elementi accidentali, alla motivazione dell'atto amministrativo stesso. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: O. RANELLETTI e A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, tomo 2, 1958, p. 1486 ss.; M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, p. 157 ss.; F. SATTA, voce *Atto amministrativo*. 1) *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 157 ss.; A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003; D. SORACE, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, 2010, p. 46 ss.; P. M. VIPIANA, *L'atto amministrativo*, Padova, 2011.

9 Cass. civ., sez. un., 24 aprile 1979, n. 2313: "L'occupazione d'urgenza di immobili, per l'esecuzione di lavori dichiarati urgenti e indifferibili, prevista dalla seconda parte del comma 1 dell'art. 71 l. 25 giugno 1865 n. 2359, si presenta legata all'espropriazione per pubblica utilità dell'immobile occupato, nonostante l'indiscutibile autonomia strutturale e funzionale dei relativi provvedimenti, da un vincolo di strumentalità. In considerazione dell'urgenza e dell'indifferibilità della costruzione dell'opera alla cui esecuzione è preordinata la successiva espropriazione per pubblica utilità, infatti, il provvedimento di occupazione d'urgenza anticipa provvisoriamente gli effetti dell'espropriazione, legittimando, sia pure in via provvisoria, l'occupante ad esercitare sull'immobile attività, come quelle dirette all'effettiva realizzazione dell'opera, che presentano i connotati dell'esercizio di facoltà normalmente comprese nel diritto di proprietà o in altro diritto reale di godimento "in re aliena". Ciò importa che - per stabilire se gli effetti del provvedimento espropriativo provvisoriamente anticipati dal provvedimento di occupazione siano leciti o meno e, quindi, se il loro verificarsi dia luogo ad una responsabilità dell'occupante per atto lecito ovvero per fatto illecito - assume decisiva rilevanza non già la legittimità del provvedimento di occupazione (il quale, per la sua natura strumentale, non può produrre, nei limiti in cui anticipa gli effetti del provvedimento espropriativo, se non effetti provvisori), ma la legittimità (o, meglio, l'inoppugnabilità) del provvedimento espropriativo e la sua emanazione entro il termine legale di durata dell'occupazione d'urgenza. Conseguentemente, se, entro il detto termine, è emanato un provvedimento espropriativo legittimo (o, comunque inoppugnabile), i titolari delle posizioni soggettive incise dal provvedimento ablatorio hanno diritto soltanto all'indennità di occupazione d'urgenza, per l'effettiva durata di questa, e all'indennità di espropriazione, da determinarsi nella misura e con le modalità previste dalla legge in base alla quale è stato promosso il procedimento ablatorio. Qualora, invece, il provvedimento espropriativo non sia adottato entro lo stesso termine, o quello tempestivamente emanato sia successivamente an-

del provvedimento, oggi disciplinata dall'art. 21 *quinquies* della legge sul procedimento amministrativo<sup>10</sup>.

In termini generali, l'atto deve essere legittimo e connotato da imperatività<sup>11</sup>, poiché in esso è racchiusa quella volontà che impone coattivamente un certo comportamento stante la prevalenza dell'interesse pubblico. E' la norma giuridica, cioè, che stabilisce «un obbligo, comanda o divieta ad un soggetto di piegare la propria volontà secondo un certo indirizzo e ciò in considerazione

---

nullato, l'occupante è tenuto, nei confronti dei titolari dei diritti sacrificati per effetto dell'illegittima costruzione dell'opera pubblica, al pagamento dell'indennità di occupazione per la durata legale di questa - o, nel caso in cui l'effettiva utilizzazione del fondo per l'esecuzione dell'opera pubblica sia anteriore alla scadenza del termine legale di durata dell'occupazione, fino al momento in cui, in conseguenza della detta utilizzazione, la fattispecie dell'illecito produttivo del danno si è compiutamente realizzata e l'illecito ha esaurito la sua potenzialità dannosa - nonché al risarcimento del danno derivante dalla privazione definitiva e irreversibile del godimento e della concreta disponibilità del bene e del conseguente svuotamento del contenuto economico del diritto soggettivo leso”, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1717; Cass. civ., sez. I, 27 luglio 1982, n. 4331; Cass. civ., sez. III, 2 aprile 2001, n. 4790: “L'art. 46 della legge sull'espropriazione per pubblica utilità (...) configura una forma di responsabilità per atto legittimo, che si differenzia nettamente dal risarcimento dei danni derivanti da attività illecita, il giudice adito con l'azione aquiliana ex art. 2043 c.c. non può emettere pronuncia sulla responsabilità per atto lecito della p.a. ex art. 46 della legge n. 2359 del 1865, trattandosi di azioni che si distinguono tanto per il "petitum" quanto per la "causa petendi””, in *Giust. civ.*, 2001, 666; Corte appello, sez. I, L'Aquila, 29 settembre 2021, n. 1439: “In tema di calcolo di indennizzo in caso di espropriazione, mentre nel caso di c.d. espropriazione larvata l'indennizzo non mira a compensare integralmente l'obiettivo diminuzione del valore di uso o di scambio della proprietà, ma si fonda su un principio di giustizia distributiva, nel caso di espropriazione per realizzazione di opera pubblica l'indennità di asservimento spetta al proprietario gravato dall'imposizione dovuta alla realizzazione dell'opera pubblica e si colloca all'interno della categoria dell'espropriazione, nell'ambito di applicazione dell'art. 42 Cost., trovando il credito indennitario fonte nel provvedimento impositivo per un rapporto mutuato da quello esistente tra decreto di esproprio e relativa indennità, la quale deve, quindi, l'essere determinata riducendo proporzionalmente l'indennità corrispondente al valore venale del bene, in ragione della minore compressione del diritto reale determinata dall'asservimento rispetto all'espropriazione. Il criterio di calcolo di tale indennità consiste, pertanto, in una misura percentuale della indennità di espropriazione il cui ammontare integra il limite oltre il quale la prima non può spingersi”, in *Red. giuffrè*, 2021. Per quanto concerne, invece, l'art. 42 Cost., cfr.: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, p. 1009; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà*, cit., pp. 457 e 462; S. RODOtà, *Commento all'art. 42 Cost.*, in *Comm. cost.* Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 108 ss. Per ulteriori approfondimenti in ordine calcolo di indennizzo in ipotesi di espropriazione per pubblica utilità, invece, senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a: L. MAROTTA, *I nuovi profili dell'espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 1938, p. 127 ss.; A. BALDASSARE, *Una sentenza che mette fuori legge cento anni di storia*, in *Riv.*, 1980, VI, p. 13 ss.; Id., *Espansione e autolimitazione dei poteri della Corte costituzionale*, in *Democrazia dir.*, 1980, p. 338 ss.; P. BONACCORSI, *Le indennità di esproprio e i "vincoli urbanistici" nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. agr. it.*, 1980, I, p. 327 ss.; P. BONACCORSI - G. D'ANGELO, *Corte costituzionale e indennità di esproprio*, in *Riv. giur. ed.*, 1980, II, p. 3 ss.; M. T. BORGATO FAGOTTO, *I vincoli urbanistici dopo la sent. 5/1980 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 170 ss.; M. LUCIANI, *A prima lettura. Vecchi e nuovi principi in materia di espropria-*

dell'interesse di altri soggetti giuridici. Ogni persona è costretta a muoversi dentro i limiti dalla legge fissati. Le sue attività non sono più qualcosa di sconfinato ed arbitrario, ma debbono coordinarsi con le esplicazioni altrui, che esigono contemporaneamente eguale tutela<sup>12</sup>.

Le tipologie di atti che configurano la responsabilità in esame, quindi, evocano alla mente la definizione fornita da Massimo Severo Giannini nelle Le-

---

zione e indennizzo, in *Giur. cost.*, 1980, p. 40 ss.; L. MAZZAROLLI, *Considerazioni sull'indennità di espropriazione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1254; P. PINNA, *Il giudizio di ragionevolezza sulla misura dell'indennità di esproprio nella Giur. Cost.*, in *Reg.*, 1981, p. 581; D. RODELLA, *L'indennità di espropriazione nella Sentenza della Corte costituzionale n. 5/80 – notazioni critiche e problemi legislativi*, in *Amm. it.*, 1980, p.485 ss.; S. MANGIAMELI, *Indennizzo, “senza ristoro” e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 308 ss. Di recente, L. AZZENA, *L'espropriazione per pubblica utilità e i provvedimenti ablatori*, Torino, 2021.

10T.A.R. Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n.1794; T.A.R. Roma, sez. II, 1 aprile 2009, n. 3479: Le domande aventi a oggetto l'indennizzo e il risarcimento del danno sono giuridicamente, e ancor prima logicamente, incompatibili tra loro, in quanto nel primo caso si presuppone la legittimità della revoca e un'eventuale responsabilità dell'Amministrazione da atto lecito dannoso, mentre nel secondo caso si muove dalla dedotta illegittimità provvedimentoale e dalla relativa pretesa risarcitoria qualificandosi come « non iure » la condotta dell'Amministrazione; di tal che nel corso del giudizio instaurato per l'annullamento del provvedimento, la richiesta formulata dal ricorrente che il proprio danno venga liquidato ai sensi dell'art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990, come aggiunto dall'art. 14, l. n. 15 del 2005, fuoriesce dalla connotazione propria del risarcimento di un danno ingiusto per assumere la valenza di un ristoro patrimoniale discendente dalla legittima adozione di un atto di revoca (...)”, in *Foro amm. TAR*, 2009, 4, 1115; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2011, n.1168; T.A.R. Napoli, sez. III, 3 giugno 2011, n. 2977, in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 2048; T.A.R. Bologna, sez. II, 6 luglio 2020, n.459; T.A.R. Aosta, sez. I, 25 giugno 2020, n. 20, “La causa petendi nel giudizio volto ad ottenere l'indennizzo da revoca di un atto legittimo deve essere ravvisata, nel più generale sistema della responsabilità da fatto lecito, nella legittimità dell'atto adottato dall'Amministrazione, ovvero nella liceità della condotta da questa tenuta e che ha causato il pregiudizio, cui consegue, per ragioni di giustizia distributiva e di parziale traslazione dell'impatto pregiudizievole, un incompleto ristoro contemplato di volta in volta dal legislatore, mentre nel giudizio risarcitorio, essa consiste nel fatto o nell'atto produttivo del danno ingiusto, cui consegue un generalizzato obbligo di integrale ripristino dello status quo ante in forma specifica o per equivalente monetario, che tenga indenne il danneggiato dell'intero spettro di pregiudizi subiti. Quanto al petitum nel giudizio per responsabilità da atti legittimi o comportamenti leciti, esso è limitato al pregiudizio immediatamente subito ed è quindi limitato al c.d. danno emergente, mentre nel giudizio risarcitorio esso si estende - fermi, ovviamente, i necessari presupposti probatori - a tutto il pregiudizio (danno emergente e lucro cessante), conseguente all'illegittima violazione della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto leso”, in *Foro amm. (It)*, 2020, 6, 1220. In via generale per ulteriori approfondimenti in ordine alle ricadute applicative riscontrate sul piano della prassi in tema di espropriazione per pubblica utilità e occupazione illegittima; revoca, ex art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990, quali ipotesi di responsabilità da atto legittimo sia consentito il rinvio a: A. AMORE, *Il dovere di solidarietà nelle dinamiche della responsabilità da attività lecita della pubblica amministrazione*, Napoli, 2023; E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'Amministrazione*, Napoli, 2012; A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012. Sulla revoca del provvedimento

zioni del 1950: «l'atto possiede il massimo che di forza giuridica possibile (...)»<sup>13</sup>. Quella forza imperativa che estingue, modifica, sostituisce, trasferisce, in una parola «produce l'avverarsi di eventi» di «nascita modificazione ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce»<sup>14</sup>. La nozione di imperatività è, quindi, fin dall'origine legata all'immagine di un potere vincolato e limitato, non arbitrario, in cui l'atto è espressione del momento dell'autorità, preposta

amministrativo, senza pretesa di esaustività, cfr.: R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; N. SAITTA, *Sulla revocabilità delle decisioni amministrative*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1955; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; F. BENVENUTI, voce *Autotutela (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; F. PAPARELLA, voce *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988; P. SALVATORE, voce *Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento d'ufficio e revoca fra posizioni favorevoli ed interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; B. CAVALLO PERIN, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. dir. amm.*, Santaniello, III, Padova, 1993; A. CORPACI, voce *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig., disc. pubbl.*, XIII, 1997, p. 324 ss.; E. FERRARI, voce *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999 p. 20 ss.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Aa. Vv., Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, p. 209; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, p. 150 ss.; S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, 2004, p. 1 ss., nonché, per una generale riflessione sull'attività di secondo grado della pubblica amministrazione: G. FALCON, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 469; P. L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della P.A.: l'autotutela*, in *www.federalismi.it.*, 2016, XX, p. 2 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015*, in *Nuove auton.*, 2016, III, p. 331 ss.; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it.*, 2017, VIII; A. SANDULLI, *La revoca del provvedimento amministrativo e la tutela del legittimo affidamento: una questione di bilanciamento?*, in L. GIANI, M. IMMORDINO e F. MANGANARO (a cura di), in *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019; pp. 293-312; L. BENVENUTI, *L'autotutela amministrativa. Una parabola del concetto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, III, p. 637 ss.

11 Per ulteriori approfondimenti in ordine alla nozione di imperatività e autoritarità dell'atto amministrativo, senza alcuna pretesa di esaustività si rimanda a: F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 1983, p. 266; B. CAVALLO PERIN, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 272 ss.; C. MIGNONE, *Imperatività, efficacia ed esecutorietà del provvedimento*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, p. 1241; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 345; M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. III – *L'azione dei pubblici poteri*, V ed., Bologna, 1997, pp. 26 e 52; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999, pp. 21 - 472; B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000. Per quanto concerne invece l'illegittimità del provvedimento amministrativo, la letteratura è sterminata, cfr.: G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936; V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, Roma, 1986; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000; M. C. CAVALLARO, *Atto amministrativo illegittimo: un caso di responsabilità contrattuale?*, in *Riv. giur. ed.*, 2002,

alla tutela dell'interesse pubblico, con cui si dispone della sfera giuridica del destinatario, a prescindere dal suo consenso<sup>15</sup>.

Senonché tale tesi si collocano in un periodo in cui solo Stato e gli enti pubblici erano preposti alla tutela dell'interesse pubblico. Quest'ultimo, difatti, era qualificato come pubblico non perché afferente la collettività, ma in quanto oggetto di un potere esercitato dalla pubblica Amministrazione: gli interessi sociali perdevano la loro consistenza obiettiva e si trasformavano in interessi, oggetto di poteri pubblici<sup>16</sup>.

---

IV, p. 910 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 409 ss.; D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003; G. FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, I; A. PUBUSA, *Il giudizio: "officina per la riparazione" degli atti amministrativi? Note sull'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241/1990*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2005, p. 1750; F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it.*; 2005, IV; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 389; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007; Id., *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir., ann.*, I, Milano, 2007; L. R. PERFETTI, *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008; F. SAITTA e G. TROPEA, *L'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, II, p. 573 ss.; E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della corte costituzionale 6.7.2004, n. 204, e dell'art. 21-octies della l. 7.8.1990, n. 241*, in *www.giustamm.it.*; A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015, p. 193 ss.; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2017; M. TRIMARCHI, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Diritto proc. amm.*, 2017, IV, p. 1300 ss.; S. TARULLO, *Partecipazione procedimentale ed illegittimità non invalidante: quale salvezza per il potere amministrativo?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, I, p. 69 ss.

12 G. SALEMI, *La così detta*, cit. p. 22.

13 M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

14 M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 713.

15 In tal senso cfr.: MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 286, secondo cui si qualifica come pubblico «ogni interesse che la legge qualifichi tale». Tale nozione si rinviene anche in: M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 47; E. CANADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6.

16 In tal senso cfr.: MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 286, secondo cui si qualifica come pubblico «ogni interesse che la legge qualifichi tale». Tale nozione si rinviene anche in: M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 47; E. CANADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, cit., p. 6.

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Costituzione, la crescita esponenziale di gruppi - organizzati intorno a interessi solidali di rilevanza socio-economica - mette in discussione l'unilateralità e verticalità del rapporto tra Stato e individuo.

Fu in seguito a questo processo, difatti, che lo Stato, prima considerato forza neutra e semplice tutore del diritto, comincia a spiegare un'azione attiva e innovatrice nella società, cercando di raggiungere il benessere sociale<sup>17</sup>.

E così, lo Stato e le Amministrazioni nelle quali si articola sono chiamati a garantire la soddisfazione «dei bisogni materiali e morali dei membri della collettività»<sup>18</sup>. «La strumentalità di tali poteri non è più» - richiamando Mario Nigro - «un nesso generale (...) con un'entità (...) considerata (...) come interesse pubblico, ma un nesso puntuale con delle utilità specificamente individuate e riferibile ai gruppi o persone determinati o almeno determinabili»<sup>19</sup>. E allora

---

17 V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello stato democratico*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 372, l'A. osserva come l'evoluzione in senso democratico dell'ordinamento abbia imposto «al potere pubblico di soddisfare numerosi bisogni ai quali i singoli cittadini non erano in grado di provvedere (...)»; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, p. 275 che parla di un «rinnovato rapporto tra potere pubblico e società civile, nel quale il primo è effettivamente al servizio della seconda e l'interesse pubblico coincide con l'interesse pubblico»; S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in Id. (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 7, l'A. afferma: «La Costituzione vieta che l'esercizio dei poteri privati e dei poteri pubblici possa avvenire violando i diritti di libertà e impone che esso soddisfi i diritti sociali. In altri termini, il dato normativo è rappresentato dalla funzionalizzazione dell'esercizio dei pubblici poteri alla garanzia dei diritti sociali e dalla preclusione di interferenza dei poteri privati», il quale richiama L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2008, pp. 897-902.

18 F. LUCIANI, *o.u.c.*, p. 275. La nozione maggiormente condivisa in dottrina di organizzazione pubblica qualifica questa ultima «come un sistema coordinato di uomini e di mezzi appositamente predisposti dall'ordinamento per il perseguimento di determinati fini e per lo svolgimento di determinati compiti», si v.: V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Città, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; G. TREVES, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 513 ss.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa italiana*, in *Tratt. dir. amm. eur.*, Chiti e Greco, Milano, 1997, p. 467 ss.; F. G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in *Diritto amministrativo. Parte generale*, Bologna, 2005, p. 283 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013; C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, p. 117 ss.

19 M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa*, in *Foro.it.*, 1983, p. 254.

«nello stesso tempo in cui l'individualismo considerava in via generica lesivo qualsiasi atto dello Stato limitativo della libertà privata», «lo svolgersi dell'idea democratica e l'assetto dello Stato dipendente dalla volontà del popolo» hanno mutato la base del puro individualismo, fino a quel momento posta a fondamento della società civile.

Il principio sociale, quindi, non si configura più come «(...) prodotto della libertà individuale, ma come affermazione degli interessi delle associazioni viventi, di cui si compone la società, che comincia a farsi strada e a richiedere allo Stato un complesso di difese»<sup>20</sup>.

E tale ultima considerazione emerge nitidamente dall'art. 2 Cost. dov'è racchiusa da un lato, l'idea secondo cui il carattere sociale degli interessi non viene a disperdersi nel momento del loro riferimento agli apparati pubblici, dall'altro, il dovere per il legislatore di accordare tutela all'interesse sociale<sup>21</sup>.

20 G. VACCHELLI, *La responsabilità*, cit.; V. OTTAVIANO, *Appunti*, cit., p. 390, il quale afferma: «l'amministrazione è vista, cioè, quale erogatrice di utilità ai cittadini considerati, oltre che complessivamente, nella loro individualità».

21 V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle norme di principio*, Milano, 1952, p. 36 ss. In via generale, per ulteriori approfondimenti in ordine all'art. 2 Cost., senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a: E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2348 ss.; E. PALCI, *Il volontariato tra valori costituzionali ed autonomia regionale*, in *Giur.it.*, 1992, I, p. 1205 ss. Sulla dignità della persona e, dunque, sul principio personalista, la letteratura è assai vasta, si rimanda a: G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, in particolare p. 499 ss.; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 106; C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella legge fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971; E. MOUNIER, *Cos'è il personalismo*, Torino, 1975, p. 39 ss. Più di recente: P. BARILE *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p.12 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Liberaazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1988; R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, p. 10 ss.; F. P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, p. 41 ss.; M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002, p. 75 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 230 ss.; Id., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 2003, p. 78 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003; E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, (trad. it.), Torino, 2005; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 20 ss.; E. PARIOTTI, *I diritti umani: tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Torino, 2008, p. 8 ss.; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 270 ss.; L. MEZZETTI, *Human Rights*, Bologna, 2010; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 50 ss., l'A. afferma: «la dignità si realizza attraverso un processo, al quale concorrono il potere di governo della persona interessata e il dovere che incombe su chi deve costruire le condizioni necessarie perché le decisioni di ogni persona possano essere prese in condizioni di libertà e responsabilità. Deve essere dunque garantita a ciascuna persona la possibilità di vivere con piena dignità, attivandosi, la società stessa, per l'eliminazione di quei fattori impediendi e per la soddisfazione delle più essenziali necessità umane. La vita



In tale scenario, quindi, il carattere imperativo dell'atto amministrativo non è correlato alla posizione della Amministrazione procedente, quanto piuttosto alla supremazia conferita dal diritto positivo all'interesse pubblico<sup>22</sup>.

In altre parole, non esiste a monte una posizione di supremazia dell'ente pubblico rispetto ai cittadini, ma una efficacia tipica del provvedimento, atto unilaterale autorizzato a incidere nella sfera giuridica del cittadino<sup>23</sup>. Proprio tale concezione, quindi, consente di concludere che, da un lato, l'interesse pubblico è posto in una posizione di supremazia per espressa previsione normativa; dall'altro, l'*agere* amministrativo è costellato di obblighi e limiti racchiusi nella disciplina di dettaglio, art. 23 Cost., a garanzia degli interessi privati coinvolti.

## **2.1 (Segue...) L'attività amministrativa lecita: elemento costitutivo alternativo all'atto legittimo**

In assenza di un atto o provvedimento in cui si cristallizzi la decisione amministrativa, un elemento alternativo e indispensabile per la configurazione della responsabilità in esame sarebbe l'attività amministrativa "lecita". Cosicché, mentre se è stato adottato un atto amministrativo, l'attività perde autonoma consistenza poiché si immedesima nell'atto, in assenza di quest'ultimo essa assume rilevanza ai fini della responsabilità in esame<sup>24</sup>. In tal caso, l'esempio può rinvenirsi nell'ipotesi di danno da ritardo (di cui all'art. 2 *bis*, co. 1 *bis*, della leg-

---

degni di essere vissuta, allora, è quella che la persona autonomamente costruisce come tale»; L. R. PERFETTI, *Sul valore normativo della persona. Appunti su Aldo Moro giurista nel quarantennale dell'omicidio*, in questa *Rivista*, 2018, I.

22 B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento*, cit., p. 400, l'A. afferma che la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato «costituisce un retaggio dell'antica idea della supremazia dell'amministrazione: idea che seppure ormai superata in termini soggettivi, si traduce in una maggiore nobiltà degli interessi di cui l'amministrazione stessa è titolare o in una più forte capacità obbligatoria dei suoi atti».

23 G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.

24 A. DE VALLES, *La validità*, cit., pp. 10-11, l'A. afferma: «il soggetto pubblico, nella propria attività amministrativa può, come ogni persona, muoversi nel campo della propria libertà, compiendo fatti leciti, senza venir a contatto con altri: così con la costruzione di edifici, la fabbricazione di materiale per l'esercito ecc.; e può, anche, nelle manifestazioni di tale sua attività oltrepassare i limiti della libertà, ledere una norma giuridica, compiendo fatti illeciti che, senza essere diretti ad altri soggetti, possono indurre un rapporto obbligatorio per sé stante; in questi casi l'attività amministrativa è considerata come puro fatto».

ge 241 del 1990), in cui per definizione manca l'atto, ovvero in caso di danno da vaccinazione obbligatoria (l. 25 febbraio 1992, n. 210)<sup>25</sup>.

Sul punto, occorre rammentare che nel corso del tempo, secondo Elio Casetta, è stata piuttosto scarsa l'attenzione mostrata dalla dottrina sul tema dell'attività amministrativa, non rinvenendosi così alcuna nozione unica, certa e chiara<sup>26</sup>.

Per attività amministrativa, muovendo dall'interpretazione del sostantivo «attività», si allude «all'insieme di operazioni, comportamenti e decisioni» ovvero «all'insieme di atti ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (anche) nel loro complesso»<sup>27</sup>; essa, letta in combinato con «l'aggettivo amministrativa, è intesa nel senso di (attività diretta alla) cura di interessi (propri o alieni)», ovvero a tutela collettività<sup>28</sup>.

---

25 In argomento, G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 203 ss. In giurisprudenza, Corte cost., 14 dicembre del 2017, n. 268, in *Giur. cost.*, 2017, 6, p. 2913: «da traslazione sulla collettività delle conseguenze negative del vaccino antinfluenzale, alle condizioni e nei limiti previsti dalla l. n. 210 del 1992, consegue all'applicazione dei principi costituzionali di solidarietà, ex art. 2 Cost., di tutela della salute anche collettiva, ex art. 32 Cost., e di ragionevolezza, ex art. 3 Cost., completando - in termini che rendono più serio e affidabile ogni programma sanitario rivolto alla diffusione dei trattamenti vaccinali - il patto di solidarietà tra individuo e collettività, al fine di una più ampia copertura, con benefici non solo economici sul SSN e sulle attività lavorative». Nel corso degli anni questa disciplina è stata più volte oggetto di sindacato della Corte costituzionale, si rinvia a: Corte cost., sentt.: 22 giugno del 1990, n. 307, in *Foro amm.*, 1991, p. 640 ss.; 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro amm.*, 1996, p. 2825 ss.; 26 febbraio 1998, n. 27, in *Giur. cost.*, 1997, p. 965; 9 ottobre del 2000, n. 423, in *Danno e resp.*, 2001, p. 490. In giurisprudenza in tema di indennizzo si rinvia a: Corte appello Milano, 20 luglio 2016: «Per i soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie (...) è previsto, oltre all'indennizzo di cui all'art. 1, l. n. 201 del 1992, un assegno una tantum, pari al 30% dell'indennizzo, dovuto per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento dannoso e l'ottenimento dell'indennizzo stesso. Per ulteriori approfondimenti in dottrina si veda: M. D'ARIENZO, *Al di là del nesso autorità/libertà: i recenti sviluppi della politica vaccinale italiana alla prova dei fatti e nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa tra diritto alla salute pubblica, rischi per la salute individuale, garanzia ed effettività dei diritti fondamentali ed equilibrio economico-finanziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, p. 341 ss.; M. C. CAVALLARO, *Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 202-203. Per quanto concerne, invece, la possibile configurazione della responsabilità da attività amministrativa lecita in ipotesi di vaccinazione obbligatoria e raccomandata sia consentito il rinvio a: A. AMORE, *La responsabilità della P.A. per danno da vaccinazione: il bilanciato legame tra dovere di solidarietà e dignità umana*, in *www.consultaonline.it*, 2022, 3, p. 1364 ss.

26 E. CASETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 521.

27 F. G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. agg.*, VI, 2002, p. 77.

28 E. CASETTA, voce *Attività*, cit., p. 521.

Sono perciò comprese nell'ambito dell'attività amministrativa tutte quelle operazioni materiali previste da disposizioni normative o da un atto di natura provvedimentale, strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico (si pensi alla prestazione sanitaria svolta dal medico in esecuzione alla legge che dispone l'obbligatorietà della vaccinazione o ancora all'attività amministrativa svolta in ipotesi di occupazione illegittima, *ex art. 42 bis* d.P.R. n. 327 del 2001).

Così chiarito, l'attenzione si pone su un profilo di particolare interesse, e cioè: «ogni forma di attività amministrativa, sia una pronuncia, sia una azione, ha per presupposto la volontà diretta al suo compimento»; nella pronuncia la volontà «si manifesta nitidamente; nell'azione materiale, invece, la precedente determinazione volitiva si prospetta mediante l'esecuzione, e la volontà è latente, oppure precede così immediatamente l'esecuzione da immedesimarsi con essa (...)»<sup>29</sup>.

La sostanza dell'attività, invece, consiste in un processo conoscitivo, il quale si realizza anche senza l'esercizio di un potere, ad esempio quando successivamente all'acquisizione di dati sulla salute del cittadino l'operatore sanitario somministra il vaccino. E allora se l'attività amministrativa non implica necessariamente l'esercizio di un potere, affinché in capo alla p. A. possa configurarsi una responsabilità da attività lecite è comunque necessario che la stessa abbia rispettato i principi costituzionali e del diritto positivo, a presidio dell'importanza vitale riconosciuta al principio di legalità<sup>30</sup>.

---

29 A. DE VALLES, *La validità*, cit., pp. 10-11.

30 La letteratura in tema di principio di legalità è vastissima, per ragioni di economia e senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a: R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, p.175 ss.; Id., *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 49 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 904 ss.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962, p. 150 ss. Nella letteratura recente: F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, p. 25 ss., dubita che il principio di legalità implichi necessariamente una attribuzione del potere a favore della p. A., da parte di una legge approvata dal Parlamento, ritenendo, invece, che ciò si riscontreterebbe solo in ordine alle materie coperte da riserva di legge; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1975, p. 679 ss.; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 1355 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982, p. 49 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 4; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Mila-

In tal senso, la questione ha ad oggetto non tanto l'attività amministrativa in concreto esercitata, ma il suo fondamento normativo.

Da tale ultima affermazione discendono due considerazioni: la prima l'attività amministrativa volta a imporre comportamenti, divieti, obblighi di fare e di non fare, lesivi della sfera giuridica dei soggetti considerati deve trovare il proprio fondamento in un precetto normativo<sup>31</sup>; in senso contrario, si contrasterebbe l'art. 23 Cost.

Va poi sottolineato che, nonostante l'interesse pubblico sia obiettivizzato nel diritto positivo, qualora la p. A. abbia un margine di scelta in ordine alla convenienza o meno delle decisioni da adottare, ai fini della configurazione della responsabilità in esame, l'attività dovrà comunque essere legittima, ossia conforme al precetto normativo, all'interesse pubblico da soddisfare, da un punto di vista di pratica opportunità e di convenienza, nonché adeguata per il soddisfacimento dei bisogni sociali, nel rispetto dei parametri costituzionali e generali del diritto positivo<sup>32</sup>.

---

no, 1993; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 140 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa*, Napoli, 2000, p. 10 ss.; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, 2013, Milano, p. 371 ss.; A. BARONE, *La scienza "incerta" davanti al giudice amministrativo riflessioni introduttive*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, II-III; M. A. SANDULLI, *Il principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo Sandulli*, in *Dir. e soc.*, 2015, IV, p. 649 ss.

31 In ordine alla differenza quantitativa tra legalità sostanziale e riserva relativa, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1993, p. 65, il quale afferma che «de riserve "relative" potranno differenziarsi per elementi quantitativi, vale a dire per una maggiore determinatezza della disciplina che deve essere dettata dalla legge, rispetto a quella considerata sufficiente affinché sia rispettato il principio di legalità sostanziale».

32 In via generale, per ulteriori approfondimenti in tema di principi di efficienza, efficacia ed economicità, cfr.: V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002*, Milano, 2003, p. 4, la Pa. «in un ordinamento pienamente democratico» deve operare «sulla base dei principi dell'efficienza, dell'efficacia, e dell'economicità, al fine di produrre risultati migliori ai minori costi»; A. DE SIANO, *Spunti di riflessione sul concetto di efficienza riferito all'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, XI, p. 711 ss. Per la giurisprudenza costituzionale, cfr.: Corte cost., 9 luglio 1982, n. 150, in *Foro it.*, 1983, I, p. 603; Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 307, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, p. 411 ss.; Corte cost., 26 gennaio 2009, n. 32, in *Giur. cost.* 2009, 1, p. 244, tutte in *www.giurcost.it*. Per quanto concerne, invece, il tema dell' "amministrazione di risultato" si rinvia a: L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299; Id., *Principio di legalità e amministrazione*

Volendo tirare le fila del discorso, dunque, le considerazioni condotte inducono a ritenere che, ai fini della responsabilità da atto legittimo o attività lecita, tra gli elementi costitutivi rileva l'atto amministrativo (che potrebbe essere il decreto di espropriazione per pubblica utilità o la revoca del provvedimento amministrativo); ovvero, più in generale, l'attività amministrativa che non si manifesta nell'adozione di un atto (come nel caso del danno da vaccinazione; o dell'indennizzo da ritardo). In entrambi i casi, tuttavia, a base della responsabilità si colloca l'atto o l'attività, quale fonte di produzione della lesione della situazione giuridica del singolo cittadino, sacrificato per la prevalenza dell'interesse pubblico. Soprattutto, in entrambi i casi, sia l'atto, sia l'attività, traggono la propria legittimità - liceità da una disposizione normativa, idonea a fondare l'esercizio del potere ovvero a giustificare lo svolgimento dell'azione materiale.

### **3. Il carattere “non ingiusto” del danno**

Individuato l'atto legittimo o l'attività amministrativa lecita quale fonte di produzione della lesione dei diritti fondamentali-sociali del cittadino (i.e. tutela della salute; diritto di proprietà; libertà di autodeterminazione...), l'attenzione si pone sulla tipologia di danno cagionato: qual è la natura del danno? Cos'è un danno “non ingiusto”? Quali sono gli accadimenti idonei a essere considerati «danno» potenzialmente indennizzabile? Ancora, è sufficiente un mero atto legittimo lesivo delle situazioni giuridiche del privato per riconoscere il diritto di indennizzo ovvero è necessario che quest'ultimo sia positivizzato dal legislatore? Il medesimo può essere riconosciuto a prescindere dall'entità del pregiudizio patito e dall'anormalità degli effetti prodotti?

---

*di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del convegno di Macerata del 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, p. 37; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, p. 813.

Prendendo le mosse dalla nozione civilistica di danno, essa potrebbe riferirsi: alle conseguenze pregiudizievoli cagionate al danneggiato e rilevanti per il diritto positivo; alla lesione del diritto o interesse protetto<sup>33</sup>.

Oggi la nozione di danno, secondo la prassi giurisprudenziale e gli svariati interventi legislativi, non è più esclusivamente correlata al depauperamento del patrimonio del danneggiato: danno, difatti, è la lesione dalla quale possono derivare o meno conseguenze di carattere economico.

Più precisamente, dalla lettura delle disposizioni civilistiche si coglie nitidamente come l'espressione «danno» non sia stata impiegata in maniera uniforme dal legislatore; a titolo meramente esemplificativo si rammenta che di volta in volta l'aggettivo accostato al termine considerato specificherà l'origine del danno (extracontrattuale o contrattuale), la natura del danno (fisico, psichico, economico) e il bene danneggiato (la salute, il diritto di proprietà...).

Ancora, ciò che qualifica il danno come risarcibile, almeno secondo lo schema aquiliano, è il suo carattere ingiusto. Si tratta di verificare, quindi, se l'ingiustizia del danno connota anche il danno da attività lecita o da atto legittimo.

---

33 In ordine alla definizione di danno si riflette se rappresenti una nozione naturalistica, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 9 ss., ovvero un «concetto giuridico», secondo C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, in *Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 67 ss. Ancora, se attenga al «tipo di conseguenza», G. B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno patrimoniale*, ora in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1992, p. 337 ss., o invece si riferisca al «tipo di bene», come sostenuto da C. CASTRONOVO, *Danno biologico senza miti*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 1988, III, pp. 22 e 44 ss.; Id. *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1997, p. 70 ss. Infine, se si opta per la scissione in «danno - evento e danno - conseguenza», cfr.: G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, p. 405 ss. In ordine, invece alla qualificazione del danno come c.d. ingiusto si rinvia a: A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi*, in *For. it.*, 1999, p. 3225, scrive: «cosa si debba intendere per "danno ingiusto", dal punto di vista del diritto amministrativo, richiederà grandi sforzi di analisi e di sintesi. Certo, anzitutto da parte degli amministrativisti: i quali dovranno portarvi il contributo della ricostruzione da tale punto di vista dei rapporti tra amministrazione e soggetti individuali, che rientra in primo luogo nella loro competenza specifica. Ma anche, e per altro verso soprattutto, da parte dei privatisti: i quali, dal canto loro, dovranno portarvi il contributo della ricostruzione del fondamento, o dei fondamenti, della responsabilità civile; che hanno molto sviluppato in questi decenni, anche se con pluralità di scuole, di metodi, e di voci, le quali, tuttavia, più o meno tutte trascendono i nostri angusti angoli visuali».

Sul punto occorre rammentare che, secondo il modello dell'art. 2043 c.c., la nozione giuridica di danno è preesistente e autonoma rispetto alla qualificazione della ingiustizia e solo in presenza del carattere ingiusto il danno deve essere traslato dal danneggiato al danneggiante, con contestuale diritto al risarcimento in favore del danneggiato.

Da qui una duplice considerazione: il danno è rilevante se la situazione giuridica soggettiva lesa è considerata meritevole di tutela risarcitoria per il diritto positivo; il mero pregiudizio (di natura economica e non) è risarcibile solo quando, a seguito di un giudizio intorno al disvalore dell'accadimento dannoso, risulti indispensabile intervenire per eliminare le conseguenze sfavorevoli generate dalla condotta. Ma come si fa a comprendere se un danno è ingiusto o meno?

La chiave di soluzione a tale quesito si potrebbe individuare nella teoria c.d. dell'efficacia.

In particolare, «è lo statuto dell'efficacia e le leggi proprie che la governano a renderci avvertiti che l'effetto giuridico (...) non si determina mai o non si determina mai compiutamente in funzione del singolo interesse cui la norma intende dar tutela, bensì solo avendo al riguardo all'intero sistema, alla totalità cioè dei valori reali e sostanziali dell'ordinamento, nella cui unità e sintesi ogni interesse specifico ha bisogno di venire volta a volta integrato per i necessari processi adattivi, correttivi o modificativi»<sup>34</sup>. Ne consegue, quindi, che «l'ingiustizia (...) non può che proporsi quale esito obbligato di un giudizio valutativo effettuato tenendo conto (...) di tutti gli interessi in gioco, concorrenti o incompatibili, coinvolti dall'evento lesivo, tra cui anche l'interesse dell'autore del fatto lesivo»<sup>35</sup>.

Al riguardo, si può richiamare anche la Corte costituzionale, secondo la quale «l'art. 2043 c.c. è una sorta di norma in bianco», nel senso che «mentre

---

34 V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.* 2004, I, pp. 49 e 50.

35 V. SCALISI, *o. u. c.*, pp. 49 e 50.

nello stesso articolo è espressamente e chiaramente indicata l'obbligazione risarcitoria, che consegue al fatto doloso o colposo, non sono individuati i beni giuridici la cui lesione è vietata: l'illiceità oggettiva del fatto, che condiziona il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, viene indicata unicamente attraverso l'ingiustizia del danno prodotto dall'illecito»<sup>36</sup>.

Ciò vuol dire che il requisito dell'ingiustizia è strettamente correlato alla illiceità della condotta.

La tesi offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ragionando a contrario, non consente, quindi, di qualificare come "ingiusto" il danno cagionato dall'attività amministrativa lecita o dall'atto amministrativo legittimo, posto a tutela del benessere sociale.

In altri termini, se l'ingiustizia del danno consegue a una condotta *contra ius*, mancando, come nel tema oggetto di studio, l'antigiuridicità della condotta, in quanto neutralizzata dalla previsione normativa, verrebbe meno anche l'illiceità della stessa e dunque la natura ingiusta del danno cagionato.

Accolta così la definizione di danno "non ingiusto", la riflessione prosegue per rispondere agli altri quesiti formulati, e cioè: quali sono gli accadimenti idonei a essere considerati «danno» potenzialmente indennizzabile? Ancora, è sufficiente un mero atto legittimo o un'attività amministrativa lecita lesiva delle situazioni giuridiche del privato per riconoscere il diritto di indennizzo ovvero è necessario che quest'ultimo sia positivizzato dal legislatore? Il medesimo può essere riconosciuto a prescindere dall'entità del pregiudizio patito e dall'anormalità degli effetti prodotti?

A tal proposito risulta ancora una volta d'aiuto la dottrina.

In particolare, nell'opera "Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione" del 1961 Renato Alessi analizza la nozione di sacrificio di-

<sup>36</sup> Corte cost., 30 giugno 1986, n. 184: «È stato affermato, quasi all'inizio di questo secolo (l'osservazione era riferita all'art. 1151 c.c., ma vale ovviamente anche per il vigente art. 2043 del c.c.) che l'articolo in esame contiene una norma giuridica secondaria, la cui applicazione suppone l'esistenza di una norma giuridica primaria, perché non fa che statuire le conseguenze dell'*iniuria*, dell'atto *contra ius*, cioè della violazione della norma di diritto obiettivo», in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1986, II, p. 1007.



stinguendo due differenti tipologie di diritti: la prima riguarda quelli strettamente correlati alla persona (diritto alla vita, diritto all'integrità personale), i quali possono essere lesi per ragioni di interesse pubblico solo nei casi espressamente previsti dalla legge, poiché il loro sacrificio implicherebbe un annullamento della persona; la seconda afferisce ai diritti patrimoniali: diritti reali in genere, di proprietà, che possono essere sacrificati «o in maniera astratta (si pensi al divieto di importare determinate merci...) o concreta: cioè nel singolo bene che forma l'oggetto del diritto»<sup>37</sup>. Ancora: occorre che il danno meramente economico sia nel contempo sacrificio di un diritto. Ciò si verifica, «ogniqualevolta sia materialmente danneggiato il bene oggetto del diritto, sia in sé ovvero in rapporto alla funzione economica, ovvero ogniqualvolta vi sia soppressione o diminuzione di una condizione essenziale per l'utilizzazione del bene»<sup>38</sup>.

Deve evidenziarsi, però, come la tesi di Renato Alessi, per quanto di pregio, andrebbe in parte rivisitata: ci si riferisce specialmente al parametro secondo cui il danno indennizzabile non deve essere conseguenza necessaria, inevitabile, normale dell'*agere* amministrativo legittimo. Sul punto - difatti - giova rammentare, anzitutto, che un'applicazione rigorosa del criterio escluderebbe l'indennizzo persino in tema di espropriazione per pubblica utilità, poiché il decremento patrimoniale della sfera giuridica del privato si qualificerebbe come effetto normale e inevitabile del provvedimento ablatorio.

Ancora, il giudice, in sede di quantificazione dell'indennizzo, procede frequentemente ad accertare il pregiudizio patito dal privato e il nesso di causalità tra la condotta amministrativa e il pregiudizio, senza tener conto quindi della natura inevitabile e anormale del danno stesso. Così, mentre talvolta l'indennizzo si configurerebbe come un diritto riconosciuto *sic et simpliciter* nel momento dell'adozione del provvedimento amministrativo, per ovviare al disequilibrio

37 R. ALESSI, *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*, cit., p. 31.

38 R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1964, p. 134, relativamente alla parte in cui, esaminando l'istituto della responsabilità da attività lecita, indica come esempio di danno economico senza un corrispondente sacrificio di un diritto il «(...) divieto di transito per riparazione di strade, non sussistendo un diritto di transito, nemmeno a favore dei proprietari frontisti».

generato dall'atto stesso a danno del cittadino (i.e. decreto di esproprio). Altre volte, invece, la corresponsione dell'indennità sarebbe subordinata all'accertamento da parte del giudice del danno effettivamente patito, prescindendo dal suo carattere anormale e inevitabile, e del nesso di causale (i.e. danno da vaccinazione).

Dalle considerazioni sin qui condotte, dunque, il fondamento della responsabilità in esame si individua in un atto o attività potenzialmente lesiva di diritti fondamentali-sociali del singolo cittadino, la cui anti-giuridicità risulta neutralizzata dal precetto normativo, con contestuale configurazione - come detto - di un danno c.d. "non ingiusto"<sup>39</sup>.

In altri termini, la responsabilità in esame si configura in presenza di «atti che, senza la particolare norma che li prevede, sarebbero illeciti anche di fronte all'ordinamento positivo, perché di esso violano una norma generale»<sup>40</sup>.

E allora, volendo trarre le prime conclusioni si potrebbe asserire che in ipotesi di danno "non ingiusto" prodotto da un atto legittimo o da un'attività lecita della Amministrazione, il privato ha diritto a un indennizzo, nei casi e nei modi previsti dalla legge e previo riscontro dei seguenti presupposti: a) l'atto legittimo o l'attività amministrativa lecita deve aver sacrificato la situazione giuridica soggettiva costituzionalmente riconosciuta al privato; b) il sacrificio è imposto al singolo cittadino per ragioni di utilità sociale; c) il sacrificio impartito al singolo cittadino per ragioni di interesse pubblico prevalente deve trovare fondamento in una disposizione normativa<sup>41</sup>. Solo in presenza di tali presupposti, dunque, la Amministrazione è tenuta a corrispondere una somma di denaro

---

39 Sul punto, S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 65, afferma: «(...) la messa in connessione del principio costituzionale di solidarietà con l'ingiustizia del danno sarebbe dovuta servire (...) a svincolare il dispositivo aquiliano dalla sua ancillarità rispetto al diritto di proprietà e alle situazioni soggettive conformate secondo il canone della assolutezza». Pertanto, si potrebbe affermare che il carattere ingiusto del danno sia neutralizzato dal principio di solidarietà, in virtù del quale la collettività deve farsi carico del pregiudizio patito dal singolo cittadino.

40 G. SCADUTO e D. RUBINO, *Illecito (Atto)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 705.

41 G. MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo "mero" infittisce la "rete di contenimento"*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 1329 ss.

a titolo di indennizzo in favore del privato, nel rispetto del più volte richiamato principio di giustizia distributiva – riparativa, in forza del quale l'onere necessario alla produzione di un'utilità collettiva deve essere proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività, *ex art. 2 Cost.*

#### **4. L'indennizzo: ultimo elemento costitutivo della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita**

Come si è detto nelle pagine precedenti, il fine cui tende l'Amministrazione è il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, di natura prevalente rispetto a quello privato. Si è altresì evidenziato: anzitutto, come tale supremazia nello Stato moderno non sia assoluta, nel senso che il potere amministrativo può estrinsecarsi solo nei modi, casi, limiti, determinati dal diritto positivo e apportando il minimo sacrificio per l'interesse privato<sup>42</sup>; in secondo luogo, il diritto del privato sacrificato ad aver corrisposto un indennizzo.

Difatti, l'indennizzo è ideato per garantire un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico tutelato e il privato sacrificato. Si tratta, come osservato da Giovanni Vacchelli e da Santi Romano, di un istituto modellato sull'idea di una giustizia distributiva equitativa - in forza della quale l'onere necessario alla tutela dell'interesse pubblico deve essere proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività - e relativo a vicende nelle quali, benché il fatto produttivo dell'evento lesivo non sia illecito, deve essere ristorato<sup>43</sup>.

---

42 G. D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, ristampa ISAP, per il XXV della fondazione Milano, 1985, p. 16: «la regola direttrice dell'Amministrazione in questo conflitto è far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà»; V. E. ORLANDO, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, I, Lodi, 1897, p. 159 ss., il quale afferma che lo Stato deve «far sentire il suo intervento solo in quei rapporti in cui esso è necessario o almeno più utile, lasciando nel resto che i suoi sudditi si determinino ed agiscano seguendo gli impulsi della propria volontà». Sul punto ritiene che l'interesse pubblico non possa essere perseguito se non attraverso il sacrificio dell'interesse del singolo cittadino, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, ed. II, p. 306.

43 G. VACCHELLI, *La responsabilità*, cit., p. 161 «La giustizia riparativa è andata sempre più determinandosi per l'affermarsi della funzione sovventiva come dovere sociale e per il concretarsi del sentimento del diritto al soccorso come ragione sociale in genere, se non come diritto soggettivo individuato». Ancora, secondo l'A.: «(...) il diritto di indennizzo deve essere escluso quando: dall'atto legittimo sia derivato per il privato un altro vantaggio, anche indiretto, idoneo a ripristinare l'equilibrio compromesso dal provvedimento amministrativo; il danno è di lieve

La questione più delicata attiene, però, all'ipotesi in cui l'Amministrazione possa arrecare un pregiudizio in conseguenza di un atto legittimo o di un'attività lecita e manchi una disposizione normativa *ad hoc* che riconosca il diritto all'indennizzo.

Se, in passato, si riteneva non necessaria la puntuale previsione normativa<sup>44</sup>, con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, lo scenario muta, poiché, come detto, l'art. 42 Cost. statuisce che la «proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge», che ne determina «i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti», e può essere oggetto di espropriazione nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo<sup>45</sup>.

entità, auspicando al riguardo un intervento incisivo legislativo per individuare eventuali indici sintomatici utili per accertare l'entità delle modificazioni apportate dal provvedimento alla sfera giuridica del privato», p. 162. In altri termini, secondo Giovanni Vacchelli, la pubblica amministrazione, in attuazione ai principi della giustizia distributiva, «risponde di quei danni derivanti dai propri atti, i quali nella comune coscienza e nella valutazione economica non rientrano nelle contingenze eventuali a cui le diverse forme di esplicazione della ricchezza sociale vanno normalmente soggette, e che quindi sono a considerarsi come elementi che influiscono a determinare il valore», pp. 164-165; S. ROMANO, *Sulla responsabilità degli enti amministrativi per mancata manutenzione delle vie pubbliche*, in *La legge*, Roma, 1904, poi pubblicata in *Scritti minori*, Milano, 1950, pp. 173-174. Diversamente escludono un diritto di indennizzo: G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, I, p. 70 ss.: «Un obbligo generale di indennizzo non esiste nel nostro ordinamento giuridico, quando esso autorizzi il sacrificio di diritti individuali, sia pure che detto sacrificio sia disposto con misure particolari, di volta in volta e per un caso determinato. Se l'atto è legittimo in tutta la sua estensione, cioè anche negli effetti che produce, è legittima anche la lesione da esso cagionata: anzi, a propriamente parlare, non c'è lesione, non v'è danno giuridico».

44 Nelle ricostruzioni più risalenti, si riteneva non necessaria l'adozione di una legge che stabilisse in modo esplicito l'obbligo di pagare l'indennizzo, poiché quest'ultimo è racchiuso proprio nella legittimità dell'atto amministrativo, adottato a tutela dell'interesse pubblico. A fondamento di tale tesi Giovanni Salemi vi pose l'art. 29 dello Statuto albertino in virtù del quale «l'indennità si qualificava come mezzo generale ed indispensabile per tutte le forme di cessione della proprietà, richiesta dall'interesse pubblico», G. SALEMI, *La così detta*, cit., p.176.

45 In generale, per ulteriori approfondimenti in ordine alla qualificazione della riserva di legge quale valore garantista che non costituisce una norma c.d. in bianco in favore del legislatore, ma lo vincola al rispetto del valore oggetto della garanzia si rinvia a: R. THOMA, *Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung*, in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, 1932, p. 225 ss.; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi (1934)*, Milano, 1964, p. 146 ss.; C. SCHMIT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 178 ss.; P. VIRGA, *Origini, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali di principio*, in *Rass.dir. pubbl.*, 1948, p. 270 ss.; G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, 1962, p. 85 ss.; Id., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 262 ss.; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 19 ss.; F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge. I. Introdu-*

Ma quali sarebbero le implicazioni giuridiche se si condividesse l'idea di un principio generale di indennizzo<sup>46</sup>?

Esso assumerebbe le vesti di una norma c.d. fondamentale e pertanto: a) in primo luogo, caratterizzerebbe il sistema positivo di cui trattasi (o uno dei suoi settori), in quanto elemento essenziale per l'identificazione della fisionomia della responsabilità in esame; b) in secondo luogo, si qualificerebbe come fondamento assiologico (giustificazione etico-politica) di molteplici disposizioni del sistema; c) in terzo luogo, non richiederebbe a sua volta alcun fondamento, alcuna giustificazione etico-politica, poiché concepita, nella cultura giuridica esistente, come una sorta di assioma, cioè una norma evidentemente giusta o corretta.

Vi è di più. Conferire portata generale al diritto all'indennizzo significherebbe indirettamente introdurre nel sistema del diritto amministrativo l'obbligo per la pubblica Amministrazione di corrispondere una somma di denaro contestualmente all'adozione dell'atto legittimo a favore del privato sacrificato.

Tale comportamento, reiterato nel tempo, considerato obbligatorio e produttivo di effetti giuridici darebbe vita ad una consuetudine: interpretativa o sostitutiva se espressamente richiamata dalla legge o da regolamenti di natura dispositiva (consuetudine *secundum legem*)<sup>47</sup>; integrativa se relativa a materie non disciplinate dalla legge (c.d. consuetudine *praeter legem*): si pensi all'istituto della revoca dove l'indennizzo è stato manifestazione di una consuetudine *praeter legem* sino all'entrata in vigore della l. n. 15 del 2005. La consuetudine è invece esclusa se *contra legem*, ex artt. 1, 8 e 9 disp. prel. c.c.

---

*zione e commento*, Genova, 1980, p. 21 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 61 ss.; P. BADURA, *Staatsrecht*, München, 1996, p. 215 ss.

46 Sul punto, difatti, anche nell'attuale assetto costituzionale parte della dottrina propende per l'operatività di un principio generale «comune nel senso del ristoro del danno non antiggiuridico» di rilevanza patrimoniale, conforme alla comune coscienza sociale e giuridica, le quali, ispirate a un criterio equitativo, esigono che i sacrifici preordinati a un qualche «vantaggio vengano sopportati da quegli stessi che del vantaggio fruiscono», cfr. A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., p. 940.

47 Del resto la stessa dottrina ha affermato come vi siano state «lunghe epoche della storia nelle quali tutto il diritto era dato dalla consuetudine», cfr.: O. RANNELLETTI *Principi di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, p. 179.

Ebbene, quanto appena detto troverebbe riscontro nelle argomentazioni condotte dalla Corte costituzionale, con sentenza del 10 luglio del 1981, n. 119: «la rilevanza della prassi o consuetudine costituzionale sta proprio nel collegamento di essa con il diritto scritto, nella sua capacità esplicativa ed anche integratrice» rispetto ad esso. Tali prassi allorché sono in armonia con il sistema costituzionale, contribuiscono ad integrare le norme scritte (...) alla stregua di principi e regole non scritte, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe), vale a dire nelle forme di vere e proprie consuetudini costituzionali»<sup>48</sup>. In conclusione, quindi, esclusa l'ammissibilità di una consuetudine contraria alla Costituzione o alla legge, la Corte ammette una consuetudine integrativa, purché compatibile con i principi costituzionali.

Purtuttavia, nel tema in esame, il principio generale di indennizzo - e dunque la sua qualificazione come consuetudine c.d. *praeter legem* - contrasterebbe con l'art. 23 Cost.

Da qui l'intima correlazione tra l'indennizzo e la riserva di legge, poiché come affermato dalla Corte costituzionale – già con la sentenza n. 4 del 1957 e con quella di poco successiva n. 30 del 1957 - «l'oggetto dell'art. 23 della Costituzione [...] è quello di determinare a quali condizioni una prestazione, personale o patrimoniale, può essere legittimamente “imposta”, cioè può essere stabilita come obbligatoria a carico di una persona, senza che la volontà di questa vi abbia concorso». Ne consegue, come puntualizzato dal Giudice delle leggi, che: «la prestazione (...) è imposta “in base” alla legge, come prescrive il suddetto precetto costituzionale, ogni qualvolta sia adeguatamente delimitata la discrezionalità dell'ente impositore, che non può, né deve, mai trasmodare in arbitrio»<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 7, in *Foro amm.*, 1997, p. 1894.

<sup>49</sup> In tal senso, Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 4: «ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie di tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un

Ancora una volta quindi i diritti fondamentali e sociali dell'individuo, appartenenti al *genus* dei diritti funzionali e strumentali alla valorizzazione e allo sviluppo della società, possono essere limitati per tutelare interessi collettivi, qualificati come c.d. «superiori» dal legislatore.

La riserva di legge, dunque, da un lato, è intesa quale limite entro cui i cittadini possono esercitare la propria autonomia; dall'altro, rappresenta il titolo e il fondamento dell'*agere* amministrativo: «la legalità, quindi, per i primi è garanzia di libertà nei confronti di interventi, pubblici o privati, nella sfera riconosciuta alla loro autonomia, per le seconde essa è, invece, condizione ineliminabile del loro agire»<sup>50</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Il ritratto della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita della pubblica Amministrazione, emerso dalle considerazioni condotte sugli elementi costitutivi, raffigura una responsabilità autonoma, connotata da un conflitto di fondo tra i diritti fondamentali-sociali dei singoli cittadini e la scelta del diritto positivo di accordare prevalenza all'interesse pubblico e dal dovere di corrispondere l'indennizzo in favore del privato sacrificato, prescindendo da qualsiasi condotta colposa da parte della Amministrazione.

Senonché, individuati i relativi elementi costitutivi (atto amministrativo legittimo o attività amministrativa lecita, danno “non ingiusto,” nesso di causalità, sacrificio di un diritto fondamentale-sociale del singolo cittadino e inden-

---

rapporto con gli atti amministrativi ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l'espressione “in base alla legge”, contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio implica che la legge «che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione», in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

50 B. G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit. p. 278, secondo il quale: «(...) il potere di emanare simili provvedimenti deve essere sempre attribuito dalla legge: ciò ha assestato un colpo decisivo all'idea del provvedimento come atto dotato di una “forza” propria, derivante dalla provenienza di esso da un'autorità pubblica (...)».

nizzo) l'indagine prosegue per provare ad ascrivere il modello di responsabilità in esame a quello c.d. da contatto sociale, *ex art. 2 Cost*<sup>51</sup>.

E tale tesi sarebbe utile per garantire quel c.d. patto sociale che, cristallizzato nell'art. 2 della Costituzione, garantisce il corretto bilanciamento tra i diritti fondamentali - sociali e lo sviluppo della persona, da un lato, e il perseguimento dell'interesse pubblico, dall'altro.

---

51 Per ragioni di esaustività occorre puntualizzare che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza del 23 aprile 2021, n. 7 ha escluso la possibilità di configurare ogni forma di responsabilità da contatto sociale in capo alla p.A.; per ulteriori approfondimenti sul tema si v.: M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, I, p. 143 ss. In senso contrario, cfr.: Cass. civ., 21 settembre 2021, n. 25481: La condotta amministrativa è «(...) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art. 1173 c.c.*»; Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2023, n. 1567: "In tema di risarcimento del danno per lesione dell'affidamento riposto dal privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, a causa di una condotta della Pubblica Amministrazione asseritamente difforme dai canoni di correttezza e buona fede, la controversia è devoluta alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, in considerazione della sua attinenza ad una responsabilità di tipo contrattuale, inquadrabile nello schema della responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'articolo 1173 del c.c., sia nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione, sia nel caso in cui il danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato"; Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2023, n. 1567, in *Foro amm. (I)*, 2023, 3, II, p. 340 ss. *Ex multis*: Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, secondo cui: «la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa delle violazioni dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione», in *Foro amm. (I)*, 2020, X, p. 1834 e anche in *Riv. giur. ed.*, 2020, III, I, p. 461. Ancora: Cons. giust. amm., reg. sic., sez. giurisd., 15 dicembre 2020, n. 1136, il quale predilige la tesi contrattuale poiché nel rapporto di diritto pubblico tra privato e Amministrazione le condotte da tenere sono predeterminate in modo specifico «(...) il rapporto tra privato e Amministrazione non si rivela connotato da episodicità ed occasionalità ed è quindi "distante dalla modalità tipica della responsabilità del passante, emblema (...) della responsabilità *ex art. 2043 c.c.*"; Cons. Stato, 12 marzo 2010, n. 1467; T.A.R. Puglia (Bari), 2 gennaio 2012, n. 12; T.A.R. Campania (Napoli), 10 gennaio 2012, n. 15; T.A.R. Lombardia, Milano, 1 giugno 2012, n. 1511; T.A.R. Puglia (Bari), 16 luglio 2012, n. 1445; T.A.R. Sicilia (Catania), 16 agosto 2012, n. 2027; T.A.R. Puglia (Lecce), 28 gennaio 2013, n. 190; T.A.R. Liguria, 9 gennaio 2020, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina: S. RODOTA', *Il problema*, cit., p. 93, l'A. afferma che il principio di solidarietà si trova espresso laddove «si è verificata una situazione di contatto giuridicamente rilevante (obbligazioni e trattative contrattuali)». In via generale, per ulteriori approfondimenti in ordine alla qualificazione della responsabilità della Amministrazione in ipotesi di provvedimenti amministrativi illegittimi, parte della dottrina esclude la natura aquiliana della stessa optando



Nella responsabilità da contatto sociale, difatti, intesa quale diritto dei pari, il contatto diventa l'archetipo delle relazioni paritarie tra cittadino e Amministrazione, governato dal principio di buona fede, ricondotto al dovere costituzionale di solidarietà, e dal binomio diritto-obbligo<sup>52</sup>. Detto diversamente, la p.A. quando adotta un atto legittimo o esercita lecitamente un'attività agisce sì a tutela dell'interesse pubblico, ma in violazione del c.d. obbligo di protezio-

---

piuttosto per la qualificazione della stessa come da contatto sociale. Sul punto senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: M. PROTTO, *Responsabilità della amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1005 ss.; L. MONTESANO, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, III, p. 592 ss.; A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, I, p. 20, secondo il quale la natura della responsabilità della pubblica amministrazione deve ricercarsi più nel contesto della responsabilità contrattuale che in quello extracontrattuale; E. CASSETTA e F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro.it.*, 2002, II, p. 18; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 278 ss.; G. M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., p. 172 ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 168; E. FOLLIERI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Il danno risarcibile*, II, Padova, 2004; G. D. COMPORTI, *Amministrazione e cittadino* in F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona e amministrazione. Privato e cittadino, utente e pubbliche Amministrazioni*, Torino, 2004, p. 39 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, I; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006; F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Il dir. proc. amm.*, 2017, IV, p. 1191; V. FANTI, *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo sotto il profilo dell'integrità patrimoniale lesa*, in *www.giustamm.it*, 2016, III. Ancora, M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, la quale qualifica il rapporto tra Amministrazione e cittadino alla stregua di un rapporto obbligatorio, con contestuale configurazione di una responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, secondo le regole di cui all'art. 1218 c.c., in ipotesi di provvedimento illegittimo. In tal senso S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'Amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, 2000, X, p. 2037: «La responsabilità cosiddetta contrattuale è fondata sulla preesistenza tra danneggiante e danneggiato, di una relazione giuridica specifica e differenziata rispetto alla generalissima relazione di solidarietà e di correttezza che lega fra loro tutti i soggetti dell'ordinamento (...). Questo rapporto preesistente è di solito costituito da un vincolo di natura contrattuale, ma ben può formarsi anche al di fuori di un contratto (...); sicché la locuzione responsabilità "contrattuale" è sicuramente riduttiva e sta ad indicare qualunque situazione in cui il fatto lesivo causa di responsabilità è compiuto nell'ambito di un rapporto preesistente ed in violazione di un obbligo ad esso previsto»; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 601 ss.

<sup>52</sup> Secondo F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa* (Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Milano, 2002, p. 45, «nelle opere più recenti, aleggia spesso una specie di "mistica" del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione realmente democratica; l'autorità sarebbe sinonimo (o causa) di cattiva (o inadeguata) azione amministrativa, il consenso condur-

ne, ossia di quel dovere di solidarietà, *ex art. 2 Cost.*, in virtù del quale lo Stato è tenuto a preservare e valorizzare la centralità della persona<sup>53</sup>.

Con l'approvazione della Carta costituzionale, la persona umana è il fulcro del nuovo ordinamento democratico. È un individuo di per sé stesso dotato di valore, ma anche individuo sociale («*homme situé*»<sup>54</sup>), «radicato nella società umana e nel pluralismo sociale in cui vive. (...) Legato ai valori della collettività e all'impegno di adoperarsi per l'edificazione ed il mantenimento di una società capace di assicurare a ciascuno una vita dignitosa ed esente da privazioni»<sup>55</sup>.

In tale scenario, quindi la legittimazione del potere pubblico non solo trova fondamento nel popolo, inteso come corpo elettorale, ma anche nelle modalità di svolgimento della funzione amministrativa, improntate al rispetto del principio democratico. Il che significa che quando l'Amministrazione esercita il proprio potere è tenuta a coinvolgere i soggetti interessati (in funzione della c.d. partecipazione democratica) e a garantire il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, apportando il minor sacrificio possibile alla sfera giuridica del singolo cittadino.

Lo Stato non si presenta più, dunque, come ente preposto alla tutela di un interesse separato dalla comunità. Né si riscontrano interessi statali o degli apparati pubblici che non siano utili per il benessere della collettività, né, da ultimo, la Amministrazione adotta decisioni amministrative prive di elementi democratici<sup>56</sup>.

---

rebbe ad azioni amministrative ragionevoli, proporzionate, legittime nella sostanza».

53 M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 73, Sul punto, occorre rammentare che per la dottrina civilistica «perché un dovere giuridico possa qualificarsi come obbligazione basta che esso (...) soddisfi l'interesse di un soggetto determinato. Che poi esso soddisfi anche un interesse pubblico, non crediamo sia sufficiente a respingerlo dalla categoria dell'obbligazione».

54 Per questa definizione, G. BURDEAU, *La démocratie gouvernée, son assise sociale et sa philosophie politique*, in *Traité de sciences politiques*, Paris, 1973, VII, 39 ss.

55 In tali termini, S. GALEOTTI, *Il valore*, in *Dir. soc.*, 1996, I, p.8. In senso analogo, A. BARBERA, *Le libertà tra "diritti" e "istituzioni"*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, I, p. 67.

56 Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a: U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 215; L. PERFETTI, *Sull'ordine sociale della*

Il nuovo panorama costituzionale, difatti, testimonia il passaggio da una concezione liberal-individualista della cittadinanza - improntata su un rapporto esclusivo tra cittadino e Stato, in cui le autorità statali hanno il precipuo scopo di garantire il rispetto dei diritti individuali - ad una visione sociale e civico-repubblicana, in cui l'appartenenza del singolo alla società postula l'esercizio della libertà, ma anche la limitazione della stessa in vista della realizzazione dei valori sociali, mediante il coinvolgimento di tutti i cittadini. In tale contesto, quindi, la necessità di preservare le libertà dei cittadini e di garantire le condizioni di uguaglianza tra tutti i *cives* attribuiscono al legislatore l'arduo compito di disciplinare i rapporti tra il singolo cittadino, le formazioni sociali e gli apparati pubblici, *ex art. 2 Cost.*, al fine apportare il minor sacrificio possibile al singolo cittadino<sup>57</sup>.

Da quanto sopra, per qui di interesse, ne discende che, se da un lato, la Amministrazione è tenuta a esercitare il proprio potere nel rispetto del principio di legalità, garantendo il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, sacrificando il minor possibile la sfera giuridica del privato e corrispondendo un indennizzo, nei casi espressamente previsti dalla legge, (c.d. obbligo accessorio di rispetto o di protezione della sfera del soggetto privato). Dall'altro, il privato è chiamato ad assolvere gli oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti nonché di dare esecuzione a quanto disposto dal provvedimento amministrativo, a tutela dell'interesse generale della collettività<sup>58</sup>. E allora riaff-

---

*società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016.

57 A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, p. 48.

58 La buona fede «importa degli obblighi di carattere positivo (obbligo di esprimersi in modo chiaro, di comunicare all'altra parte i reali intendimenti della amministrazione, di non essere reticenti, ma anzi trasparenti al massimo nelle situazioni di fatto e di diritto su cui è chiamata ad incidere con la sua attività la amministrazione, ecc.) ed abbraccia l'intero comportamento delle parti (amministrazione e privati) nella loro intrinseca coerenza e nella loro globalità», cfr. M. STIPO, *Divagazioni sul tema del c.d. abuso del diritto, con particolare riferimento alle potestà delle Pubbliche Amministrazioni*, in *www.giustamm.it.*, 2009, V. Per ulteriori approfondimenti in ordine al rapporto tra l'unilateralità del potere amministrativo - diritto e dovere, si rinvia a: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p.183 ss., che afferma come tra cittadini e amministrazione «esiste - già prima che l'atto venga emanato, e per il solo fatto che si sono verificate quelle circostanze determinate, volute dalla legge»; ciò, «per effetto stesso

fiora alla mente la tesi suggestiva secondo cui «la persona, simultaneamente, attraverso l'interesse legittimo dialoga con il dovere amministrativo inderogabile (...)» affinché non comprima «l'irrinunciabile e indisponibile nucleo dei propri diritti inviolabili» ovvero «(...) non esorbiti dai limiti strettamente necessari»<sup>59</sup>.

In conclusione, quindi, il dovere di solidarietà si qualifica come c.d. obbligazione di protezione (c.d. obbligazione solidale), che, in quanto criterio di reciprocità, impone alle parti del rapporto giuridico il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e di apportare il minor sacrificio possibile alla sua sfera giuridica<sup>60</sup>.

In tale direzione, la Amministrazione può agire a tutela dell'interesse pubblico, ma le conseguenze negative del provvedimento amministrativo non possono prodursi oltre il limite necessario per tutelare l'interesse pubblico: in altre parole, non si può oltrepassare il sottile confine che separa l'ambito nel quale si radica il legittimo soddisfacimento delle ragioni pubbliche da quello invece in cui gli effetti prodotti dalle decisioni amministrative si considerano ingiustificatamente pregiudizievoli.

Infine, nella consapevolezza che la qualificazione della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita come da contatto sociale possa presentare dei profili critici in sede processuale, può essere preferibile ipotizzare che si tratti di una forma di responsabilità "atipica".

La scelta di ricorrere all'aggettivo «atipico» non è casuale. Esso difatti consente di considerare autonomamente la responsabilità in esame, con operatività di precetti normativi differenti.

---

dell'avvenuta subbiettivazione e concretizzazione della norma in ordine alla fattispecie da essa prevista».

<sup>59</sup> M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, 2020, II, p. 590.

<sup>60</sup> In via generale per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali in tema di buona fede e correttezza quale principio attuativo del dovere di solidarietà si rinvia a: Cons. Stato, 12 luglio 2011, n.4196, in *Foro amm. CDS*, 2011, VII-VIII, p. 2509; Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Giust. civ. mass.* 2010, XI, p. 1426.

In particolare, giova rammentare che la qualificazione della responsabilità della Amministrazione come da contatto sociale, comporterebbe per la Amministrazione l'onere di dimostrare che l'inosservanza di legge deriva da causa a essa non imputabile nonché di aver adottato tutte le condotte necessarie per eseguire rettamente la prestazione, artt. 1218 e 1176 c.c.

Per quanto concerne, invece, il nesso causale tra la condotta inadempiente del debitore e il pregiudizio subito dal creditore, il fatto oggettivo dell'inadempimento è di per sé idoneo a cagionare un danno al privato, danno che si collega alla lesione di interessi strumentali-procedimentali, da risarcire indipendentemente dalla successiva emanazione del provvedimento richiesto e dal contenuto del medesimo, tenendo conto del danno emergente e del lucro cessante; fermo restando l'onere per il privato di provare l'entità del danno subito.

Invece, in caso di responsabilità da attività lecita o da atto legittimo da contatto sociale, seppur c.d. "atipica", il suo fondamento si rinviene proprio nell'evoluzione del sistema democratico dell'ordinamento giuridico, laddove impone alla Amministrazione di tutelare sì l'interesse pubblico, ma di rimediare anche agli eventuali pregiudizi prodotti dall'*agere* amministrativo a danno del privato. Ciò, in conformità ad un'idea di pubblica Amministrazione - depositaria del dovere di solidarietà - sensibilmente vicina anche ai bisogni del singolo cittadino, la cui centralità e sviluppo potrebbero essere compromessi<sup>61</sup>.

Sono proprio le ragioni di giustizia distributiva-riparativa e il precetto normativo posto a fondamento dell'*agere* amministrativo, dunque, che consentono sul piano processuale, per un verso di prescindere ai fini della configurazione della responsabilità da attività lecita o da atto legittimo dalla condotta colposa della Amministrazione; per altro, di riconoscere al giudice il potere di liquidare l'indennizzo, talvolta, *sic et simpliciter*<sup>62</sup>.

61 Sul punto, in tema di vaccinazione con sentenza del 25 gennaio 2018, n. 27101 la Cassazione, sez. lav., ha affermato: "(...) dal momento che le esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale derivante da un trattamento sanitario, anche solo raccomandato".

62 Si pensi alle ipotesi di indennizzo corrisposto in ipotesi di espropriazione per pubblica utilità, cfr. Corte appello sez. I - L'Aquila, 29 settembre 2021, n. 1439: "In tema di calcolo di in-

In altri termini, mentre l'asserita maggiore pregnanza del meccanismo risarcitorio in ragione della matrice illecita del suo fatto costitutivo, per un verso, si sostanzia in un maggior onere probatorio in capo al danneggiato; dall'altro in *melius* comporta indubbiamente la compensazione patrimoniale del danno subito, attraverso il ripristino della situazione patrimoniale precedente alla condotta illecita. In senso contrario, in ipotesi di indennizzo, il danneggiato è tenuto a provare il mero pregiudizio patito e il nesso causale tra il danno e la condotta amministrativa (i.e. danno da vaccinazione...)<sup>63</sup> ovvero la presenza di ulteriori presupposti, in relazione alle fattispecie concrete di volta in volta configurate (i.e. l'aver ricorso al potere sostitutivo, *ex art. 2, comma 9 bis*, l. n. 241 del 1990,

---

dennizzo in caso di espropriazione, mentre nel caso di c.d. espropriazione larvata l'indennizzo non mira a compensare integralmente l'obiettivo diminuzione del valore di uso o di scambio della proprietà, ma si fonda su un principio di giustizia distributiva, nel caso di espropriazione per realizzazione di opera pubblica l'indennità di asservimento spetta al proprietario gravato dall'imposizione dovuta alla realizzazione dell'opera pubblica e si colloca all'interno della categoria dell'espropriazione, nell'ambito di applicazione dell'art. 42 Cost., trovando il credito indennitario fonte nel provvedimento impositivo per un rapporto mutuato da quello esistente tra decreto di esproprio e relativa indennità, la quale deve, quindi, 'essere determinata riducendo proporzionalmente l'indennità corrispondente al valore venale del bene, in ragione della minore compressione del diritto reale determinata dall'asservimento rispetto all'espropriazione'. Il criterio di calcolo di tale indennità consiste, pertanto, in una misura percentuale della indennità di espropriazione il cui ammontare integra il limite oltre il quale la prima non può spingersi", in *Red. giuffrè* 2021.

<sup>63</sup> Tra le tante, cfr.: Cass. civ., sez. lav., 11 settembre 2018, n. 22078 : "(...) in tema di danni da vaccinazione obbligatoria, la sussistenza del nesso causale tra somministrazione vaccinale ed il verificarsi del danno alla salute deve essere valutata secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio "del più probabile che non", da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)". *Rass. dir. farmaceutico* 2019, 1, 32; Cass. civ., sez. lav., 27 giugno 2022, n.20539: "Il diritto all'indennizzo per i danni conseguenti alla vaccinazione obbligatoria è riconosciuto solo ove sussista un nesso causale tra somministrazione del vaccino e danno patito dal soggetto passivo del trattamento sanitario obbligatorio. Infatti, la legge n. 210/1992 ha introdotto un indennizzo a favore dei danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie e anche semplicemente raccomandate".

in ipotesi di indennizzo da ritardo)<sup>64</sup>, ma non anche l'elemento psicologico<sup>65</sup>, e l'indennizzo è limitato al danno emergente e non anche al lucro cessante, come nelle ipotesi di responsabilità civile<sup>66</sup>.

In conclusione, dunque, dalle considerazioni condotte la responsabilità da attività lecita o da atto legittimo nasce in ottemperanza a un dovere costituzionale - legislativo cui è tenuta la Amministrazione, a tutela dell'interesse pubblico, ed è funzionale al ripristino del "valore personalistico" sacrificato

---

64 Sul punto la giurisprudenza è vasta, senza alcuna pretesa di esaustività: T.A.R. Catania, sez. III, 23 dicembre 2022, n. 3385: "La fattispecie dell'indennizzo da ritardo va distinta da quella prevista dal comma 1 dell'art. 2-bis, L. n. 241/1990 atteso che, mentre il risarcimento presuppone la prova del danno e del comportamento colposo o doloso dell'Amministrazione nonché del nesso di causalità, la fattispecie dell'indennizzo da ritardo prescinde dalla dimostrazione dei suddetti elementi, essendo sufficiente il solo superamento del termine di conclusione del procedimento. Tuttavia, occorre evidenziare che, ai fini del diritto all'indennizzo, l'interessato, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento e nel termine perentorio di 20 giorni dalla scadenza del termine entro il quale il procedimento si sarebbe dovuto concludere, deve ricorrere all'autorità titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-bis, L. n. 241/1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato", in *Red. giuffrè amm.*, 2022; T.A.R. Napoli, sez. V, 3 ottobre 2022, n. 6111: "La fattispecie dell'indennizzo da ritardo va nettamente distinta da quella prevista dal comma 1 dell'art. 2 bis, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. c), l. n. 69/2009, poiché, mentre il risarcimento presuppone la prova del danno e del comportamento colposo o doloso dell'Amministrazione nonché del nesso di causalità, la fattispecie dell'indennizzo da ritardo prescinde dalla dimostrazione dei suddetti elementi, essendo sufficiente il solo superamento del termine di conclusione del procedimento. Tuttavia, occorre evidenziare che, al fine del riconoscimento del diritto all'indennizzo, l'interessato, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento e nel termine perentorio di 20 giorni dalla scadenza del termine entro il quale il procedimento si sarebbe dovuto concludere, deve ricorrere all'autorità titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9 bis, l. n. 241/1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato; la mancata attivazione dell'esercizio del predetto potere sostitutivo preclude, pertanto, la possibilità di ottenere l'indennizzo per il mero ritardo nella conclusione del procedimento", in *Red. giuffrè amm.*, 2022; T.A.R. Roma, sez. I, 7 marzo 2022, n. 2632: "La mancata attivazione dell'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9 bis, della l. n. 241/1990 preclude la possibilità di ottenere l'indennizzo per il mero ritardo nella conclusione del procedimento ai sensi dell'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito nella l. 9 agosto 2013 n. 98"; T.A.R. Campania sez. I - Napoli, 16/06/2020, n. 2417: "La fattispecie dell'indennizzo da ritardo va nettamente distinta da quella prevista dal comma 1 dell'art. 2-bis della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. c), della l. 18 giugno 2009, n. 69, atteso che mentre il risarcimento presuppone la prova del danno e del comportamento colposo o doloso dell'Amministrazione nonché del nesso di causalità, la fattispecie dell'indennizzo da ritardo prescinde dalla dimostrazione dei suddetti elementi, essendo sufficiente il solo superamento del termine di conclusione del procedimento", in *Respon. civ. e prev.*, 2020, V, 1595

65 Al riguardo, a titolo meramente esemplificativo si rinvia a: T.A.R. Abruzzo, sez. I, 12 gennaio 2011, n.47; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2011, n.1168; T.A.R. Pescara, sez. I, 12 gennaio 2011, n.47, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Bologna, sez. II, 6 luglio 2020, n. 459, in tema di revoca legittima "la domanda di indennizzo (presuppone e) trova fondamento nell'avvenuto riconoscimento della legittimità del provvedimento di revoca, dal quale scaturì-

dall'*agere* amministrativo, nel rispetto dei principi universali di correttezza e solidarietà sociale, *ex art. 2 Cost.*

---

sce comunque un'obbligazione indennitaria da atto lecito a carico dell'Amministrazione, che dovrà provvedere all'indennizzo dei pregiudizi in danno sofferti dai soggetti direttamente interessati dal provvedimento, senza che al fine del sorgere dell'obbligazione indennitaria occorra la dimostrazione della sua colpevolezza, assistendosi così a una sorta di progressiva neutralizzazione di ogni profilo colposo e di tendenziale oggettivizzazione della rilevanza del danno, per cui il revirement genera un'obbligazione indennitaria (riconciliabile al modello dogmatico della responsabilità da atto lecito dannoso) a carico dell'Ente in relazione agli eventuali pregiudizi che dovessero verificarsi a carico degli amministrati; (...) sicché l'indennizzo spettante al soggetto direttamente pregiudicato andrà di conseguenza circoscritto al danno emergente, che dovrà comunque essere dimostrato caso per caso”, in *Foro Amministrativo (II)* 2020, VII-VIII, 1512.

66 Cons. Stato, 7 febbraio 2012, n. 662: «L'obbligo di indennizzo gravante sulla Amministrazione dunque non presuppone l'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità, ma si fonda su valori puramente equitativi considerati dal legislatore, per garantire un equo bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico attuale da parte dell'amministrazione e la sfera patrimoniale del destinatario (...)», in *www.giustizia-amministrativa.it*.



NICOLA D'ANZA

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Pisa  
*nicola.danza@phd.unipi.it*

**L'OPA SPARKASSE SU CIVIBANK E QUELL'ABBRACCIO  
MORTALE TRA FONDAZIONI E BANCHE. NOTE IN  
MERITO AI RINNOVATI DUBBI DI LEGITTIMITÀ  
COSTITUZIONALE DEL D.LGS. 17 MAGGIO 1999, N. 153**

**THE TAKEOVER BID FROM SPARKASSE FOR CIVIBANK AND THE  
“DEADLY EMBRACE” BETWEEN FOUNDATIONS AND BANKS.  
NOTES ON THE RENEWED DOUBTS ABOUT THE  
CONSTITUTIONAL LEGITIMACY OF D.LGS 17 MAY 1999, N. 153**

SINTESI

Le fondazioni di origine bancaria, emerse nei primi anni Novanta nel contesto del processo di privatizzazione del sistema bancario pubblico, rivestono oggi un ruolo fondamentale nell'economia nazionale. Il totale annuale delle erogazioni sfiora il miliardo di euro e la maggior parte delle risorse viene convogliata in settori chiave della vita sociale e culturale del Paese, in una fase storica caratterizzata, pur con la recente eccezione rappresentata dal PNRR, dai contingentamenti della spesa pubblica e dai patti di stabilità. Tuttavia, contestualmente a tale attività istituzionale, esse continuano a esercitare un'influenza determinante nella definizione della *governance* e delle strategie di alcune tra le maggiori banche italiane, in contrasto con le aspirazioni e le finalità cristallizzate nella legge delega 23 dicembre 1998, n. 461 (c.d. legge Ciampi) e nel successivo D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 tra cui, in particolare, la separazione tra fondazioni e banche e, contestualmente, il ridimensionamento dell'influenza esercitata dalla politica su queste ultime. Una recente vicenda, solo apparentemente marginale, mette in luce le criticità di un sistema normativo caratterizzato da profonde e manifeste contraddizioni tra il piano dei principi e quello delle previsioni normative di dettaglio.

ABSTRACT

Banking foundations, created in the context of the privatisation process of the public banking system in the early 1990s, play today a key role in the national economy. The total disbursements per year are around one billion euros, and most of the resources are channelled into key areas of the social and cultural life of the State, in a historical phase characterized, even with the recent exception represented by the NRRP, by compressions of expenditure and stability pacts. However, at the same time as this institutional activity, they continue to exert a decisive influence in defining the governance and strategies in some of the major Italian banks, in contrast with the aspirations and purposes crystallized in the l. 23 December 1998, n. 461 (so-called legge Ciampi) and in the following D.lgs. 17 May 1999, n. 153 including, in particular, the separation between foundations and banks and, consequently, the limitation of the influence of politics on the latter. A recent affair, only apparently marginal, highlights the critical issues of a regulatory system characterized by deep and manifest contradictions between the plan of principles and that of detailed rules.

PAROLE CHIAVE: fondazioni di origine bancaria; principio di eguaglianza; principio di non discriminazione; autonomia privata; controlli amministrativi

KEYWORDS: banking foundations; principle of equality; principle of non-discrimination; private autonomy; administrative controls

INDICE: 1. Premessa. – 2. I fatti. – 3. L'evoluzione del quadro normativo: la privatizzazione del sistema bancario pubblico e l'introduzione dell'obbligo di dismissione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie. – 4. La previsione derogatoria di cui all'art. 25, comma 3-*bis* del D.lgs. n. 153 del 1999 e la sua corretta ricostruzione. – 5. I dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della previsione derogatoria. – 6. L'allocazione e perimetrazione dei poteri di controllo sulle operazioni aventi ad oggetto l'acquisto di partecipazioni indirette in enti e società non strumentali – 7. Le fondazioni di origine bancaria oggi e l'imperitura tentazione del ritorno al passato.

## 1. Premessa

Le fondazioni di origine bancaria rivestono un ruolo di primaria importanza nel contesto dell'economia nazionale<sup>1</sup>. Solo per citare alcuni numeri<sup>2</sup>, esse vantano un patrimonio contabile di ben 40.247 milioni di euro e, nell'arco temporale che va dal 2000 al 2021, hanno erogato complessivamente 25,1 miliardi di euro e accantonato ulteriori risorse per l'attività erogativa futura pari a circa 4,8 miliardi di euro, per un totale di 29, 9 miliardi di euro. Il 96% del totale erogativo<sup>3</sup> è distribuito tra i sette settori prioritari (Arte, Attività e Beni Culturali; Volontariato, Filantropia e Beneficenza; Ricerca e Sviluppo; Educazione, Istruzione e Formazione; Sviluppo locale; Assistenza sociale; Salute pubblica) e il Fondo per il contrasto della povertà educativa minorile, il quale rappresenta una linea di intervento "intersettoriale" che incide nei diversi settori richiamati. Inoltre, e soprattutto, rispetto a un totale di 86 fondazioni, sono ben 50 quelle che continuano a detenere quote di partecipazione nelle banche conferitarie, di cui 4 con quote comprese fra il 20% e il 50% e 5 con quote superiori al 50%<sup>4</sup>.

L'impatto che l'attività e le scelte strategiche di tali enti hanno sull'economia e sulla società italiana sono quindi autoevidenti, anche e soprattutto laddove si consideri l'influenza che essi hanno esercitato nella creazione e nello sviluppo dei grandi gruppi bancari nazionali, fra cui Intesa San Paolo, Unicredit,

---

1 Sul ruolo delle fondazioni di origine bancaria nell'evoluzione del quadro normativo e istituzionale cfr., di recente, P. RAMBELLI, A. RINALDI (a cura di), *Le fondazioni dalle origini al futuro. Le ragioni della Legge n. 218 del 1990, i suoi esiti e le sue prospettive nel trentennale dell'approvazione*, il Mulino, Bologna, 2021; A. GRECO, U. TOMBARI, *Fondazioni 3.0. Da banchieri a motori di un nuovo sviluppo*, Bompiani, Milano, 2020; B. GHISOLFI, *Le fondazioni bancarie. Manuale di navigazione*, Arago, Torino, 2020.

2 Cfr. XXVII Rapporto annuale ACRI sulle fondazioni di origine bancaria - Anno 2021, dal quale sono ricavati i dati citati nel testo, disponibile al seguente link: <https://www.acri.it/wp-content/uploads/2021/12/Rapporto-annuale-2021.pdf>.

3 Nel 2021 le erogazioni annuali risultano prevalenti (93,2%) rispetto a quelle pluriennali (6,8%) e quelle di piccole e media dimensione (comunque di importo inferiore a 500.000 euro) rappresentano, complessivamente, più della metà delle erogazioni annuali, a riprova dell'attenzione delle fondazioni anche alle piccole iniziative e realtà del Terzo settore.

4 Per completare il quadro, al 31 dicembre 2021, 37 fondazioni detengono partecipazioni nella conferitaria inferiori al 5% e 4 fondazioni partecipazioni comprese fra il 5% e il 20%. Se si considerano le sole fondazioni che ancora detengono una partecipazione nella società bancaria conferitaria, la quota di capitale sociale detenuta è mediamente di circa il 12%.

UBI, Bper, svolgendo così un ruolo di protagonista nel riassetto del sistema creditizio italiano. Del resto, come ebbe modo di rilevare lo stesso Governatore della Banca d'Italia, «negli anni della crisi, le fondazioni di origine bancaria hanno assecondato e sostenuto il processo di rafforzamento patrimoniale di alcuni tra i maggiori intermediari italiani»<sup>5</sup>, assicurando così la stabilità del sistema bancario nei lunghi anni della crisi economico-finanziaria<sup>6</sup>. Eppure, nonostante tali valutazioni ampiamente positive, non si può sottacere come rispetto a talune vicende siano state al contrario espresse severe critiche proprio con riguardo al processo degenerativo innescato dalla compartecipazione delle fondazioni al capitale azionario delle banche conferitarie<sup>7</sup>. Del resto, se è vero che in un primo momento il legislatore non intese porre il principio della separazione tra fondazioni e banche conferitarie, le scelte successive si sono invece indirizzate proprio in questa direzione, con risultati non sempre apprezzabili sul terreno della costruzione delle fattispecie normative di dettaglio<sup>8</sup>.

Una recente e controversa vicenda, «un po' curiosa»<sup>9</sup>, che di seguito si commenta, consente di mettere in luce talune ambiguità e criticità dell'attuale quadro legislativo, il quale, oltre a non aver consentito di realizzare una comple-

5 BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali del Governatore sul 2012*, 18, disponibile al seguente link: [https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2013/cf12\\_considerazioni\\_finali.pdf](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2013/cf12_considerazioni_finali.pdf).

6 Cfr., in tal senso, quanto ribadito in diverse esternazioni pubbliche dall'allora Presidente dell'ACRI Giuseppe Guzzetti.

7 Cfr., ad esempio, T. BOERI, L. GUISSO, *Quell'abbraccio mortale fra fondazioni e banche*, in *lavorce.info*, 13.01.2012, rispetto alle vicende MPS e Unicredit.

8 In tal senso, l'allora Presidente dell'A.G.C.M., nelle «Segnalazioni per la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2014», ebbe modo di ribadire la necessità di un effettivo rafforzamento della «separazione tra fondazione e banca conferitaria, ampliando la portata del divieto di detenere il controllo di una banca anche alle ipotesi di controllo di fatto esercitato congiuntamente con altri azionisti» (AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Anno 2014 - Segnalazione AS1137 - proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*; nello stesso senso, BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali del Governatore sul 2013*, 18-19, disponibile su: [https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2014/cf13\\_considerazioni\\_finali.pdf](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2014/cf13_considerazioni_finali.pdf); FONDO MONETARIO INTERNAZIONALE, *2014 Article IV Consultation with Italy Concluding Statement of the IMF Mission*).

9 S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 3, 121 ss. Sulla medesima vicenda cfr. anche G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 3, 135 ss.

ta ed effettiva separazione tra fondazioni e banche, contempla una serie di ipotesi derogatorie a vantaggio di talune fondazioni, che si presentano come del tutto irragionevoli e discriminatorie e rischiano, in una certa misura, di incidere negativamente sul pieno dispiegamento dei meccanismi concorrenziali nonché sull'efficienza del sistema bancario.

Con il presente contributo si procederà quindi a delineare i tratti essenziali della procedura di OPA che ha visto coinvolte Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A. e Banca di Cividale S.p.A., nonché del contenzioso da essa originato e a individuarne i profili più rilevanti e maggiormente problematici (par. 2). Successivamente, anche sulla base dell'evoluzione normativa che ha interessato le fondazioni di origine bancaria (par. 3), si procederà all'esame di tali profili, soffermandosi in particolare sulla ricostruzione della disciplina derogatoria di cui art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999 e sui corposi dubbi di illegittimità costituzionale della stessa (parr. 4 e 5), nonché sulla questione relativa all'allocatione e perimetrazione dei poteri di controllo sulle operazioni aventi ad oggetto l'acquisto da parte delle fondazioni bancarie di partecipazioni indirette di controllo in società bancarie diverse dalla conferitaria e, più in generale, in enti e società non strumentali (par. 6). Infine, seguiranno alcune brevi conclusioni (par. 7).

## **2. I fatti**

Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A. (*Sparkasse*), fondata nel 1854, è la prima banca in Alto Adige in termini di impieghi e di raccolta, con oltre 1200 collaboratori, ed opera nel Nord Est attraverso una rete di oltre 100 filiali. *Sparkasse* è controllata dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano, la quale detiene oltre il 62,7% delle azioni, mentre il restante 30,4% è distribuito tra oltre 24.000 azionisti residenti prevalentemente in Alto Adige.

In data 9 dicembre 2021, il Consiglio di Amministrazione di *Sparkasse* deliberava e annunciava di promuovere due offerte pubbliche di acquisto volontarie totalitarie, la prima su azioni ordinarie e la seconda su *warrant* di

Banca di Cividale S.p.A. - Società Benefit (*CiviBank*), A quella data *Sparkasse* deteneva 4.521.925 azioni ordinarie di *CiviBank*, rappresentative del 17,09% del capitale sociale dell'Emittente alla data del Documento di offerta, nonché 1.557.450 *warrant* denominati “Warrant Banca di Cividale S.p.A. – 2021-2024” rappresentativi del 9,85% della totalità dei *warrant* emessi dall'Emittente e in circolazione alla data del Documento di offerta.

*CiviBank* è invece attiva in Friuli Venezia-Giulia con 52 filiali e, in misura minore, in Veneto con 13 filiali. L'obiettivo delle offerte, come evidenziato nel Documento di offerta, consisteva nell'acquisizione dell'intero capitale sociale dell'Emittente, favorendo gli obiettivi di integrazione, creazione di sinergie e crescita di un nuovo gruppo bancario. Esse intendevano perseguire «un significativo miglioramento del posizionamento strategico proprio di *CiviBank*, mirando a realizzare un'operazione di consolidamento in grado di collocare il potenziale nuovo gruppo bancario, in termini di quote di mercato nel territorio di riferimento, immediatamente dopo i 4 principali gruppi bancari nazionali, con impieghi di circa Euro 10 miliardi e masse amministrate di Euro 26 miliardi»<sup>10</sup>.

In data 28 dicembre 2021 l'Offerente presentava istanza alla BCE e alla Banca d'Italia per ottenere le autorizzazioni preventive, ricevute rispettivamente il 23 e il 25 marzo 2022, mentre il 29 dicembre 2021 promuoveva ufficialmente le offerte mediante deposito del Documento di Offerta e delle Schede di Adesione in CONSOB, la quale procedeva all'approvazione in data 30 marzo 2022, con delibera n. 22281. A fronte di tali operazioni, il Consiglio di Amministrazione di *CiviBank* reagiva con alcune iniziative in sede giudiziaria, presentando un ricorso al Tribunale dell'Unione europea<sup>11</sup> e un secondo ricorso al T.A.R. Lazio – Roma<sup>12</sup>, chiedendo l'annullamento del provvedimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze recante

<sup>10</sup> Documento di offerta, Sezione G, Paragrafo G.2, consultabile al seguente *link*: <https://www.sparkasse.it/ir-opa-su-azioni-civibank/>.

<sup>11</sup> Ricorso finalizzato all'annullamento dell'autorizzazione all'acquisto rilasciata dalla BCE. Esso non era tuttavia accompagnato da istanza cautelare, con la conseguenza che non veniva seguita la procedura accelerata, per cui nel periodo di offerta il “cuore” del contenzioso si è spostato a livello nazionale, sul giudice amministrativo.

nulla-osta, di estremi ignoti, ovvero del silenzio del medesimo Ministero con valore di provvedimento di nulla-osta, all'esecuzione dell'operazione di acquisizione, nonché del provvedimento di approvazione del documento di offerta emanato dalla Consob il 30 marzo 2022.

Il Presidente della Sezione Seconda-*Quater* del T.A.R. Lazio, con decreto n. 3214 pubblicato in data 20 maggio 2022<sup>13</sup>, accoglieva l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospendeva il provvedimento impugnato fino alla trattazione collegiale dell'istanza cautelare già fissata per la camera di consiglio del 31 maggio 2022. Successivamente, con ordinanza n. 3482 pubblicata in data 1 giugno 2022<sup>14</sup>, il Collegio decideva di rigettare la richiesta di misura cautelare<sup>15</sup>.

All'esito del regolamento (c.d. *settlement*) con il pagamento dei corrispettivi dovuti a fronte dell'acquisto delle azioni e dei *warrant* portati in adesione alle offerte, oggi *Sparkasse* è il socio di controllo di *CiviBank* con il 75,6% del capitale sociale e il 79,1% dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea dei soci (al 14 luglio). Infine, in data 24 giugno 2022, il Consiglio di Amministrazione di *CiviBank*, espressione del nuovo socio di maggioranza, deliberava la rinuncia ai ricorsi proposti rispettivamente dinanzi al Tribunale dell'Unione europea e al T.A.R. Lazio - Roma.

La vicenda in esame ha messo in evidenza alcuni nodi problematici. Sul piano sostanziale, è necessario determinare se le fondazioni di origine

---

12 Ricorso accompagnato da istanza cautelare finalizzato all'annullamento del provvedimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze recante nulla-osta, di estremi ignoti, ovvero del silenzio del medesimo Ministero con valore di provvedimento di nulla-osta, all'esecuzione dell'operazione di acquisizione, nonché del provvedimento di approvazione del documento di offerta emanato dalla Consob il 30 marzo 2022 e di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, e con riserva di motivi aggiunti.

13 Disponibile sul sito della Giustizia amministrativa – sezione Decisioni e pareri: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr>.

14 Disponibile sul sito della Giustizia amministrativa – sezione Decisioni e pareri: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr>.

15 Per effetto di tale decisione il periodo di adesione delle offerte, che era stato provvisoriamente sospeso con il Decreto presidenziale sopra citato alle ore 12.51 (ora italiana) dell'ultimo giorno di mercato aperto del periodo di adesione, veniva riaperto con decorrenza dalle ore 12:51 (ora italiana) del giorno 1 giugno 2022 e si chiudeva alle ore 17:30 (ora italiana) del giorno 1 giugno 2022.

bancaria di cui all'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153 del 1999 possano o meno detenere *indirettamente* partecipazioni di controllo in enti e società non strumentali e, come nel caso di specie, in società bancarie diverse dalla conferitaria. Sul piano procedurale, è invece necessario chiarire innanzitutto se le Autorità di supervisione (BCE e Banca d'Italia), nel verificare la *compliance* dell'operazione alla normazione bancaria, unionale e nazionale, abbiano o meno l'obbligo di svolgere rispetto ai soci di riferimento un controllo esteso non esclusivamente ai profili di natura finanziaria, ma volto ad accertare il rispetto dell'intera normativa vigente<sup>16</sup>. In secondo luogo, si è posto il problema di determinare se l'acquisto di partecipazioni di controllo in enti e società non strumentali (nel caso di specie *CiviBank*) per il tramite di una società a sua volta controllata dalla fondazione (nel caso di specie *Sparkasse*) sia o meno soggetto ad un preventivo obbligo di comunicazione al MEF ai sensi dell'art. 7, co. 3 del D.lgs. n. 153 del 1999.

### **3. L'evoluzione del quadro normativo: la privatizzazione del sistema bancario pubblico e l'introduzione dell'obbligo di dismissione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie**

Tanto premesso, è necessario procedere alla ricostruzione del quadro normativo e istituzionale.

La genesi delle casse di risparmio, in Italia e in Europa, affonda le proprie radici nella prima metà dell'Ottocento e si ricollega al declino che investì le istituzioni intermedie tra Stato e cittadino, quali le arti e le corporazioni<sup>17</sup>. Pur non essendo questa la sede per ripercorrere il lungo e complesso processo metamorfico che coinvolse tali istituzioni nei due secoli successivi, è tuttavia opportuno quanto meno ricordare come, a partire dalla metà degli anni Ottanta

---

<sup>16</sup> Nel caso di specie la conformità dell'operazione al D.lgs. n. 153 del 1999, stante la partecipazione di controllo detenuta dalla Fondazione *Sparkasse*.

<sup>17</sup> *Ex plurimis* cfr. M. PICCIALUTI CAPRIOLI, *Opere pie e beneficenza pubblica: aspetti della legislazione piemontese da Carlo Alberto all'unificazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 3, 963 ss.; F. MERUSI, *Opera pia e impresa bancaria nelle Casse di Risparmio*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, Giuffrè, Milano, 1982; N. MATTEUCCI, *L'origine storica delle casse di risparmio*, in F. A. Roversi Monaco (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, Maggioli, Rimini, 1998.



del secolo scorso, iniziò progressivamente ad emergere l'esigenza di addivenire a una privatizzazione, in un primo momento "fredda", del sistema bancario pubblico, che proprio in quegli anni mostrava una pluralità di limiti che nel breve periodo avrebbero seriamente rischiato di compromettere l'intero sistema economico italiano<sup>18</sup>.

In tale contesto, la c.d. riforma Amato-Carli<sup>19</sup> segnò l'avvio della lunga e travagliata stagione del processo di privatizzazione del sistema bancario italiano, ancorché per il momento solo "formale" e dunque finalizzata alla mera trasformazione giuridica dell'ente pubblico in società per azioni (in mano pubblica)<sup>20</sup>. Successivamente, la legge delega 23 dicembre 1998, n. 461 (c.d. legge Ciampi), recante «*Delega al governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, c. 1, del d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria*», avviò una seconda, importante fase del processo di riforma del sistema bancario italiano. A ben vedere la legge Ciampi, come immediatamente rilevato in dottrina, aveva come finalità principale la privatizzazione "formale" degli enti conferenti, e come "sottoprodotto"<sup>21</sup> la conclusione del processo di privatizzazione "sostanziale" delle società bancarie conferitarie, come del resto emerge nitidamente già dai titoli della legge e del

---

18 Sul punto cfr. BANCA D'ITALIA, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive*, in *Bollettino*, dicembre-gennaio, 1981; G. MINERVINI, *Una rivoluzione silenziosa per la banca pubblica*, in *Politica ed economia*, 1982, 2, 51 ss.; G. AMATO, *Ristrutturazione degli istituti di credito ed evoluzione del mercato finanziario*, in S. Amorosino (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge n. 218/90*, Giuffrè, Milano, 1991, 1-8; M. RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia. Dalla "rivoluzione silenziosa" alla legge Amato*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni. Commento sistematico alla l. 218/90*, Jovene, Napoli, 1993, 11-25.

19 Legge 30 luglio 1990, n. 218 ("Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico") e D.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 ("Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio").

20 La legge obbligava infatti il Governo a garantire la permanenza del controllo, ma «*in casi eccezionali, al fine di rafforzare il sistema creditizio italiano, la sua presenza internazionale, la sua dimensione patrimoniale, e di permettergli di raggiungere dimensioni che ne accrescano la capacità competitiva, per finalità di pubblico interesse, uno speciale regime autorizzatorio potrà consentire deroghe al suddetto principio [...]*» (art. 2, comma 1, lett. d), L. n. 218/1990).

21 L'espressione si ritrova in R. COSTI, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Le fondazioni bancarie. Atti del Convegno di studio (Salerno, 16 ottobre 1998)*, Giuffrè, Milano, 1999, 23.

decreto delegato<sup>22</sup>. Ciò che in questa sede maggiormente interessa osservare è il dato per cui l'art. 2, co. 1, lett. d) della legge delega imponeva espressamente al decreto delegato di prevedere la facoltà per gli enti conferenti di «*esercitare, con contabilità separate, imprese direttamente strumentali ai fini statutari, esclusivamente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli, in conformità a quanto previsto dalla normativa vigente per i singoli settori, e detenere partecipazioni di controllo in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio esclusivo di tali imprese [enfasi aggiunta]*». Tale previsione, come è stato efficacemente messo in evidenza, si è poi rivelata una vera e propria norma “trabocchetto”<sup>23</sup> e ha rappresentato il “cavallo di Troia”<sup>24</sup> per la privatizzazione sostanziale delle società conferitarie. Ed infatti, allorché il D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 stabilì l'obbligo di cedere il controllo della banca conferitaria<sup>25</sup>, immediatamente si levarono le accuse di illegittimità costituzionale<sup>26</sup> della previsione per eccesso di delega,

22 La l. 23 dicembre 1998, n. 461 reca “*Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'art. 11, co. 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria*”, mentre il D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 è intitolato “*Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461*”.

23 Cfr. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, il Mulino, Bologna, 2001, 75.

24 L'efficace espressione si ritrova in F. BELLI, F. MAZZINI, voce “*Fondazioni bancarie*”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Aggiornamento*, Torino, 2000, 318.

25 Cfr. art. 6, co. 1 del D.lgs. n. 153/1999, ai sensi del quale «*le fondazioni possono detenere partecipazioni di controllo solamente in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali*». Inoltre, l'art. 25, inserito tra le *Disposizioni finali e transitorie*, disponeva che: «**1.** *Le partecipazioni di controllo nelle Società bancarie conferitarie, in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono continuare ad essere detenute, in via transitoria, per il periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ai fini della loro dismissione. Nel caso di mancata dismissione entro il suddetto termine, le partecipazioni previste dal presente comma possono ulteriormente essere detenute per non oltre due anni, fermo restando quanto previsto dall'art. 12, comma 3.* **2.** *Le partecipazioni di controllo in società diverse da quelle di cui al comma 1, con esclusione di quelle detenute dalla fondazione in imprese strumentali, sono dismesse entro il termine stabilito dall'Autorità di vigilanza tenuto conto dell'esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio e, comunque, non oltre il termine quadriennale di cui allo stesso comma 1.* **3.** *Qualora la fondazione, scaduti i periodi di tempo rispettivamente indicati ai commi 1 e 2, continui a detenere le partecipazioni di controllo ivi previste, alla dismissione provvede, sentita la fondazione ed anche mediante un apposito commissario, l'Autorità di vigilanza, nella misura idonea a determinare la perdita del controllo e nei tempi ritenuti opportuni in relazione alle condizioni di mercato ed all'esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio*».

26 Sul punto cfr. P. SCHLESINGER, *Le c.d. “fondazioni bancarie”*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1995, 1, 424; A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, 3, 400.

proprio in ragione dell'ambiguità che aveva caratterizzato la scelta, dirompente, ma sostanziata in una formula sintetica e abilmente occultata all'interno del testo, del legislatore delegante.

Come peraltro già ricordato, nell'originaria formulazione dell'art. 25, co. 1 del decreto delegato, per non perdere i benefici fiscali derivanti dalla qualificazione di ente non commerciale, le partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie avrebbero dovuto essere dismesse entro quattro anni dalla sua entrata in vigore (entro il 15 giugno 2003) mentre, con la perdita dei benefici fiscali, avrebbero comunque dovuto essere dismesse entro i due anni successivi (entro il 15 giugno 2005). Quest'ultimo termine venne poi prorogato di un anno (15 giugno 2006) dalla l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002), mentre il primo termine venne prorogato dall'art. 4, co. 1 del D.L. 24 giugno 2003, n. 143, convertito in legge con modificazioni, dalla l. 1 agosto 2003, n. 212, al 31 dicembre 2005.

Così sommariamente delineata l'evoluzione del quadro normativo, è adesso opportuno soffermarsi su due innovazioni legislative di inizio millennio essenziali nell'economia del presente contributo. L'art. 80, co. 20, lett. b) della l. 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) stabilì che «*all'articolo 25 [del D.lgs. n. 153/1999], dopo il comma 3, è aggiunto il seguente: 3-bis. Per le fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, e per quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, le parole "quarto", "quattro" e "quadriennio", contenute negli articoli 12, 13 e nel comma 1 del presente articolo sono sostituite, rispettivamente, dalle seguenti: "settimo", "sette" e "settennio"*». In tal modo, attraverso un emendamento al disegno di legge finanziaria, si decideva di prorogare, per le sole fondazioni individuate dalla norma, il termine per la dismissione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie al 15 giugno 2006. Infine, l'art. 4 del D.L. 24 giugno 2003, n. 143 dispose che «*il comma 3-bis dell'articolo 25 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n.*

---

153, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: **3-bis**. *Alle fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, nonché a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, non si applicano le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 12, ai commi 1 e 2, al comma 1 dell'articolo 6, limitatamente alle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, ed il termine previsto nell'articolo 13. Per le stesse fondazioni il termine di cui all'articolo 12, comma 4, è fissato alla fine del settimo anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto*». Tale disposizione si presenta innanzitutto come parzialmente incomprendibile, in quanto il riferimento ai “commi 1 e 2” è del tutto privo dell'indicazione dell'articolo di legge; inoltre, come si avrà modo di approfondire successivamente (par. 5), essa pone rilevanti dubbi in ordine alla sua compatibilità con il testo costituzionale.

#### **4. La previsione derogatoria di cui all'art. 25, co. 3-bis del D.lgs. n. 153 del 1999 e la sua corretta ricostruzione**

Come si è avuto modo di rilevare, la disciplina derogatoria favorevole alle fondazioni di minori dimensioni e a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale trae origine da un emendamento inserito nel Disegno di legge finanziaria 2003 e si è poi definitivamente consolidata e ampliata con il D.L. n. 143/2003, poi convertito dalla l. n. 212/2003.

Prima di affrontare i corposi dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di siffatta previsione normativa, è opportuno procedere alla corretta ricostruzione della stessa. L'art. 25, co. 3-bis del D.lgs. n. 153/1999, così come da ultimo modificato dall'art. 4, co. 4 del D.L. n. 143/2003, poi convertito nella legge n. 212/2003, così stabilisce: «*Alle fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, nonché a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, non si applicano le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 12, ai commi 1 e 2, al comma 1 dell'articolo 6, limitatamente alle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, ed il termine previsto nell'articolo 13. Per le stesse fondazioni il termine di cui all'articolo 12, comma 4, è fissato*

alla fine del settimo anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto». Tale previsione derogatoria consente quindi alle fondazioni dalla stessa individuate di continuare a detenere partecipazioni di controllo nelle rispettive società bancarie conferitarie, senza per ciò stesso perdere la qualifica di ente non commerciale e le connesse agevolazioni di natura fiscale. È tuttavia evidente che essa non consente la detenzione di partecipazioni di controllo (né direttamente né indirettamente) in banche diverse dalla conferitaria e in altri enti e società non strumentali.

La nozione di “controllo” a cui fa riferimento l’art. 6, co. 1 del D.lgs. n. 153/1999 (il quale non trova applicazione nei confronti delle fondazioni beneficiarie della norma derogatoria solo ed esclusivamente con riguardo alle partecipazioni detenute nelle società bancarie conferitarie) è infatti quella delineata dall’art. 6, commi 2 e 3 del medesimo decreto<sup>27</sup>. Tale nozione viene definita attraverso una serie di rinvii normativi esterni e, per quanto in questa sede più interessa, all’art. 2359, co. 1 e 2, c.c.<sup>28</sup>, secondo cui il controllo azionario (c.d. di diritto *ex art.* 2359, co. 1, n. 1, c.c. e c.d. di fatto *ex art.* 2359, co. 1, n. 2, c.c.) può essere non solo diretto ma anche indiretto, purché in quest’ultimo caso tutti gli “anelli della catena”, salvo il primo, siano rappresentati da un controllo azionario (di diritto o di fatto). La previsione derogatoria non consente dunque alle fondazioni ivi richiamate di detenere partecipazioni di controllo in enti e

---

27 Il quale dispone quanto segue: «**2.** Ai fini del presente decreto il controllo sussiste nei casi previsti dall’art. 2359, primo e secondo comma, del codice civile. **3.** Il controllo si considera esistente nella forma dell’influenza dominante, ai sensi del primo comma, n. 2, dell’art. 2359 del codice civile, quando: a) la fondazione, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, ha il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori, ovvero dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; b) la fondazione ha il potere, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori; c) sussistono rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario e organizzativo idonei ad attribuire alla fondazione i poteri o i diritti di cui alle lettere a) o b)».

28 «**[I].** Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. **[II].** Ai fini dell’applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi».

società non strumentali (con l'eccezione delle banche conferitarie), né direttamente né indirettamente.

È quindi necessario concludere nel senso che l'attuale quadro normativo, indipendentemente dalla sussistenza di eventuali profili di illegittimità costituzionale, non consentiva a *Sparkasse* di acquisire la partecipazione di controllo in *CiviBank*, in quanto la previsione derogatoria di cui all'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999 consente solo ed esclusivamente la detenzione di una partecipazione di controllo nella società bancaria derivata e nulla più<sup>29</sup>. Si potrà poi

---

29 In senso favorevole G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, cit., 138-139, il quale osserva che «l'eccezione all'applicazione della disciplina generale operata dall'art. 25, comma 3-*bis*, esclude solo l'obbligo di alienazione delle partecipazioni preesistenti di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. 153/1999 ma non esime, invece, dal divieto – conseguente al vigore del provvedimento – posto dal suo successivo comma 4, d'acquistare nuove partecipazioni di maggioranza in società diverse da quelle che hanno per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali. [...] In conclusione, se si considera che la legge pone sullo stesso piano sia le partecipazioni di controllo dirette che indirette, si dovrebbe ritenere che la fondazione bancaria non può – tramite la banca conferitaria direttamente controllata – acquistare il controllo di una banca terza, pena la violazione dell'art. 6, comma 4, d.lgs. 153/1999 che conserva intatta la propria forza preclusiva rispetto a tutte le ipotesi non contemplate espressamente dall'art. 25, comma 3-*bis*, d.lgs. 153/1999». *Contra* S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, cit., 128, secondo il quale, dalla lettura della disposizione di cui all'art. 6, co. 4 del D.lgs. n. 153/1999, sarebbe «di immediata evidenza che, nella vicenda in esame, la Fondazione non ha acquisito il controllo di alcuna società “non strumentale” (Civibank)», ma l'ha fatto la Cassa di Risparmio; è altresì incontestato che ciò avvenuto per autonoma deliberazione del suo c.d.a., avvedutamente comunicata all'azionista Fondazione solo a “percorso giuridico” già avviato [...] In conclusione appare privo di fondamento positivo nonché contrario ai principi eurounitari – che sin dalle prime direttive CE hanno configurato le banche come imprese operanti, in concorrenza, nel mercato – inferire dallo status del socio di maggioranza, ove questo sia una FOB, una limitazione della capacità d'agire della società bancaria, quasi essa sia “figlia di un dio minore” nell'ordinamento bancario». L'Autore conclude infine osservando come, nella prassi, i rapporti tra le fondazioni azioniste di maggioranza e le società bancarie potrebbero effettivamente tradursi nell'esercizio di poteri di direzione e coordinamento *ex artt.* 2359 e 2497 c.c. Il controllante che detiene la maggioranza dei voti in assemblea sarebbe comunque sempre ammesso a provare che esso non esercita alcuna direzione e coordinamento sulla società, prova che potrà darsi dimostrando che nonostante la nomina degli amministratori l'organo amministrativo gode di piena autonomia gestionale. Ciò premesso, la prima tesi, conforme del resto a quella sostenuta nel presente scritto, appare maggiormente in linea con il dato letterale e sistematico (posto che incontestabilmente la nozione di controllo a cui fa riferimento il D.lgs. n. 153/1999 comprende anche le ipotesi di controllo indiretto); quella sostenuta dalla seconda, autorevole, dottrina non appare quindi fondata, ma resta condivisibile sul piano sostanziale, anche se necessiterebbe di un intervento della Corte costituzionale, posto che il testo del decreto non consente margini di manovra all'interprete. Inoltre, non appare condivisibile l'ipotesi di estendere il campo applicativo della deroga di cui all'art. 25, co. 3-*bis* sulla base della prova che il controllante interno potrebbe fornire per dimostrare che, nel caso di specie, esso non esercita poteri di direzione e coordinamento; il fatto che il controllo sia con o senza direzione e coordinamento è infatti del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione delle previsioni di cui all'art. 6, co. 1 e 4 del decreto. Del tutto irrilevante ap-

certamente discutere in ordine alla opportunità e alla compatibilità con la Costituzione (v. *infra*, par. 5) della scelta legislativa di precludere alla società bancaria conferitaria, in ragione del controllo su di essa esercitato dalla fondazione, di fare ciò che alle altre banche è invece consentito fare (l'esercizio di un controllo azionario su enti e società non strumentali) e, sul punto, si potrebbero certo svolgere numerose considerazioni critiche, specie in un contesto economico nel quale la tendenza è innegabilmente orientata verso le aggregazioni e il rafforzamento dei gruppi bancari anche e soprattutto nella dimensione europea<sup>30</sup>. Questo è tuttavia l'attuale quadro normativo, non emendabile in via pretoria ma solo ed esclusivamente ad opera del legislatore ovvero della Corte costituzionale.

### **5. I dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della previsione derogatoria**

Affrontata la questione relativa alla definizione della estensione della deroga di cui all'art. 25, comma 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999, è ora necessario intrattenersi in merito ai potenziali profili di illegittimità costituzionale di siffatta normativa.

La previsione derogatoria in esame costituisce una *norma speciale* rispetto alle due *norme generali* rappresentate rispettivamente dall'obbligo di dismissione delle partecipazioni di controllo in essere nelle società bancarie conferitarie (artt. 6, comma 4 e 25, comma 1, D.lgs. n. 153/1999) e dal divieto di acquisizione di nuove partecipazioni di controllo (art. 6, comma 4, D.lgs. n. 153/1999)<sup>31</sup>. È dunque necessario chiedersi se tale norma speciale derogatoria non si ponga in aperto contrasto con il principio di eguaglianza<sup>32</sup>, a maggior ragione laddove si consideri che mai sono state analiticamente enunciate, nemmeno nei lavori parlamentari connessi alla conversione del D.L. n. 143/2003 introduttivo della deroga, le ragioni giustificative

pare, di conseguenza, quanto rilevato nella nota inviata dal MEF a Consob in data 29 aprile 2022, citata dall'Autore, per cui l'acquisizione sarebbe stata «*elaborata e decisa da Sparkasse nell'ambito della sua piena autonomia gestionale, senza alcun intervento e/o ingerenza della fondazione e, soprattutto, con fondi propri di Sparkasse [...]*».

dell'introduzione di una così vistosa e macroscopica disparità di trattamento tra soggetti privati, quali oggi indubbiamente sono le fondazioni di origine bancaria. A tal riguardo, si deve sottolineare come spetti in prima battuta al legislatore costruire fattispecie conformi al principio di eguaglianza e al canone della ragionevolezza, e ciò implica necessariamente che esse non si traducano in ingiustificate lesioni del principio di eguaglianza in senso formale, attraverso la previsione di regimi giuridici diversificati rispetto a situazioni sostanzialmente uguali<sup>33</sup>.

30 Le aggregazioni sono oggi, in un contesto caratterizzato da una notevole e marcata instabilità, valutate favorevolmente soprattutto in funzione del rafforzamento degli indici patrimoniali. Sul punto cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale 2021. Considerazioni finali del Governatore*, 18; A. PATUELLI, *Intervista rilasciata a La Stampa in data 05.06.2022*; I. FIGUEIRAS, S. GARDÓ, M. GRODZICKI, B. KLAUS, L. LEBASTARD, B. MELLER, W. WAKKER, *Bank mergers and acquisitions in the euro area: drivers and implications for bank performance*, in *Financial Stability Review*, 2021, 2.

31 *Norme generali* che peraltro sono a loro volta da considerarsi *norme speciali* rispetto alle previsioni di cui agli artt. 1, 2 e 1322 c.c. che riconoscono in via generale anche ai *soggetti collettivi* (centri unitari d'imputazione di situazioni giuridiche soggettive attive e passive, ivi comprese le associazioni non riconosciute nella prospettiva delineata dall'art. 2 Cost., da distinguersi dalle *mere collettività*) rispettivamente la *capacità giuridica* (intesa come l'attitudine di un soggetto a essere titolare di diritti e di obblighi o, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive), la *capacità di agire* (intesa in generale come l'idoneità del soggetto a porre in essere un'attività giuridicamente rilevante) e la loro *autonomia contrattuale*, e quindi anche la capacità di tali soggetti di acquistare e vendere, in linea di principio senza limitazioni (ma nel rispetto dei limiti imposti dalla legge), partecipazioni sociali.

32 La norma derogatoria sembrerebbe infatti restringere eccessivamente «l'ambito di operatività dell'obbligo di dismissione (con esso, dell'onere di ricorso, almeno nell'immediato, alle società di gestione del risparmio), che così finisce per riguardare solo le più grandi fondazioni bancarie delle Regioni a statuto ordinario: riesce difficile individuare la ragione oggettiva di questa differenziazione di regime, la sua ragionevolezza e, quindi, la sua legittimità costituzionale, quanto meno alla luce dell'art. 3, II comma, Cost.» (G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004, 310-311). La dottrina appena citata ha il merito di aver percepito le potenziali criticità della previsione derogatoria in esame, seppure senza particolari approfondimenti; resta peraltro un caso isolato, poiché nonostante l'esistenza di una sterminata produzione scientifica in materia di fondazioni di origine bancaria, la dottrina non si è mai interessata alla questione.

33 Come è stato osservato, «il dilemma del principio di uguaglianza appare tutto racchiuso nella linea distintiva tra diverso trattamento, che incorre nel divieto di discriminazione, e ragionevole differenziazione, che impone finanche "azioni positive". [...] Deve trattarsi di un metodo corale e condiviso fra una pluralità di organi istituzionali che devono contribuire a una costruzione sistematica e coerente del diritto, tale da incorporare essa stessa il valore dell'eguaglianza, prendendo le distanze dalla fallace tendenza odierna a una polarizzazione contrapposta: tra i fautori dell'uguaglianza formale, affidata al legislatore e alla tecnica della fattispecie, e i paladini dell'uguaglianza sostanziale e dell'effettività, che consegnano la giustizia nelle mani del solo diritto giurisprudenziale. La rimozione di ingiustificate differenze e, al contempo, la valorizzazione di diversità giuridicamente rilevanti sono profili inscindibili del medesimo concetto, che respingono tanto l'immagine di una calcolabilità omologante, dissociata da qualsivoglia tensione verso l'uguaglianza anche sostanziale, quanto quella della costante differenziazione del caso distaccata da qualsivoglia prevedibilità, coerenza sistematica e parità di trat-



È noto, inoltre, come nella giurisprudenza della Corte costituzionale il sindacato sul rispetto del principio di eguaglianza e quello di ragionevolezza sia andato incontro ad un sostanziale processo evolutivo, che ha condotto progressivamente quest'ultimo a emanciparsi dal primo. In via generale, si può osservare come negli anni si siano imposte due distinte forme di controllo<sup>34</sup>: il primo (c.d. di razionalità), a carattere ternario, volto a sindacare le disparità di trattamento, fondato sul ricorso al c.d. *tertium comparationis*; il secondo (c.d. di ragionevolezza), a carattere binario, orientato a determinare e valutare la razionalità intrinseca della legge<sup>35</sup>. Appare chiaro come rispetto alla questione in esame, in quanto si tratta di valutare comparativamente le distinzioni operate dal legislatore, il tipo di controllo che appare più appropriato è il primo, rispetto al quale lo spazio per la ragionevolezza

---

tamento. [...] Il diritto civile [il diritto privato in generale], dall'emanazione del codice a oggi, ha conosciuto un mutamento profondo della sua identità per effetto della progressiva, acquisita consapevolezza della complessità del dilemma eguale/diseguale e della latitudine dell'art. 3 Costituzione, che traduce in linguaggio giuridico il mistero stesso dell'uomo, per cui tutti rivestiamo una pari dignità, ma, al contempo, tutti incarniamo un'assoluta specificità e siamo protagonisti di differenti destini» (E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia online*, 1/2020, pp. 23-27). La letteratura sul principio di eguaglianza, italiana e straniera, è sconfinata. Si rinvia, quanto meno, a C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, 25 ss.; A. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, 133 ss.; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: Aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, CEDAM, Padova, 1985; A. CERRI, voce "Uguaglianza (principio costituzionale di)", in *Enciclopedia Giuridica*, XXXII, Treccani, Roma, 1994; G. U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, CEDAM, Padova, 1998; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in M. La Torre e A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 97 ss.

34 A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in F. Mac Gregor, A. Zaldívar Lelo de Larrea (a cura di), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Fundación editorial jurídica venezolana, 2008, 124.

35 «Il primo comporta un controllo volto a stabilire se tra le varie manifestazioni normative nella stessa materia (*tertia comparationis*) e quella denunziata esista una congruità dispositiva o, invece, vi siano contraddizioni insanabili. Il secondo prescinde da raffronti con termini di paragone (i quali, al più assumono solo un valore sintomatico), per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavarli dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando non sia possibile ricondurre la disciplina ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia una evidente sproporzione tra i mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito» (F. P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994*, testo pubblicato ad opera della Corte costituzionale, Roma, 1995).

lezza *stricto sensu* intesa appare maggiormente limitato. Sul punto inevitabile è il rinvio alla riflessione di Livio Paladin, secondo il quale, come noto, per determinare se due situazioni giuridiche possano o meno ritenersi omogenee, è necessario fare riferimento all'«*indispensabile tertium comparationis, che è la differente norma (generale o speciale, espressa od inespressa) della classe di rapporti la cui disparità sia controversa*»<sup>36</sup>. Dopo aver individuato il *tertium comparationis* rilevante, perché adeguato e omogeneo, sarà allora possibile svolgere il controllo del primo tipo sopra richiamato<sup>37</sup>. Con riguardo poi al “verso” della questione di legittimità costituzionale che si intende proporre, e quindi alla scelta della norma da censurare, come ha rilevato la Corte costituzionale, in presenza di norme generali e norme derogatorie a prevalere devono essere le seconde<sup>38</sup>. Rispetto a questa complessiva impostazione<sup>39</sup>, fondata sull'impiego del *tertium comparationis*, fondamentale appare il rilievo per cui «*se l'applicazione del principio di eguaglianza si pone nei termini ristretti in cui lo aveva collocato all'inizio la dottrina come semplice divieto di privilegi personali, ferma restando la discrezionalità del legislatore di configurare come diverse le varie situazioni della vita reale, non c'è assolutamente spazio per sovrapporre eguaglianza a giustizia. [...] Se, invece, come la giurisprudenza della Corte ha finito col determinare, il principio di eguaglianza viene risolto nel dovere del legislatore di trattare in modo eguale situazioni in fatto eguali e reciprocamente in modo non arbitrariamente diverso situazioni in fatto diverse, si finisce col consegnare al giudice costituzionale il compito di valutare la diversità in*

36 L. PALADIN, “Eguaglianza - Diritto costituzionale”, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 529.

37 Sul punto si rinvia a R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 287 ss.

38 «*In presenza di norme generali e di norme derogatorie, in tanto può porsi una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, in quanto si assuma che queste ultime, poste in relazione alle prime, siano in contrasto con tale principio; quando, invece, si adotti come “tertium comparationis” la norma derogatrice, la funzione del giudizio di legittimità costituzionale non può essere se non il ripristino della disciplina generale, ingiustificatamente derogata da quella particolare, non l'estensione ad altri casi di quest'ultima. [In caso contrario] si aggraverebbe, anziché eliminare, il difetto di coerenza del sistema normativo*» (Corte cost. n. 298 del 1994, Considerato in diritto n. 4).

39 Cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame critico ed ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano, 1976, il quale insiste sulla natura fattuale degli elementi oggetto del giudizio comparatistico. Si consideri poi che la stessa selezione del *tertium comparationis* non si sottrae a sua volta ad un giudizio di ragionevolezza.

concreto delle situazioni prefigurate dal legislatore e l'adeguatezza sostanziale della disciplina dettata per ciascuna di esse [...] In questa prospettiva, invero, il precetto dell'eguaglianza tende, se non accompagnato da altre prescrizioni normative, a confondersi con l'esigenza di giustizia sostanziale (o di equità) la cui valutazione ultima sarebbe riconosciuta in capo al giudice costituzionale [enfasi aggiunta]»<sup>40</sup>. Questo profilo merita un'ulteriore specificazione, nel senso che il legislatore non è completamente libero nel qualificare come *uguali* o *diverse* le situazioni oggettivamente date, perché non tutte le diversità riscontrabili nella realtà possono ritenersi meritevoli di essere selezionate e valorizzate dal legislatore stesso attraverso la previsione di regimi giuridici in tutto o in parte differenziati.

Appare quindi opportuno evidenziare che, laddove si tratti di valutare comparativamente le distinzioni operate dal legislatore, queste dovranno fondarsi ed essere riconducibili a norme costituzionali, le sole idonee a guidare l'opera di selezione e "differenziazione" del legislatore. Tale operazione di edificazione di regimi giuridici differenziati dovrà dunque necessariamente ricollegarsi alla selezione "costituzionalmente orientata" di diversità riscontrabili sul piano oggettivo o perché esse *di per sé* assumono una immediata rilevanza sul piano costituzionale ovvero in quanto la stessa operazione di selezione e differenziazione sia funzionale al perseguimento da parte del legislatore di *obiettivi* costituzionalmente rilevanti. Ciò è vero a maggior ragione in tutte quelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, le distinzioni si vanno a poi a tradurre in previsioni derogatorie inserite nel contesto di un quadro di previsioni generali connotato da specifiche e ben delineate finalità. Il legislatore può scegliere cioè di non sviluppare linearmente la produzione normativa, attraverso la previsione di deroghe ed eccezioni, ma in tal caso le previsioni derogatorie dovranno essere sorrette da *rationes* apprezzabili sul piano costituzionale, specie laddove le disparità di trattamento così introdotte finiscano con il gravare sull'autonomia privata.

---

40 F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2017, 7-8.

Nel caso in esame niente di tutto ciò è tuttavia ravvisabile, non solo in quanto il Governo prima, e il legislatore poi, in sede di conversione del D.L. n. 143/2003, non si sono minimamente preoccupati di dichiarare le ragioni poste alla base delle disparità di trattamento così introdotte, ma anche e soprattutto perché queste semplicemente non sembrano poter trovare un ancoraggio nella Costituzione<sup>41-42</sup>. Rispetto alla vicenda oggetto del presente contributo, si è sostenuto che *«si tratta di deroghe che avevano una ratio in par-*

41 Dalla giurisprudenza costituzionale in materia di fondazioni bancarie non sembrano potersi ricavare elementi di particolare rilievo ai fini alla definizione della questione. La sentenza 20 dicembre 2007, n. 438, relativa al conflitto di attribuzioni tra enti sollevato dalla Provincia autonoma di Bolzano nei confronti dello Stato, a fronte della nota MEF di approvazione (con prescrizioni) di talune modifiche apportate allo statuto della Fondazione Cassa di risparmio di Bolzano, si limita ad affermare che *«questo insieme di norme derogatorie [di cui all'art. 25, co. 3-bis del decreto] non muta, però, la natura dei due soggetti derivati dallo scorporo della precedente Cassa di risparmio. Anche le fondazioni destinatarie di questa specifica normativa soggiacciono, infatti, alla disciplina prevista dal comma 1 dell'art. 2 e dal comma 2 dell'art. 3 del decreto legislativo n. 153 del 1999. [...] La possibilità da parte di queste specifiche fondazioni di detenere partecipazioni di controllo nelle società creditizie conferitarie non ne modifica, quindi, la natura di persone giuridiche private, come tali rientranti nell'ambito dell'ordinamento civile»* (Corte cost. n. 438 del 2007, Considerato in diritto n. 6.2). L'assenza di qualsiasi riferimento, anche a carattere incidentale, ad eventuali profili di illegittimità costituzionale della disciplina potrebbe deporre, in ipotesi, contro la tesi sostenuta nel presente scritto. Sarebbe comunque agevole replicare che la Corte in quella occasione non era chiamata a pronunciarsi sulla questione e, di conseguenza, per ragioni di conformazione al *petitum*, ha ommesso di affrontare la questione anche solo all'interno di *obiter dicta*. Anche le due fondamentali sentenze nn. 300 e 301 del 2003 non vengono in soccorso. Ivi, com'è noto, si affermò che *«le fondazioni sorte dalla trasformazione degli originari enti pubblici conferenti (solo impropriamente indicate, nel linguaggio comune e non in quello del legislatore, con l'espressione "fondazioni bancarie"), secondo la legislazione vigente, non sono più - a differenza degli originari "enti pubblici conferenti" - elementi costitutivi dell'ordinamento del credito e del risparmio. [...] L'evoluzione legislativa ha spezzato quel "vincolo genetico e funzionale", di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 di questa Corte, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 153) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante»* (Corte cost. n. 301 del 2003, Considerato in diritto n. 5).

42 Osserva G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, cit., 144-145, come *«in sintonia con le indicazioni della Consulta, valorizzando, da un lato, il legame con il territorio e, dall'altro, la normale limitata importanza economica di enti operanti in realtà geografiche assolutamente circoscritte, la partecipazione di consentita a talune fondazioni può essere letta nella logica dell'integrazione degli strumenti impiegabili per la realizzazione degli interventi nel territorio di riferimento. Quella "concessione", in altri termini, permette di considerare, in via del tutto eccezionale, strumentale anche la partecipazione bancaria di maggioranza, ritenendola mezzo idoneo alla realizzazione degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico come definiti dai rispettivi statuti (art. 2, d.lgs. 153/1999). Se si vuole, le peculiarità territoriali sono considerate un fattore che amplia le modalità a disposizione delle fondazioni per perseguire i loro scopi (art. 3, comma 1, d.lgs. 153/1999), includendovi anche la società bancaria conferitaria che sarebbe altrimenti esclusa. Quindi, si può ipotizzare che quella "anomalia" sia tollerata perché si reputa che la disponibilità da parte della fondazione di una partecipazione di maggioranza assoluta nella*

*te comune: la prima riguardava "realità economiche molto ridotte", cui afferivano banche con operatività territoriale limitata, tali da non compromettere l'efficientamento del sistema bancario; la seconda riguardava realtà bancarie qualificate geograficamente per essere ricomprese in regioni a statuto speciale. Dunque, storia e peculiarità normative rendevano anche costituzionalmente problematico un significativo intervento riformatore»<sup>43</sup>. È tuttavia chiaro ed evidente che l'inidoneità a compromettere l'efficienza del sistema bancario e soprattutto la collocazione geografica di determinate fondazioni di origine bancaria non sono minimamente sufficienti a giustificare l'attribuzione di privilegi, anche perché in generale pressoché tutte queste fondazioni, e non solo quelle situate nelle Regioni a statuto speciale, sono caratterizzate da vicende storiche altrettanto importanti, peculiari, che le legano indissolubilmente al territorio di appartenenza. In sintesi, ricorrendo alla teorica del *tertium comparationis*, è agevole evidenziare che le suddette differenze *di fatto* (il minore o maggiore patrimonio netto contabile e la diversa collocazione geografica) individuate e selezionate dal legislatore non giustificano in alcun modo la previsione di regimi giuridici differenziati, e quindi la deroga a norme di diritto privato generale con la conseguente realizzazione di un'ingiustificata disparità di trattamento. È quindi inevitabile rilevare l'illegittimità costituzionale della previsione derogatoria di cui all'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999, perché in insanabile contrasto*

*banca conferitaria le consente di esercitare in modo propositivo in favore del territorio di riferimento il proprio potere di direzione e coordinamento. [...] In conclusione, la strumentalità della partecipazione di controllo pare confermare l'esistenza di un limite a carico della società partecipata derivante, se si vuole, dalla qualità del suo socio di maggioranza. Azionista, peraltro, obbligato dal suo statuto normativo a prevenire, tramite il monitoraggio assembleare, spinte centrifughe, comprese quelle tese all'acquisto indiretto del controllo di una banca operante in un'altra regione italiana e, dunque, estranea al territorio in cui la fondazione che controlla la banca che vuol acquisire il controllo di una terza è precipuamente attiva». Tali rilievi non consentono tuttavia, ad avviso di chi scrive, di risolvere i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della previsione derogatoria la quale, diversamente dalla nobiltà di intenti che dall'Autore viene attribuita al legislatore, potrebbe anche essere letta come mero favore politico per le autonomie speciali da parte del Governo e della maggioranza parlamentare dell'epoca. Resta comunque ferma la difficoltà di comprendere da un lato le ragioni per le quali solo le peculiarità territoriali delle Regioni a statuto speciale meriterebbero una valorizzazione tale da garantire un trattamento differenziato a enti di diritto privato operanti sul loro territorio, dall'altro quelle per cui le modeste dimensioni economiche degli enti in questione giustificerebbero la reviviscenza parziale di un modello aborrito e contrastato sul piano generale dal legislatore degli ultimi tre decenni.*

43 A. PISANESCHI, *intervista rilasciata a Adnkronos in data 12.05.2022*.

con il principio di eguaglianza. Si consideri, infine, che i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della norma derogatoria in esame verrebbero inevitabilmente ad acuirsi laddove dovesse essere avallata la tesi “estensiva” che ricomprende nell’ambito applicativo della deroga anche le partecipazioni di controllo indirette<sup>44</sup>.

## **6. L’allocazione e perimetrazione dei poteri di controllo sulle operazioni aventi ad oggetto l’acquisto di partecipazioni indirette in enti e società non strumentali**

Infine, è necessario considerare un ultimo profilo problematico affrontato dal T.A.R. Lazio, il quale, in sede collegiale, ha rigettato l’istanza cautelare, senza entrare nel merito delle questioni, limitandosi a rilevare che *«ad un sommario esame, tipico della presente fase cautelare e fatti salvi gli esiti dell’approfondimento nel merito, la quaestio iuris sottesa all’intera controversia, consistente nell’acquisibilità, da parte della Fondazione Sparkasse, di una partecipazione indiretta in una società bancaria, sembra estranea al perimetro dei controlli demandati alla Consob, ricadendo piuttosto nell’ambito delle competenze della BCE e dalla Banca d’Italia le quali hanno autorizzato l’operazione in esame, mediante l’adozione di provvedimenti amministrativi allo stato sub iudice innanzi al Tribunale dell’Unione Europea»*, in quanto apparirebbe *«prima facie che la disposizione di cui all’art. 7 comma 3 del D.lgs. n. 153/1999, nella parte in cui assoggetta alle osservazioni dell’Autorità di Vigilanza esclusivamente “le partecipazioni detenute dalla fondazione nella Società*

---

<sup>44</sup> Allo stesso tempo, una volta ammessa la legittimità della previsione derogatoria, nella parte in cui consente alle fondazioni ivi richiamate di poter conservare partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, si porrebbe comunque l’ulteriore problema della compatibilità della disciplina con gli artt. 3 e 117 Cost. (in riferimento al diritto dell’Unione europea), poiché essa si risolverebbe in una ingiustificata discriminazione delle società bancarie conferitarie controllate dalle fondazioni, esclusivamente in ragione del peculiare *status* del socio di maggioranza che, inoltre, non consente loro di competere sul mercato con i medesimi strumenti disponibili agli altri concorrenti (cfr., in senso analogo, S. AMOROSINO, *L’opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell’operazione della Fondazione controllante*, cit., 128, secondo il quale, come già ricordato, non si configurerebbe alcuna violazione della Costituzione e del diritto dell’Unione europea in ragione della diversa interpretazione fornita alle disposizioni in esame).

*bancaria conferitaria” non sia suscettibile di una interpretazione estensiva, tale cioè da riguardare anche le partecipazioni acquisite dalla società bancaria conferitaria»<sup>45</sup>.*

Appare innanzitutto corretto il rilievo per cui l'acquisto di partecipazioni indirette in banche e società non strumentali tramite la società bancaria conferitaria non sia assoggettato alle osservazioni dell'Autorità di vigilanza (*i.e.* il Ministero dell'economia e delle finanze) ai sensi dell'art. 7, co. 3 del D.lgs. n. 153/1999, e ciò sia in ragione del tenore letterale di tale disposizione, la quale si riferisce esclusivamente alle sole “partecipazioni detenute dalla fondazione nella Società bancaria conferitaria”<sup>46</sup>, sia per ragioni di coerenza sistematica in quanto, in linea generale, il D.lgs. n. 153/1999 conferisce poteri di controllo/vigilanza con esclusivo riguardo alle fondazioni e all'attività da loro *direttamente* posta in essere, ivi compresi quindi l'acquisto e la vendita di azioni della banca derivata, e non anche all'attività esercitata da quest'ultima. Vi è tuttavia da evidenziare come i commi 1 e 2 dell'art. 10 del medesimo decreto stabiliscono che «**1.** *Fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro pri-*

---

45 T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II-*Quater*, ordinanza n. 3482/2022.

46 Osserva infatti S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Civile ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, cit., 126, come nel caso in esame «*non si era in presenza di alcuna operazione riguardante la partecipazione della Fondazione al capitale della s.p.a. Cassa di Risparmio. Tale partecipazione era rimasta del tutto immutata, per la dirimente ragione che la Società bancaria ha posto in essere l'operazione di acquisizione esclusivamente con capitali propri, o reperiti sul mercato, senza richiedere alcun apporto finanziario ai soci. (Naturalmente, a seguito dell'operazione di acquisizione, come di qualsiasi altro evento rilevante di mercato, il valore delle azioni della s.p.a. può subire delle oscillazioni, ma ciò, ovviamente, non potrebbe minimamente dipendere da un'inesistente operazione della Fondazione sul proprio patrimonio). La Fondazione non aveva quindi alcun obbligo di comunicazione al MEF*». *Contra* G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, cit., 146 ss., secondo il quale «*per quanto non esista una prescrizione espressa e la disciplina specifica – che suscitò molti dubbi – debba essere riletta in modo non eccessivamente invasivo, l'eventuale acquisto di “pacchetti d'azioni” che garantiscono anche il controllo indiretto di banche, per il suo rilevante impatto sull'assetto patrimoniale della fondazione, sembra dover essere sottoposto alle verifiche che la legge affida al MEF in ipotesi di operazioni su partecipazioni bancarie compiute direttamente dall'ente conferente (art. 7, comma 3, d.lgs. 153/1999). [...] Se si guarda alla sostanza del fenomeno, qui considerato, sembra doversi escludere che un malinteso principio di legalità impedisca al MEF di sottrarsi all'obbligo di eseguire un riscontro sull'operazione qui osservata poiché la doverosità della verifica è ricavabile dal principio di efficienza dell'azione amministrativa, vista come momento imprescindibile per garantire, in assenza di efficaci meccanismi di responsabilizzazione interni alle fondazioni, il perseguimento delle finalità d'utilità sociale che –scegliendo tra quelle fissate dalla legge – le stesse si prefiggono di attuare*».

*mo del codice civile, ed anche successivamente, finché ciascuna fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo, la vigilanza sulla fondazioni è attribuita al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. 2. La vigilanza sulle fondazioni ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti».*

Ora, come si è detto, la legge non consente alle fondazioni di cui all'art. 25, co. 3-*bis* l'acquisto di partecipazioni indirette di controllo in enti e società non strumentali, men che meno in società bancarie. E poiché nella funzione di vigilanza<sup>47</sup>, attribuita oggi al Ministero dell'economia e delle finanze, rientra primariamente, anche se non esclusivamente, la “verifica del rispetto della legge”, si potrebbe forse concludere nel senso che questa ricomprenda anche la verifica del rispetto dell'art. 25, co. 3-*bis* dello stesso decreto e quindi la verifica sulla conformità rispetto a quest'ultima previsione, così come sopra ricostruita, dell'assetto delle partecipazioni indirette della fondazione. Tale ricostruzione non risolve peraltro la questione, in particolare laddove si ponga mente al fatto che, come si è detto, l'art. 10, co. 2 del decreto delegato si riferisce esclusivamente alla vigilanza *sulle fondazioni*, potendosi così dubitare che essa si estenda all'attività della società bancaria conferitaria. Inoltre, e soprattutto, anche laddove si ammettesse la competenza a vigilare del Ministero, non sarebbe comunque applicabile l'art. 7, co. 3 del decreto e il relativo meccanismo di segnalazione e approvazione delle operazioni. In tal senso, sarebbe quindi comunque necessario

---

<sup>47</sup> Sull'attività di vigilanza e di controllo sulle fondazioni bancarie cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 713-719; A. MACCHIATI, *Le fondazioni come investitori istituzionali?*, in C. Borzaga, F. Cafaggi (a cura di), *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, Meridiana, Roma, 1999, 190 ss.; A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1999, 408-409; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, cit., 116-122.



l'intervento del legislatore (ovvero della Corte costituzionale?). Resta tuttavia fermo che, a differenza di quanto erroneamente paventato dal T.A.R. Lazio nell'ordinanza sopra richiamata, l'esercizio della funzione di vigilanza in materia certamente non rientra nelle competenze della BCE e della Banca d'Italia, come del resto emerge dall'esame del quadro dei poteri attribuiti a tali istituzioni rispettivamente dal T.F.U.E., dallo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea e dal D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (T.U.B.)<sup>48</sup>. In conclusione, fermi restando i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999, in considerazione della difficoltà nell'individuazione di un soggetto competente ad esercitare la funzione di vigilanza rispetto alle operazioni qui in discussione, è auspicabile un celere intervento da parte del legislatore sul testo dell'art. 7 del decreto volto a estendere il potere di vigilanza del Ministero anche alle operazioni che comportino acquisizioni in via indiretta di partecipazioni di controllo da parte della fondazione, poiché per le ragioni sopra esposte il MEF si presenta come il soggetto competente sulla base del disposto di cui all'art. 10, co. 1 e 2 del D.lgs. n. 153/1999 ad esercitare la funzione di vigilanza in materia.

## 7. Le fondazioni di origine bancaria oggi e l'imperitura tentazione del ritorno al passato

La vicenda *Sparkasse-Civibank* rischia, come si è avuto modo di mettere in luce, di introdurre un precedente anomalo e non coerente con l'impianto gene-

48 Rileva ancora una volta correttamente S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, cit., 124, come «ai fini dell'autorizzazione all'acquisizione bancaria le Autorità di supervisione hanno verificato l'idoneità della società bancaria acquirente; viceversa, riguardo al suo azionista di controllo – la Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano – hanno riscontrato – come prescritto nei confronti dei soci “di riferimento” – esclusivamente un profilo finanziario: la disponibilità a “sostenere” la società controllata nell'eventualità che – a valle dell'acquisizione – si presenti la necessità di un apporto di capitale. La verifica non ha quindi riguardato (né avrebbe potuto farlo) lo status soggettivo della Fondazione (ch'è legittimata a conservare la partecipazione maggioritaria), ma unicamente la sua eventuale, futura, disponibilità, in qualità di socio “di riferimento”, ad intervenire “a sostegno”. Non si deve confondere, dunque, l'accertamento della disponibilità ad un eventuale, futuro supporto finanziario – previsto per tutti i soci “di riferimento” delle società bancarie, quale che ne sia la forma giuridica (società, fondazione, persona fisica, etc.) – con una sorta di supervisione delle Autorità “bancarie” allargata alle FOB socie di maggioranza (in ragione della loro “origine”, oramai remota?).».

rale delle riforme che progressivamente, a partire dal 1990, hanno condotto all'attuale conformazione del sistema bancario italiano<sup>49</sup>. A tal riguardo, è peraltro utile richiamare ancora una volta il XXVII Rapporto annuale sulle fondazioni di origine bancaria, il quale evidenzia come solo sei fondazioni detengono oggi una partecipazione nella conferitaria superiore al 50% delle quote, mentre tre detengono una partecipazione compresa fra il 20% e il 30%. Mediamente, se si considerano le sole fondazioni che ancora detengono una partecipazione nella società bancaria conferitaria, la quota di capitale sociale detenuta è di circa il 12%. Tale situazione è destinata ad evolversi ulteriormente a seguito della progressiva applicazione del Protocollo Acri/Mef, laddove la quota di investimento nella conferitaria risulti superiore al 33% dell'attivo di bilancio, esprimendo entrambe le grandezze al *fair value*. Infatti, il Protocollo prevede che le fondazioni si adoperino per ricondurre l'investimento entro il suddetto limite tenendo conto dell'esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio, delle condizioni di mercato e degli effetti delle cessioni sullo stesso. Il numero delle Fondazioni che si trovano ad avere un valore di libro della partecipazione nella conferitaria che eccede il suddetto limite mostra inoltre un *trend* decrescente; infatti, se si prende in considerazione il puro dato contabile delle partecipazioni nelle conferitarie, a fine 2020, risulta che sono 14 le Fondazioni il cui investimento nella banca conferitaria è superiore ad un terzo dell'attivo, mentre nel 2019 erano 15 e negli anni precedenti il numero era ancora maggiore. Sotto il profilo quantitativo va evidenziato che per le predette 14 fondazioni l'esposizione contabile che supera il terzo del patrimonio ammonta a circa di 1,2 miliardi di euro; anche questo dato mostra una costante riduzione rispetto all'1,4 miliardi nel 2019, all'1,6 nel 2018, ai 2 nel 2017 e ai 2,85 miliardi nel 2016. È dunque evidente che, laddove in futuro dovesse essere confermata l'imposta-

<sup>49</sup> In realtà, come si è già avuto modo di evidenziare, le aspirazioni e i principi posti delle riforme intervenute alla fine degli anni Novanta sono stati in una certa misura traditi dalla normativa di dettaglio la quale, oltre al privilegio riservato alle fondazioni di minori dimensioni nonché a quelle con sede operativa nelle Regioni a statuto speciale, non è stata in grado di impedire alle fondazioni di esercitare un'influenza determinante nella creazione e nella vita di molti dei principali gruppi bancari del Paese.

zione dell'ordinanza cautelare n. 3482/2022 del T.A.R. Lazio senza la previa promozione della questione di legittimità costituzionale, si finirebbe con l'avalare l'introduzione nel sistema di un'anomalia che di fatto consente alle fondazioni, e quindi indirettamente (in misura più o meno rilevante) al potere politico, di riappropriarsi di una fetta non irrilevante del sistema finanziario locale<sup>50</sup>. Il legislatore, come si è detto, è d'altra parte libero di definire e adottare nuovi e diversi modelli organizzativi, tanto con riferimento al sistema bancario quanto con riguardo a quello delle fondazioni, ma è obbligato a sviluppare tali scelte *coerentemente*, in ossequio al principio di eguaglianza e ragionevolezza, senza introdurre ingiustificate disparità di trattamento che rischiano di rappresentare un impedimento, seppur modesto, al pieno dispiegamento dei meccanismi della concorrenza e al raggiungimento dell'efficienza produttiva e allocativa<sup>51</sup>.

Muovendo da tali premesse, e in considerazione delle scelte di fondo compiute dal legislatore a partire dai primi anni Novanta, volte progressivamente a sancire una sempre più marcata separazione tra fondazioni e banche<sup>52</sup>

50 Si è già detto (par. 2) che il nuovo gruppo bancario controllato da *Sparkasse*, in termini di quote di mercato nel territorio di riferimento, si colloca oggi immediatamente dopo i 4 principali gruppi bancari nazionali.

51 Su quest'ultimo profilo cfr. *OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Italy*, 04.04.2001, 33 (tradotto e citato in M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, cit., 153): «Un'ulteriore questione relativa alla concorrenza e alla performance delle banche è collegata al controllo. Nonostante nel 1998 siano stati introdotti incentivi fiscali per incoraggiare le fondazioni a vendere le proprie partecipazioni a molte banche, che in precedenza erano di proprietà dello Stato, tali fondazioni hanno tuttora un ruolo molto importante nell'assetto proprietario di 23 delle maggiori 50 banche. Le fondazioni sono state istituite nel 1990, quando le istituzioni di credito e di risparmio sono state trasformate in società per azioni. Nonostante alle fondazioni sia stato garantito lo status di ente pubblico, esse sono autorizzate ad acquisire quote azionarie importanti nel settore bancario; esse non sono esposte alle forze di mercato e ciò solleva alcune preoccupazioni riguardo alla loro capacità di contribuire in modo efficace al raggiungimento dell'efficacia produttiva e allocativa [enfasi aggiunta]».

52 Come già al tempo evidenziavano M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, cit., 154, «un altro punto critico è il legame strutturale tra enti locali e gran parte delle fondazioni. Il distacco e l'indipendenza degli enti locali sono ancora insufficienti e ciò accentua la colorazione pubblicistica delle fondazioni bancarie che invece il decreto legislativo [Amato] mirava a eliminare. Si può anzi ritenere che la privatizzazione sostanziale delle fondazioni è ben lungi dall'essere raggiunta, con tutte le conseguenze negative in tema di regime giuridico dell'attività delle fondazioni (regime degli appalti, responsabilità degli amministratori, ecc.). Non a caso la Commissione europea, come si è visto, sembra propendere per la tesi della natura pubblica delle fondazioni, qualificate oltretutto come imprese».

Nonostante rispetto alla qualificazione della natura delle fondazioni la situazione sia oggi profondamente mutata, è tuttavia doveroso rilevare come tale legame "strutturale", unitamente alla blanda nozione di controllo accolta dal D.lgs. n. 153/1999, oggetto di critica nella nota segnalazione dell'AGCM 10 dicembre 1998, nella quale si rilevava come «l'autorità ritiene più confor-

e, di conseguenza, tra queste ultime e il potere politico, non si comprende come oggi si possa ritenere ammissibile la costituzione di un grande gruppo bancario controllato da una fondazione, frutto di un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti privati (quali sono le fondazioni di origine bancaria) e, quindi, di una lesione del fondamentale principio di eguaglianza.

---

*me alle esigenze di tutela del corretto assetto concorrenziale dei mercati che la nozione di controllo sia ricondotta ad un'accezione più ampia, quale quella contenuta nell'art. 23 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», e in ragione del rifiuto opposto da Governo e Parlamento a prevedere che le partecipazioni azionarie detenute dalle fondazioni nei settori non compresi tra quelli di utilità sociale fossero affidate a gestori professionali, hanno di fatto impedito di scindere tutti i legami tra fondazioni e universo bancario.*

JAVIER ESTEBAN RÍOS  
Profesor Contratado Doctor di Diritto amministrativo presso l'Università di Saragozza  
*jestebanrios@unizar.es*

**LA PROTECCIÓN DE LOS EXCLUIDOS POR LA  
DIGITALIZACIÓN FINANCIERA: DE LA VOLUNTARIEDAD  
A LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO**

**PROTECTING THOSE EXCLUDED BY FINANCIAL  
DIGITALISATION: FROM VOLUNTARINESS TO PUBLIC SERVICE  
OBLIGATIONS**

RESUMEN

La digitalización del sector financiero ha afectado negativamente a varios colectivos, que tienen dificultades para acceder a los servicios financieros digitales. Para garantizar la inclusión financiera de todos los ciudadanos pueden adoptarse diversas soluciones, justificadas por razones éticas, económicas o jurídicas, que pueden proceder tanto de los agentes del mercado como de las autoridades públicas. Entre estas últimos, como alternativa excepcional, algunos servicios financieros -considerados esenciales- podrían clasificarse como servicios de interés económico general, exigiendo su prestación presencial a través de obligaciones de servicio público.

ABSTRACT

Various groups have been adversely affected by the digitalization of the financial sector, as they face difficulties in accessing digital financial services. Several solutions can be adopted to ensure the financial inclusion of all citizens, justified on ethical, economic or legal grounds, and which can come from both market operators and public authorities. Among the latter, as an exceptional alternative, certain financial services -considered essential- could be classified as services of general economic interest, requiring them to be provided in person by means of public service obligations.

PALABRAS CLAVE: Digitalización; supervisión financiera; inclusión; discapacidad.

KEYWORDS: Digitalization; financial supervision; inclusion; disability.

INDICE: 1. El impacto desigual de la digitalización en los consumidores de servicios financieros. - 2. Los excluidos de los servicios financieros digitales. - 3. El deber de combatir la exclusión financiera. - 4. Las diversas soluciones frente a la exclusión financiera. - 4.1 Las soluciones propuestas por el sector financiero. - 4.2 El fomento de la inclusión desde los poderes públicos. - 4.3 La configuración de obligaciones de servicio público para asegurar la prestación presencial de servicios financieros. - 4.4 La necesidad de compensar por la imposición de obligaciones de servicio público. - 5. Conclusiones. - 6. Bibliografía

## **1. El impacto desigual de la digitalización en los consumidores de servicios financieros**

La digitalización de múltiples de actividades económicas y sociales es una realidad que, parece, ha venido para quedarse<sup>1</sup>. Más aún tras la pandemia del Covid-19, que ha puesto de manifiesto la necesidad de que el tejido económico y las relaciones sociales se adaptasen a contextos no presenciales. Esta digitalización, en particular, también ha alcanzado al sector financiero donde, además de automatizarse multitud de procesos, se ha producido un progresivo avance de la prestación de servicios no presenciales<sup>2</sup>.

A la luz de esta tendencia, conviene examinar los principales efectos del fenómeno sobre los afectados. En este sentido, dejando de lado el punto de vista de la industria financiera, el documento hace especial hincapié en la situa-

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación, reconocido por el Gobierno de Aragón, ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22\_23R (BOA núm. 80 de 28/04/2023).

El artículo deriva de una adaptación del texto de una ponencia titulada “Los derechos de los consumidores financieros más allá del principio de atención personalizada”, defendida en el *Seminario Internacional: El derecho de los usuarios de servicios financieros. digitalización y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, organizado el 21 de abril de 2023 por la Universidad de Valencia. La versión extensa y completa del contenido de dicha ponencia será objeto de publicación, como capítulo de libro, en un volumen colectivo.

Aunque el trabajo haya sido elaborado con un enfoque propio del Derecho Administrativo español, creo que los problemas detectados y las soluciones brindadas, con las debidas matizaciones, pueden ser también de interés en el ámbito italiano. Ello, máxime, habida cuenta de la existencia de un marco común en la materia, proporcionado por el Derecho de la Unión Europea.

<sup>2</sup> La digitalización del sector financiero no es un fenómeno nuevo -ni mucho menos-, ya que las herramientas informáticas se utilizan desde hace varias décadas en diversos ámbitos operativos, como la gestión de documentos, el análisis de riesgos, las operaciones de compensación y liquidación, el registro de activos financieros o, en el caso concreto de las entidades de crédito, la implantación de cajeros automáticos. Sin embargo, se prevén cambios disruptivos que afectarán a la automatización de determinadas operaciones, tanto a corto plazo como en un futuro próximo, siendo especialmente relevante el impacto de las tecnologías de registro distribuido o de la inteligencia artificial.

ción de los usuarios de servicios financieros y, más concretamente, de los usuarios de servicios bancarios<sup>3</sup>. Para estos usuarios, el proceso de digitalización financiera tiene un doble impacto, con ventajas e inconvenientes, como es natural en un fenómeno tan poliédrico.

Por un lado, son muchas las ventajas para los usuarios de los servicios financieros, principalmente relacionadas con la posibilidad de realizar transacciones financieras de forma más cómoda, en cualquier lugar y en cualquier momento. Esto ha propiciado, probablemente, que la mayoría de los ciudadanos realicen hoy más transacciones que en cualquier momento pasado. Del mismo modo, se puede acceder a la información financiera de forma inmediata, lo que permite conocer mejor la situación financiera personal, reforzándose este conocimiento por la disponibilidad de herramientas analíticas sobre ingresos y gastos.

A su vez, los usuarios financieros pueden acceder a los servicios de un mayor número de operadores, independientemente de su ubicación física, lo que abre horizontes antes unimaginables<sup>4</sup>. Ello hace más sencillo el cambio de operador en búsqueda de una mejor prestación o permite disfrutar de nuevos servicios, siendo especialmente relevantes ambas realidades en aquellos lugares donde el número de operadores con establecimiento físico es reducido.

Lo anterior conectaría con una potencial reducción de los costes de los servicios financieros –o un alza de la rentabilidad ofrecida por los productos de ahorro– derivadas del incremento de la competencia entre un número creciente de operadores en un mercado que se ensancha progresivamente. Sin embargo, esta ventaja se diluiría –pudiendo incluso apreciarse un efecto inverso– en caso de que se produjese un proceso de concentración empresarial, que llevase a la creación de un número muy reducido de grandes operadores digitales<sup>5</sup>.

3 Ello, por la singular importancia cotidiana de los servicios bancarios, aunque las conclusiones obtenidas podrían extrapolarse al ámbito de los valores o los seguros.

4 Ello, claro, siempre y cuando dichos operadores estén debidamente habilitados para ejercer actividades financieras en nuestro país.

5 Proceso este, que, por lo demás, no sería para nada atípico, habida cuenta de la tendencia al incremento de la concentración que se ha apreciado en el ámbito de los operadores financie-

Además, en países que no dispongan de una red bancaria consolidada, la digitalización ofrece nuevas soluciones que dan soporte a las transacciones económicas de los particulares, sin requerirse el uso de efectivo. Al respecto, puede estarse al caso de éxito observado en distintos países africanos donde, ante la inexistencia de una red de sucursales tupida, se han generalizado sistemas de pagos a través de teléfonos móviles sin necesidad de disponer de una cuenta corriente<sup>6</sup>.

No obstante, pese al señalamiento de los anteriores puntos positivos, también podemos localizar diversos problemas que la digitalización puede plantear a los usuarios de los servicios financieros. Al efecto, destaca el notable incremento de la delincuencia online<sup>7</sup>, que genera una sensación de incertidumbre en los usuarios, existiendo cada vez técnicas más sutiles para proceder al engaño<sup>8</sup>. Esta alza de la delincuencia online debe conectarse, también, con la existencia de reticencias de las entidades para asumir eventuales responsabilidades en caso de fraude lo que, en caso de una actuación del usuario no del todo diligente, puede llevar a la evaporación de los ahorros<sup>9</sup>.

ros europeos. Por lo que se refiere al sector bancario, se ha observado un incremento generalizado del grado de concentración presente en los distintos Estados miembros, habiéndose producido también una convergencia entre las cifras de concentración de los mismos. Sobre el particular, puede consultarse el estudio –con datos de diferentes Estados de la eurozona– de P. CRUZ–GARCÍA, J. FERNÁNDEZ DE GUEVARA RADOSELOVICS e J. MAUDOS VILLARROYA, *The evolution of market power in European banking*, in *Finance Research Letters*, 2017, 23.

<sup>6</sup> Como ejemplos de este fenómeno en países emergentes, puede consultarse E. BARRUE-TABEÑA LORENTE, *La influencia de las nuevas tecnologías en la inclusión financiera*, in *Boletín Económico del Banco de España*, 2020, 2, 1 ss; S. GHOSH, *How important is mobile telephony for economic growth? Evidence from MENA countries*, in *INFO*, 2016, 18 (3), 58 ss, o J. DE LUNA–MARTINEZ, *Financial Inclusion in Malaysia Distilling Lessons for Other Countries*, in *World Bank Working Papers*, 2017, 115155, 1 ss.

<sup>7</sup> En los últimos años se ha producido un alza sostenida de la cibercriminalidad, de manera que, por lo que se refiere a España, estos delitos supusieron en 2022 más de un 20 % de los delitos totales, de acuerdo con los datos del Sistema Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior.

<sup>8</sup> Al respecto, son múltiples las técnicas empleadas por los delincuentes (*phishing*, suplantación de identidad, penetración en bases de datos...), siendo cada vez más difíciles de descartar los intentos de cometer fraude, habida cuenta de la mejora en la calidad de los medios delictivos y esperándose todavía un mayor perfeccionamiento derivado del uso de herramientas de inteligencia artificial.

<sup>9</sup> Al respecto, puede estarse al régimen contenido en los artículos 71 a 73 de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre



A su vez, el hecho de que los propios usuarios sean quienes proceden a realizar, por sí mismos, gran parte de la operativa deriva en su responsabilidad, en caso de que se cometan errores, pues dichos fallos no serán imputables al personal de las entidades<sup>10</sup>. Ello exige un elevado nivel de celo en el uso de las herramientas digitales y una adecuada comprensión de los distintos parámetros implicados en una operación.

En otro orden de cosas, se produce una mayor dependencia de los ciudadanos respecto de las entidades financieras, paralela a la reducción del uso del efectivo. Y es que, en ausencia de efectivo, se hace necesaria la intervención de una entidad financiera para dar soporte a la transacción económica implicada. Ello, por supuesto, puede redundar en una mayor comodidad y seguridad de la transacción pero, en paralelo, exigirá la contratación de servicios o terminales de pago que pueden tener asociados costes no desdeñables<sup>11</sup>.

Asimismo, el uso de herramientas digitales, y la consecuente sustitución del efectivo como medio de pago o depósito de valor, implica una mayor transparencia de la operativa, que permite una mayor fiscalización pública de la misma<sup>12</sup>. Esta transparencia sería positiva desde el punto de vista de la recaudación tributaria y de la evitación del blanqueo de capitales. Sin embargo, la misma puede implicar también afecciones para la intimidad de los usuarios, quedando registro de las transacciones realizadas<sup>13</sup>.

---

servicios de pago en el mercado interior. Dicho marco trata de equilibrar el deber de autoprotección que han de cumplir los usuarios con la robustez de los sistemas de autenticación facilitados por los operadores.

10 Puede pensarse en un error en el marcado del IBAN cuando se realiza una transferencia o en un error en la configuración de una orden de venta o compra de títulos negociados.

11 Por ejemplo, en lo que se refiere al uso de tarjetas para la realización de pagos, aunque las mismas acostumbren a ser gratuitas para sus usuarios, son relevantes las comisiones que se cargan a los titulares de los negocios que utilizan datáfonos, facilitados por operadores financieros. Así, por ejemplo, en lo relativo a España, en 2022, la tasa de descuento media aplicada por las entidades para el pago mediante tarjeta fue del 0,37 % sobre las ventas, de acuerdo con datos sobre las estadísticas de tarjetas del Banco de España.

12 Ello, por supuesto, al margen de la utilización de mecanismos digitales que permiten la realización de operaciones opacas, como en el caso de algunas criptomonedas.

13 Esta problemática está especialmente presente en los procesos de diseño de las monedas digitales de banco central (CBDC), buscándose un complejo equilibrio entre trazabilidad y confidencialidad en el uso de dichas monedas.

La digitalización también puede afectar a la clientela a través de su perfilado, mediante el uso de herramientas de tratamiento masivo de datos, de las que pueden derivarse ciertos sesgos o discriminaciones hacia colectivos concretos<sup>14</sup>. Circunstancias estas que preocupan a las autoridades<sup>15</sup> y que deberían llevar a un aseguramiento de la trazabilidad de las decisiones derivadas de la utilización de algoritmos<sup>16</sup>.

En último término, al margen de que pudiesen referirse otros eventuales perjuicios, la digitalización se ha relacionado con la exclusión financiera de ciertos colectivos de ciudadanos. Será esta la dimensión sobre la que verse el resto del trabajo, que se va centrar en analizar este nocivo fenómeno, así como en la propuesta de soluciones que permitan mitigarlo.

En todo caso, en relación con lo que a continuación se afirme, y como prevención para el lector, no ha de deducirse una voluntad de torpedear la digitalización o de negar la evidencia de la evolución de nuestro sector financiero. Antes al contrario, lo que se pretende es ofrecer alternativas para aquellos sujetos que se ven más perjudicados por la transición de modelo.

## **2. Los excluidos de los servicios financieros digitales**

Como se ha puesto de manifiesto, la digitalización plantea múltiples ventajas –algunas muy relevantes– para los usuarios de servicios financieros. Sin embargo, estas ventajas no se predicán respecto de todo usuario, pues las virtu-

---

14 En particular, esta preocupación se refiere a la automatización y al uso de algoritmos para analizar la solvencia de los clientes –rating– a cuyos riesgos para la igualdad ha aludido, por ejemplo, el documento *Joint Committee Final Report on Big Data* (JC/2018/04), de la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Valores y Mercados y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, de 15 de marzo de 2018.

15 La Inteligencia Artificial –así como otras tecnologías– tiene múltiples implicaciones de gestión y plantea serios riesgos de afección a los derechos y libertades de la ciudadanía, como pone de manifiesto una creciente corriente doctrinal, acompañada de aproximaciones normativas fragmentarias.

16 En particular, por lo que se refiere al aseguramiento de la trazabilidad de las decisiones automatizadas que adopten los operadores financieros, a fin de conseguir una «inteligencia artificial explicable», se ha pronunciado J. TEJERO, *Unwrapping black-box models: a case study in credit risk*, in *Revista de Estabilidad Financiera*, 2022, 43, 91 ss, p. 116.

des alcanzarán únicamente a aquellos sujetos que sepan –o puedan– acceder a los servicios financieros digitales.

Para el resto de sujetos, que no saben o que no pueden acceder a dichos servicios, el fenómeno no se presenta como una oportunidad sino como un reto, que les perjudica, al reducirse su autonomía. Así, existen diversos segmentos de población que se han visto especialmente perjudicados por la migración hacia servicios digitales, en tanto en cuanto la misma ha supuesto una paralela limitación de los servicios prestados en formato presencial.

Limitación, esta, que se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, a través de una notable reducción de la red de oficinas y sucursales de atención personal y presencial, mediante la fijación de horarios limitados para la realización de operativa en ventanilla –en particular en lo que se refiere a servicios que implican el uso de efectivo–, con la utilización obligatoria de sistemas de cita previa sin una alternativa para la atención inmediata o por medio de la remisión a los cajeros para la realización de cierta operativa.

Estas modificaciones pueden parecer poco importantes para una parte relevante de la población –que puede percibir las como pequeñas molestias. No obstante, para algunos colectivos son cambios dramáticos que perjudican seriamente la autonomía personal, generando –en mayor o menor medida– exclusión financiera.

Entre los colectivos más perjudicados por la transición hacia escenarios no presenciales destacan las personas que no disponen de unas competencias digitales adecuadas. En este segmento, que agruparía a muy diversos ciudadanos –que por diversos motivos no hayan adquirido dichas competencias– tienen una posición preeminente las personas mayores, quienes suelen experimentar mayores dificultades para manejarse en el entorno digital, habida cuenta de que han tenido una menor costumbre en el uso de dispositivos y aplicaciones.

El colectivo de personas mayores es especialmente numeroso en distintos países occidentales, dado el progresivo envejecimiento de la nuestra población, y aunque el mismo agrupe a personas que efectivamente utilizan servicios financieros digitales, la mayoría de los usuarios todavía recurren a los canales presenciales<sup>17</sup>. Así, van a convivir personas mayores que disfrutan de una notable autonomía, basada en mayores competencias digitales, con otros sujetos para los que la operativa online se presenta como una quimera.

Junto con los anteriores, encontramos a personas con alguna discapacidad que dificulte el manejo de aplicaciones o herramientas online, como en el caso de personas invidentes o con algún tipo de discapacidad mental, precisándose la colaboración de un tercero para asegurar una adecuada prestación del servicio. Igualmente, esta operativa autónoma resulta extremadamente complicada para las personas analfabetas que, pese a las altas tasas de alfabetización, siguen existiendo en nuestro país, o para aquellas personas que tienen problemas para la lectura al estar afectadas por los tipos más severos de dislexia<sup>18</sup>.

Igualmente, puede hacerse referencia a las personas que disponen de una escasa cultura o conocimientos financieros y que, por tanto, acostumbran a desconfiar de sus propias habilidades, prefiriendo el asesoramiento y asistencia personal de un tercero para la resolución de sus problemas financieros<sup>19</sup>. En

---

17 En este sentido, como dato, podemos atender a la situación en España, donde menos del 20 % de los hogares con cabeza de familia nacido antes de 1944 utiliza banca online, y apenas la usan la mitad de los nacidos antes de 1950, de acuerdo con L. CRESPO AZOFRA, N. EL AMRANI e ALTRI, *Heterogeneidad en el uso de los medios de pago y la banca online: un análisis a partir de la encuesta financiera de las familias (2002-2020)*, in *Documentos Ocasionales del Banco de España*, 2023, 2.308, 1 ss., p. 18 y 19, partiendo de datos de la Encuesta Financiera de las Familias de Banco de España.

18 Aunque la tasa de alfabetización en España es muy elevada, rondando el 99 %, en 2022 todavía existe un 1 % de la población mayor de 15 años que es analfabeta, de acuerdo con datos de tasa de analfabetismo del Instituto Nacional de Estadística. Las cifras son similares para el caso italiano.

19 Al respecto, como contrapunto, se ha encontrado evidencia de que algunos usuarios con menores conocimientos financieros experimentan cierta vergüenza o desconfianza al tratar con empleados de entidades financieras, tomando decisiones más racionales cuando operan en cajeros, de acuerdo con el estudio de M. DE LA CUESTA GONZÁLEZ, I. FERNÁNDEZ OLIT e ALTRI, *Affective and cognitive factors that hinder the banking relationships of economically vulnerable consumers*, in *International Journal of Bank Marketing*, 2022. 40 (7), 1337 ss, p. 1353 y 1354.

este sentido, por ejemplo, parece existir evidencia empírica de una relación positiva entre el uso de la banca online y el nivel educativo<sup>20</sup>.

Por otro lado, cabe pensar en los ciudadanos que sufren una escasez severa de recursos materiales y que, por tanto, tienen problemas para costearse terminales y conexiones adecuadas para acceder a los servicios financieros digitales<sup>21</sup>.

En cualquier caso, los problemas para todos los colectivos anteriores se ven exacerbados en el caso de que los ciudadanos residan en el medio rural, donde el cierre de sucursales deja las más próximas a decenas de kilómetros, con unas conexiones en ocasiones deficientes<sup>22</sup>. En estos entornos, los nativos digitales han ganado con la digitalización, pues ahora pueden acceder a servicios que tenían vedados, pero las personas con mayores dificultades quedan huérfanas de servicios financieros presenciales.

A su vez, en las zonas rurales existe una variable adicional a valorar, que dificulta la prestación de los servicios financiero digitales. Así, pueden darse problemas de conexión a internet o de alcance de las redes de cobertura móvil, por fortuna cada vez de menor intensidad, que ocasionan dificultades para acceder a dichos servicios por parte de cualquier ciudadano<sup>23</sup>.

Sea como fuere, lo anterior pone de manifiesto que existe un problema de exclusión financiera que afectaría –en mayor o menor medida– a un buen

---

20 Así, en cuanto al uso de la banca online en España, se ha observado como la misma es usada por el 90,7 % de los hogares cuyo cabeza de familia tiene estudios universitarios, reduciéndose el porcentaje a apenas un 45 % para el caso de estudios inferiores a bachillerato, de acuerdo con el trabajo de L. CRESPO AZOFRA, N. EL AMRANI e ALTRI, *cit.*, 18.

21 En lo que se refiere a las personas más vulnerables, algunas de ellas suelen integrarse en colectivos para los que se aprecian mayores riesgos de blanqueo de capitales, lo que ha llevado a la Autoridad Bancaria Europea a proponer medidas específicas para tratar de acompasar el control del riesgo y la prestación de servicios a estos colectivos. Así, las recientes *Guidelines on policies and controls for the effective management of ML/TF risks when providing access to financial services* (EBA/GL/2023/04), de la Autoridad Bancaria Europea, de 31 de marzo de 2023.

22 Para aproximarse a la distribución territorial de la red de oficinas bancarias española, puede ser de interés la consulta de F. J. GOERLICH, J. MAUDOS e S. MOLL, *Distribución de la población y accesibilidad a los servicios en España*, Madrid, Fundación Ramón Areces, 2021, p., 121 a 140.

23 Al respecto, son habituales los programas sufragados por instituciones públicas, orientados a paliar estos *vacíos* de conectividad.

número de ciudadanos. Pese a que algunos de los colectivos referidos sean pequeños, o aunque en ocasiones los mismos pudieran solaparse, la conjunción de todos ellos demuestra que la digitalización financiera tiene un impacto relevante sobre una porción para nada desdeñable de nuestros conciudadanos. Habida cuenta de esta realidad, el trabajo abordará las diferentes alternativas que pueden adoptarse para paliar estos problemas de exclusión.

### 3. El deber de combatir la exclusión financiera

Como se ha puesto de manifiesto, en los anteriores supuestos se aprecia como la digitalización pueden plantear problemas para el acceso a ciertos servicios financieros para algunos colectivos, que anteriormente los obtenían de manera más sencilla. Con ello, se genera un nocivo fenómeno, como es el de la exclusión financiera de dichos colectivos.

Esta exclusión financiera de algunos segmentos de la población se podría configurar como una suerte de fallo de mercado, derivado de la digitalización, generándose una externalidad negativa para ciertos ciudadanos, que van a sufrir o soportar los costes de un determinado proceso económico sin recibir compensación alguna<sup>24</sup>.

La detección de esta problemática exigiría tomar medidas orientadas a asegurar la adecuada inclusión financiera de estos sujetos, de manera que la imparable transformación digital no suponga que multitud de nuestros conciudadanos se *quedan por el camino*. Así, debería asegurarse un mínimo grado de autonomía en la parcela financiera en el caso de aquellos ciudadanos que tienen mayores problemas para lidiar con los servicios financieros digitales, evitando su transformación en una suerte de *ciudadanos de segunda* o perdedores de la digitalización. En definitiva, se trata de un intento de cuadratura del círculo, apro-

---

24 Acerca de los fallos de mercado, sus caracteres y las vías para su evitación, pueden consultarse los tradicionales trabajos de F.M. BATOR, *The Anatomy of Market Failure*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1958, 72(3), 351 ss, o de J.E., STIGLITZ, *Markets, Market Failures, and Development*, in *The American Economic Review*, 1998, 79 (222), 197 ss.

vechando las innumerables ventajas que ofrece la digitalización, pero minimizando los problemas que la misma pueda plantear.

En cualquier caso, si nos preguntásemos acerca del porqué de abordar esta nociva exclusión financiera, parece que la intervención vendría justificada por una pluralidad de motivos. Por una parte, existe un imperativo de equidad. Así, lograr el acceso de todo ciudadano a unos mínimos servicios financieros sería deseable en términos de justicia social<sup>25</sup>. Además, ello facilitaría la inclusión en el normal tráfico jurídico y económico de ciertos colectivos, que actualmente se mueven en la economía informal.

Y es que recuérdese que la progresiva financiarización y bancarización de las actividades económicas ha llevado a que sea prácticamente imposible desarrollar una vida cotidiana normal y plena sin recibir algún servicio financiero<sup>26</sup>. Ello se hace singularmente evidente en relación con las cuentas corrientes y los servicios de pago que se les anudan<sup>27</sup>.

A su vez, en ocasiones, este imperativo ético de justicia social se verá soportado por mandatos contenidos en diversas normas jurídicas, orientados a promover la tutela de diversos colectivos<sup>28</sup>. Aunque muchos de estos mandatos

---

25 Al respecto, desde el Banco Mundial se ha señalado que la inclusión financiera impulsaría, al menos, siete de los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible, lo que ha llevado a convertir la inclusión financiera en uno de sus principales objetivos. Sobre estas consideraciones puede consultarse el apartado de la página web institucional dedicado a la cuestión <<https://www.bancomundial.org/es/topic/financialeconomicinclusion/overview#1>>.

Igualmente, por sus virtudes, la inclusión financiera se ha impulsado desde el G-20, a través de la constitución en 2010 del Global Partnership for Financial Inclusion (GPII), que pretende coordinar y facilitar acciones orientadas a fomentar la inclusión en aquellos Estados que estén interesados en asociarse.

26 En la actualidad, esta afirmación parece no requerir de justificación. Sin embargo, no se trata de un fenómeno novedoso pues, hace ya más de 70 años se sostenía que, mientras que el despacho de un notario se visita en contadas ocasiones, el trato de los ciudadanos con la banca es prácticamente continuo. Así, G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

27 Me refiero a cuestiones tan cotidianas como la percepción del salario o prestaciones sociales, el pago de los múltiples servicios o suministros que pueda contratarse, el pago de tributos o los pagos efectuados mediante transferencias, móviles, o tarjetas de crédito o débito.

28 Así, por ejemplo, en el caso español, al margen del deber constitucional de tutelar a los consumidores y usuarios -artículo 51.1 Constitución Española- son diversos los mandatos legislativos para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad, las personas en situación de dependencia o las personas mayores.

no se refieren a los particulares, sino a las Administraciones, y suelen configurarse como principios, los mismos sirven para ofrecer un soporte jurídico a la intervención pública y para orientar la interpretación del ordenamiento.

Por otro lado, al margen del cumplimiento de objetivos vinculados con la equidad, también se ha identificado la inclusión financiera con factores macroeconómicos, por lo que existirían justificaciones adicionales para su promoción. De este modo, se han establecido relaciones entre la inclusión financiera y el incremento de la riqueza de las familias o el crecimiento económico a largo plazo<sup>29</sup>. Asimismo, se ha apuntado a que la reducción de la exclusión también puede tener efectos positivos en la eficacia de la transmisión de la política monetaria y en la estabilidad financiera<sup>30</sup>.

Sea como fuere, en el ámbito del Derecho Administrativo, no debería sorprendernos que la digitalización de los servicios financieros genere la exclusión de ciertos colectivos, pues un fenómeno muy similar aparece cuando se avanza hacia la Administración electrónica. Así, la mayor eficiencia derivada de la digitalización suele acompañarse de ciertos problemas en los servicios de atención personal de las distintas Administraciones públicas, que deben adaptarse para dar cobertura a aquellos ciudadanos que más dificultades digitales experimentan<sup>31</sup>.

#### **4. Las diversas soluciones frente a la exclusión financiera**

A la luz de lo anterior, parece necesario articular y aplicar ciertas soluciones a los problemas señalados, favoreciendo la inclusión de los más afectados

---

<sup>29</sup> En este sentido, por ejemplo, los estudios de R. LEVINE, *Finance and growth: theory and evidence*, in P. Aghion e S. Durlauf (a cura di), *Handbook of Economic Growth*, Amsterdam, Elsevier, 2005, 865 ss, o M. BOLDBAATAR e C.L. LEE, *Financial Accessibility and Economic Growth*, in *Journal of East Asian Economic Integration*, 2015, 19(2), 143 ss.

<sup>30</sup> Aluden al impacto sobre estas variables A. MEHROTRA e J. YETMAN, *Financial inclusion – issues for central Banks*, in *BIS Quarterly Review*, 2015, marzo, 83 ss, p. 83 e 91.

<sup>31</sup> Al respecto, por ejemplo, resulta especialmente censurable el sometimiento a cita previa para la realización de multitud de trámites administrativos presenciales, que se suma a unos plazos de atención que se extienden varios meses. Igualmente, puede detectarse una excesiva extensión de los mandatos de relacionarse electrónicamente con la Administración pública, con dudosas justificaciones acerca de la disposición de los medios electrónicos necesarios por parte de los ciudadanos.



por el cambio tecnológico en los servicios financieros. Como veremos, tales soluciones pueden provenir tanto de los agentes del mercado como de las autoridades públicas.

#### 4.1 Las soluciones propuestas por el sector financiero

Al respecto, en primer término, habría de estarse a las soluciones brindadas por el propio sector financiero, desde una perspectiva voluntaria<sup>32</sup>. En este sentido, parece que podría existir un interés del sector en la prestación de una adecuada atención a estos perfiles de clientes, pues con ello mejoraría su reputación o, incluso, podría incrementarse la cifra de negocio a través de la comercialización de productos que hoy no llegan a dichos consumidores<sup>33</sup>.

Por lo que se refiere a esta adopción de medidas voluntarias, sin ánimo de exhaustividad, se comprendería una ralentización del cierre de oficinas bancarias y de los recortes en el número de empleados -ya presentes en los planes de actuación de las entidades para los próximos periodos<sup>34</sup>- o el compromiso de ampliar los horarios de atención presencial a los clientes y de los servicios de caja en las sucursales existentes -bien sea con atención directa en ventanilla o bien a través de los cajeros, con ayuda del personal de la oficina. A su vez, se defiende una adaptación de los cajeros, aplicaciones y webs para que su manejo sea más intuitivo y sencillo para los ciudadanos con mayores problemas, configurándose versiones con lenguaje y vista simplificados<sup>35</sup>.

---

32 Así, para el caso español, puede hacerse referencia al *Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca*, suscrito por las patronales bancarias en julio de 2021 y modificado en 2022.

33 Me refiero, por ejemplo, a la posibilidad de comercializar seguros, fondos de inversión, valores u otros títulos a sujetos que, actualmente, tienen dificultades para acceder a los mismos a través de canales digitales.

34 Este cambio de tendencia obedecería, además de a consideraciones relativas a la voluntad de las entidades, a la mejora del negocio y de la rentabilidad que están experimentando los operadores a raíz de la normalización de los tipos de interés.

35 Probablemente muchos lectores hayan presenciado situaciones en las que un cliente ha tenido serios problemas para algo -aparentemente- tan sencillo como obtener el número de orden para acceder a ventanilla, por no saber marcar su número de identificación fiscal en la pantalla digital ofrecida.

Asimismo, se apuesta por la formación en competencias digitales y acerca del funcionamiento de los servicios financieros para los usuarios de colectivos con mayores problemas, a través de la organización de talleres o seminarios. Y es que la formación puede resultar fundamental pues, aunque en ocasiones será muy complejo que una persona se adapte, en otras, la formación sí puede ayudar a algunos ciudadanos a dar definitivamente el paso para acceder a los servicios financieros digitales<sup>36</sup>.

Junto con las anteriores medidas, de alcance general, se han planteado algunas soluciones específicas para mejorar la prestación de servicios a los usuarios residentes en aquellas localidades que no disponen de sucursales bancarias<sup>37</sup>. Al respecto, se apuesta por la utilización de oficinas móviles que aseguren la prestación presencial periódica o por el reforzamiento de la red de agentes financieros, como profesionales que no mantienen una relación laboral con una entidad, pero que prestan servicios financieros por cuenta de la misma.

Igualmente, se pretende mejorar y ampliar la red de cajeros existente, de manera que los mismos se extiendan a aquellos municipios que, actualmente, no disfrutan de servicios financieros presenciales. En todo caso, esta apertura de cajeros, para ser del todo eficaz, habría de acompañarse de formación específica a los ciudadanos destinatarios, de manera que los mismos comprendan cómo pueden llevar a cabo toda la operativa permitida<sup>38</sup>.

Por último, en lo que se refiere a aquellas localidades para las que no se entienda procedente establecer un cajero –por ser los costes a asumir excesivos– se busca garantizar, al menos, el acceso a efectivo. En estos casos el acce-

---

36 Sobre el particular, sería especialmente interesante hacer hincapié en la formación para el uso de tarjetas de débito/crédito, pues su manejo es sencillo y las mismas permiten no necesitar de efectivo en aquellas zonas donde es difícil obtenerlo.

37 En España, por ejemplo, a través de la *Hoja de ruta para reforzar la inclusión financiera en las zonas rurales*, de octubre de 2022, que actualiza el principio de actuación 5 del *Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca*, accesible a través de <<https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2022/10/hoja-de-ruta-para-reforzar-la-inclusion-financiera-en-las-zonas-rurales.pdf>>.

38 A este respecto, algunas entidades han desarrollado proyectos piloto en los que proveen los cajeros de servicios de video llamada, para ofrecer una asistencia más personal a quien requiera ayuda.

so al efectivo se aseguraría a través de sistemas de *cash back* o de *cash in shop*, que permiten obtener efectivo en comercios adheridos, utilizando una tarjeta y un datáfono<sup>39</sup>. Como alternativa, también se recurriría a servicios prestados por los operadores postales, que permiten que los carteros puedan suministrar efectivo a domicilio<sup>40</sup>.

En cuanto a estas últimas medidas existe una notable limitación. Y es que las mismas se refieren únicamente a la obtención de efectivo, y no a la prestación de otros muchos –y muy relevantes– servicios financieros, como son el pago de recibos, la realización de transferencias o la contratación de productos de ahorro e inversión.

#### 4.2 El fomento de la inclusión desde los poderes públicos

Las medidas referidas en el apartado anterior son alternativas voluntarias, planteadas por las propias entidades financieras, que los operadores se comprometen a aplicar, pero que no son jurídicamente vinculantes para los mismos. Al margen de dichas medidas, habríamos de plantearnos cuál puede ser el papel de los poderes públicos, y cómo estos pueden mejorar la asistencia a los sujetos que más se resienten por la digitalización de los servicios financieros.

En este sentido, con carácter general, los poderes públicos han apostado por un acompañamiento al sector privado, motivando que los operadores concluyan protocolos como el anteriormente referido, pero sin aplicarse, de mane-

<sup>39</sup> Se trata de mecanismos que permiten obtener efectivo en comercios locales tales como panaderías, carnicerías, estancos, peluquerías, farmacias... que estarán presentes en un buen número de localidades. Por lo que se refiere a sus diferencias, mientras que el *cash back* exige realizar previamente alguna adquisición en el comercio, el *cash in shop* no requiere que el solicitante de efectivo realice ningún desembolso.

Acerca de estas herramientas, puede consultarse el interesante *Estudio sobre el servicio de retirada de efectivo a través de cajeros automáticos* (E/CNMC/003/21), de 2022, elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y accesible desde <<https://www.cnmc.es/sites/default/files/4215971.pdf>>. En el mismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aboga por su utilización como una alternativa a los cajeros, partiendo de la experiencia existente en otros Estados. Igualmente se defiende la articulación de las oportunas reformas normativas, para ofrecer un marco regulatorio claro y adaptado.

<sup>40</sup> En el caso español, el operador postal público -Correos- presta el servicio *Correos Cash*, previo convenio con las entidades de crédito. En el caso italiano, la solución podría variar al poder actuar la Poste Italiane directamente como intermediario financiero.

ra generalizada, herramientas de tipo vinculante. No obstante, junto con este acompañamiento, sí es posible localizar otras medidas específicas de muy diversa naturaleza<sup>41</sup>.

Así, por ejemplo, se observa como las instituciones públicas apuestan por la formación de los usuarios de los servicios financieros, incluyéndose una perspectiva específica de digitalización. Ello, en particular, dentro del mandato de promover la educación financiera que se hace recaer en algunas Administraciones Públicas con competencias en los mercados financieros<sup>42</sup>.

A su vez, es posible encontrar mandatos legislativos –cuya ejecución efectiva se somete a un elevado grado de indeterminación– dirigidos a distintas Administraciones públicas y orientados a procurar la colaboración con las entidades financieras, en aras de mejorar la accesibilidad de los servicios financieros<sup>43</sup>.

Por otro lado, en algunos territorios se ha optado por la actividad de fomento, a través de la habilitación de líneas de subvenciones específicas para impulsar el establecimiento de cajeros automáticos en localidades donde en la actualidad no los hay. En este sentido, se favorece que los cajeros instalados permitan operar a cualquier ciudadano, con independencia de la entidad de crédito de la que sea cliente<sup>44</sup>.

Además, otras Administraciones públicas han apostado por la vía contractual, a través de la licitación de contratos públicos que tienen por objeto la implantación de cajeros automáticos en los municipios que carecen de los mi-

---

41 Múltiples medidas han sido analizadas por F. ZUNZUNEGI PASTOR, *Exclusión financiera: actuaciones y propuestas*, in *Revista de Derecho del Mercado Financiero Working Paper*, 2023, 1, 1 ss.

42 Me refiero, para el caso de España, al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que, entre sus funciones, integran las de promoción de la educación financiera.

43 En particular, se ha establecido uno de estos mandatos legislativos para mejorar la atención financiera en el medio rural. Me refiero al artículo 66 de la Ley 13/2023, de 30 de marzo, de Dinamización del medio rural de Aragón.

44 Que los cajeros permitan operar a los usuarios, con independencia de la entidad de la que son clientes, resulta esencial para asegurar un mayor grado de competencia.

smos<sup>45</sup>. En relación con dichos cajeros, que acostumbran a instalarse en dependencias municipales, suele fijarse una cartera de servicios amplia y se prevén unas retribuciones que se aproximan al coste medio anual de mantenimiento de un cajero<sup>46</sup>. Como alternativa, que pudiera implicar menores costes, se han licitado cajeros móviles que se desplazan por las distintas localidades<sup>47</sup>.

Por otra parte, se han tomado medidas orientadas a mantener el efectivo como medio pago, lo que beneficia a distintos colectivos afectados por la digitalización, habida cuenta de la mayor facilidad para el manejo del mismo. En particular, por ejemplo, puede establecerse formalmente la obligación de aceptar pagos en efectivo en los comercios o negocios abiertos al público. Sin embargo, esta voluntad colisiona con consideraciones vinculadas a la recaudación de tributos y al blanqueo de capitales, siendo habitual la fijación de límites máximos para los pagos en efectivo, especialmente cuando alguna de las partes en la transacción sea empresario o profesional<sup>48</sup>. Estos límites, en ocasiones, se han considerado desproporcionados por el Banco Central Europeo, quien ha

---

45 Acerca de esta alternativa, puede consultarse el análisis de los pliegos realizado en el *Estudio sobre el servicio de retirada de efectivo a través de cajeros automáticos* (E/CNMC/003/21), p. 109 y ss.

46 Al respecto, se estima que el coste medio anual de mantener un cajero automático en España se sitúa en una horquilla de entre 12.000 y 16.000 euros, de acuerdo con la información suministrada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) al hilo del *Estudio sobre el servicio de retirada de efectivo a través de cajeros automáticos* (E/CNMC/003/21), *cit.*, 111.

47 Alternativa interesante, pues permite optimizar el uso de los cajeros a través de la configuración de rutas y horarios de prestación, y se acompaña de la asistencia de un profesional que da soporte a los usuarios. Como ejemplo, puede estarse a la licitación de un contrato de la Diputación Provincial de Barcelona, previa consulta preliminar al mercado, para implantar un cajero móvil en localidades de menos de 5.000 habitantes donde no existe oficina o sistema de retirada de efectivo, bajo denominación de “Servicio de cajero móvil para la retirada de dinero en efectivo en los municipios de hasta 5.000 habitantes de la provincia de Barcelona” y n° de expediente 2022/0006430.

48 La oscilación de las cifras existente en Italia también tiene reflejo en España donde, actualmente, rige un límite de 1.000 euros -que se incrementa hasta los 10.000 si el pagador es una persona física sin domicilio fiscal en España y que no actúa como empresario o profesional- de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 7/2012 de lucha contra el fraude, reformado vía Ley 11/2021.

entendido que se afecta intensamente a la libertad de decisión sobre el medio de pago a utilizar<sup>49</sup>.

Asimismo, en la parcela regulatoria, se recoge el deber de adaptación de los canales de prestación a la situación de ciertas personas, en conexión con lo previsto en la Directiva (UE) 2019/882, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios. Dicha norma, que desplegará sus principales efectos a partir de junio de 2025, contiene algunas obligaciones para asegurar la accesibilidad de productos y servicios a las personas con limitaciones funcionales por razón de discapacidad o edad<sup>50</sup>.

En particular, esta normativa hace referencia al ámbito bancario estableciendo, por ejemplo, obligaciones en relación con los cajeros automáticos, para los que se plantean multitud de exigencias, relativas a la sencillez de los interfaces o la utilización de más de un canal sensorial<sup>51</sup>. Igualmente, se ordena que ciertos servicios bancarios esenciales para los consumidores —especialmente servicios de pago— prestados mediante aplicaciones o web, ofrezcan métodos para la identificación y firma sencillos, dispongan de interfaces intuitivos o utilicen un lenguaje comprensible<sup>52</sup>.

#### **4.3 La configuración de obligaciones de servicio público para asegurar la prestación presencial de servicios financieros**

De lo referido se deduce que el enfoque planteado en materia de lucha contra la exclusión financiera pivota, esencialmente, sobre la voluntariedad, aunque complementada por un cierto grado de intervención de los poderes públicos para atender a algunos de los problemas experimentados por los sujetos más afectados por la digitalización.

---

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, para el límite de 1.000 euros en España, el *Dictamen sobre las limitaciones a los pagos en efectivo* (CON/2022/9), del Banco Central Europeo, de 15 de marzo de 2022, cuyas conclusiones no han sido trasladadas a nuestra legislación interna.

<sup>50</sup> El Anexo I de la Directiva (UE) 2019/882 detalla los específicos requisitos que han de cumplirse para asegurar la accesibilidad de los diferentes productos y servicios.

<sup>51</sup> Requisitos recogidos en la Sección I del Anexo I de la Directiva (UE) 2019/882.

<sup>52</sup> Así, la Sección IV del Anexo I de la Directiva (UE) 2019/882.

Sin embargo, podríamos plantearnos si todavía cabe ir más allá en la intervención administrativa, en caso de que las medidas analizadas no sirvieran para asegurar la adecuada inclusión financiera de ciertos colectivos, persistiendo el fallo de mercado existente. En particular, ello podría acontecer en el caso de aquellos pequeños municipios que no disponen de ningún canal de prestación presencial, por no existir sucursal, cajero, agente financiero u oficina móvil.

En este sentido, se plantearía la posibilidad de adoptar un enfoque obligatorio, a través del cual se exigiese la prestación de ciertos servicios financieros en canales presenciales, para conseguir efectivamente la inclusión de quienes se han visto desplazados por la digitalización. Así, de progresar en esta orientación regulatoria, surgiría un derecho de los ciudadanos a recibir atención presencial, así como una correlativa obligación de brindar dicha atención por parte los operadores.

Esta creación del derecho a recibir ciertos servicios financieros puede resultar algo llamativa en nuestro contexto jurídico, al menos hasta fechas recientes. Sin embargo, la misma podría explicarse a través de la consideración de ciertos servicios financieros como servicios de interés económico general (SIEG)<sup>53</sup>. Como es bien sabido, esta calificación, derivada del Derecho de la Unión, se aplica a servicios en los que hay una prestación en régimen de mercado, pero que se califican como de interés general por su repercusión e influencia en la sociedad y los usuarios.

---

53 Para aproximarse a los servicios de interés económica general, amparados en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y a su impacto en conceptos nacionales tradicionales -como el servicio público- pueden consultarse J.C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas, 2009; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione contriverna*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 5, 1351 ss; A. SUIPIOT, *Employment, Citizenship, and Services of General Public Interest*, in M. Freedland e S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law: Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 157 ss, o S. VAN DE WALLE, *What services are public? What aspects of performance are to be ranked? The case of «services of general interest»*, in *International Public Management Journal*, 2008, 11(3), 256 ss.

La pervivencia de estos intereses públicos lleva a un elevado nivel de intervención de las Administraciones públicas, quienes tendrán la capacidad de introducir límites a la libre prestación del servicio<sup>54</sup>. Y es que se entiende que, sin una intervención pública, el mercado no lograría una prestación en condiciones idóneas de calidad, seguridad, asequibilidad o, en lo que nos atañe en el presente análisis, acceso universal.

Esta calificación de ciertos servicios como servicios de interés económico general ha operado tradicionalmente en diversos ámbitos, como el sector eléctrico, el sector postal o el del transporte ferroviario. Sin embargo, también pueden localizarse plasmaciones que han afectado al ámbito financiero<sup>55</sup>. Así, por ejemplo, la propia Comisión Europea ha vinculado ciertos servicios de pago con los servicios de interés económico general<sup>56</sup> o diversos Estados miembros han venido calificando de esta forma algunos servicios financieros<sup>57</sup>.

---

54 En este sentido, el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que los prestadores de los servicios de interés económico general se someterán a las reglas de los Tratados -en particular a las reglas sobre libre competencia- pero solamente en la medida que no se impida el recto cumplimiento de las funciones de interés general que se les hayan asignado. En el contexto italiano, la posibilidad de configurar servicios de interés económico general, cuando el mercado no satisface las necesidades de la ciudadanía, se encuentra presente, por ejemplo, en el artículo 10.4 del d.lgs n. 201/2022, Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

55 En relación con estas consideraciones, se recomienda la consulta de J. ESTEBAN RÍOS, *La actividad bancaria como servicio de interés económico general: de la regulación a la prestación obligatoria de servicios*, in *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, 2022, 3, 209 ss.

56 En este sentido, la Comunicación *Quality Framework for Services of General Interest (SGI) in the EU* (COM/2011/0900 final), de la Comisión Europea, apartado 2.2, o la *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest* (SWD(2013) 53 final/2), pregunta 8. Igualmente, con anterioridad, la Comisión también conectó algunos servicios bancarios con servicios de interés económico general a través del Informe *Services of general economic interest in the banking sector*, de 17 de junio de 1998.

57 Entre otros, destaca el caso francés donde, con la finalidad de incentivar al ahorro, se ha configurado el derecho a disponer de ciertos depósitos con unas remuneraciones determinadas gubernamentalmente y, generalmente, superiores a las de mercado. La regulación de este tipo de depósitos se encuentra en el artículo 221 del Code monétaire et financier.

Al margen de este supuesto, la Comisión Europea ha venido analizando diversos ejemplos de obligaciones de servicio público -vinculadas a la identificación de servicios de interés económico general- en el ámbito financiero, a fin de verificar si las compensaciones habilitadas son compatibles con la normativa sobre ayudas de Estado. Así, pueden consultarse las Decisiones de la Comisión en relación con las ayudas de Estados n° 514/2001, (Reino Unido), n° 244/2003 (Reino Unido), n° 49/2006 (Italia), n° 642/2005 (Suecia) o n° 650/2001 (Irlanda).



Igualmente, fruto de un impulso europeo, se ha dado carta de naturaleza a las conocidas como cuentas de pago básicas. En virtud de estas cuentas, las entidades de crédito quedan obligadas a ofrecer determinados servicios financieros mediante precios tasados gubernativamente o, incluso, de forma gratuita<sup>58</sup>.

Iniciada esta senda, no parece del todo descabellado proceder a calificar otros servicios financieros como servicios de interés económico general, a los efectos de condicionar sus canales de prestación, de modo que se asegure su accesibilidad. Ello, especialmente, si se tiene en cuenta que, sin perjuicio de que pueda existir cierta armonización comunitaria en algunos casos, se atribuye un relevante margen de libertad a los Estados miembros, a la hora de determinar cuáles son los servicios de interés económico general, así como para organizar su prestación<sup>59</sup>. En todo caso, esta calificación no afectaría a todo servicio financiero, sino solamente a aquellos que se consideren esenciales y cuya cobertura presencial no se entiende garantizada.

Este condicionamiento del canal de prestación sería posible porque, una de las principales consecuencias de calificar un servicio como de interés económico general, es la posibilidad de imponer las conocidas como obligaciones de servicio público (OSP) a los operadores en el mercado. Como es de sobra conocido, dichas obligaciones de servicio público se relacionan con el deber de realizar ciertas prestaciones de servicios –con unas condiciones prefijadas por los poderes públicos– aunque ello no resultase rentable desde una óptica económica.

---

58 Las cuentas de pago básicas derivan de una obligación contenida en la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas. Dichas cuentas de pago básicas, otorgan el derecho de los ciudadanos que cumplan ciertas condiciones a recibir servicios tales como depósito de fondos, domiciliaciones, transferencias o tarjeta de débito, mediante el pago de una comisión mensual máxima fijada gubernativamente. En España, en el caso de personas en situación de vulnerabilidad, incluso se prevé la prestación gratuita.

59 De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo nº 26 anejo al TFUE sobre sobre los servicios de interés general.

Así, quizás, podría imponerse gubernativamente la prestación presencial –con condiciones preestablecidas– de ciertos servicios financieros que sean considerados esenciales por el poder público, a la vista de su impacto en la esfera jurídica de los ciudadanos. Y ello, a fin de asegurar el acceso universal a los mismos por parte de cualquier ciudadano, con independencia de su situación personal o del territorio en el que resida<sup>60</sup>.

En cualquier caso, para respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, parece que este tipo de herramientas obligatorias –singularmente incisivas– habrían de aparecer únicamente como *ultima ratio*, operando cuando el resto de herramientas alternativas fallan. De esta manera, si las técnicas voluntarias analizadas asegurasen una cobertura financiera suficiente, los poderes públicos habrían de abstenerse de intervenir. En esta línea, parece que la mera hipótesis de que este tipo de medidas puedan imponerse por el poder público condicionaría en gran medida la toma de decisiones empresarial, pues los operadores serán conscientes de que cabe recurrir al refuerzo obligatorio si la vía voluntaria no basta<sup>61</sup>.

Sobre el particular, considero que, contando con la predisposición del sector, sería posible evitar este tipo de medidas obligatorias, bastando visitas periódicas de oficinas móviles a los pequeños municipios o la fijación de horarios de ventanilla suficientes –y con atención plena– para las oficinas ya existentes. Ello sin que, quizás, tuviesen que asumirse costes desproporcionados que afectasen a los resultados del sector de manera notable<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> A este acceso universal, en materia de servicios de pago, alude, siquiera tangencialmente, el considerando nº 3 de la Directiva 2014/92/UE.

<sup>61</sup> Esta posible implantación de obligaciones de servicio público opera como una suerte de *espada de Damocles* que pendería permanentemente sobre el sector financiero y que ayudaría a su disciplina voluntaria.

<sup>62</sup> En todo caso, sería necesario que, de antemano, se cuantificase el impacto económico de las medidas obligatorias, a fin de asegurar que las mismas no resultan excesivamente onerosas.

Sobre las consideraciones relativas a retribuciones y costes, haría de optarse por la técnica que permitiese satisfacer adecuadamente las necesidades sin llevar a costes desmesurados. Al respecto, mientras que, habida cuenta del gran número de municipios, los cajeros fijos podrían implicar costes elevados –que superarían los 10.000 euros anuales por terminal– los cajeros móviles mitigarían el impacto. Así, por ejemplo, en el caso de la Diputación Provincial de Barcelona, el servicio de cajero móvil para todos los municipios de menos de 5.000 habitantes que lo

Sea como fuere, esta vía obligatoria que condiciona el medio de prestación de los servicios financieros no es –ni mucho menos– una fantasía, existiendo ya ejemplos de configuración de obligaciones de prestación presencial para algunos servicios. Así, por ejemplo, en Suecia, que cuenta con un sector financiero intensamente digitalizado, se ha impuesto la obligación a los operadores de que la práctica totalidad de la población disponga de puntos de retirada y depósito de efectivo a menos de 25 km<sup>63</sup>. Con una finalidad similar, también puede estarse a las modificaciones introducidas en la normativa británica sobre servicios financieros<sup>64</sup>.

Por lo que se refiere a España, pueden referirse dos propuestas legislativas que apuntaban en esta línea, con un contenido prácticamente idéntico. Las mismas recogían la obligación –a cargo de las entidades de crédito– de implantar un cajero en todos los municipios de España, exigiéndose que los mismos permitiesen realizar diversos servicios, tales como retirada e ingreso de efectivo, pago de recibos y tributos, consultas y extractos, o transferencias<sup>65</sup>.

Este tipo de propuestas, aunque costosas y con incógnitas acerca de su aplicación práctica, son muestra de un cambio de enfoque de los poderes públicos. Así, los mismos se han planteado intervenir sobre la actividad financiera con una perspectiva que, hasta fechas recientes, resultaba impensable.

---

requieren se ha licitado por unos 180.000 euros anuales (contrato con nº expediente 2022/0006430).

63 Obligación que se extendería al 99,7 % de la población, y que pretende satisfacer las necesidades de los residentes en zonas donde la densidad de población es muy reducida. La misma se ha establecido a través de una modificación de la legislación sueca sobre servicios de pago -*Lag (2010:751) om betaltjänster*- operada en 2021.

64 Así, se encuentra en tramitación parlamentaria una propuesta legislativa similar - *Financial Services and Markets Bill* (HL Bill 124 2022-23), que introduce una nueva Parte 8B “Cash access services” en la *Financial Services and Markets Act 2000*, siendo especialmente interesante su artículo 131U.

65 Se trata de sendas proposiciones de ley de 2022 remitidas al Congreso de los Diputados por el Senado (124/000011) y por el Parlamento de Cataluña (nº 125/000017). En dichas proposiciones, a falta de una implantación voluntaria de los cajeros, incluso se prevé la ejecución subsidiaria por parte de la Administración, licitando los contratos necesarios para la instalación y mantenimiento de los mismos, y repercutiéndose los costes asumidos a un fondo –dotado con aportaciones privadas– que se habilita al efecto.

#### 4.4 La necesidad de compensar por la imposición de obligaciones de servicio público

La vía esbozada en el apartado anterior, relacionada con la imposición de obligaciones de prestación presencial de servicios financieros, plantearía multitud de incógnitas para su aplicación, relacionadas principalmente con qué servicios esenciales serían abarcados, con qué sujetos deberían asumir la prestación presencial y en qué condiciones se desarrollaría dicha prestación. Dichas cuestiones habrían de ser analizadas detenidamente por el poder público, en caso de que finalmente se considerase de interés el recurso a esta institución, quien debería optar por las soluciones más proporcionadas y que generasen las menores distorsiones competitivas posibles.

Junto a estas incógnitas, aparecería una vertiente económica, vinculada con la eventual necesidad de establecer compensaciones, en caso de que las contraprestaciones obtenidas en el mercado no alcanzasen a cubrir los costes derivados de la prestación de los servicios presenciales. Algo que parece bastante probable en los pequeños municipios, donde la cifra de negocio generada quizás no bastaría para compensar los gastos incurridos<sup>66</sup>.

En estos casos, con la fijación de compensaciones se alcanzaría un equilibrio entre los intereses generales y la competencia en el mercado, evitando restricciones excesivas de derechos de los operadores o la asunción de cargas económicas demasiado onerosas<sup>67</sup>. Desde luego, parece un fin constitucionalmente legítimo que los ciudadanos se vean protegidos y amparados, pero no que esta protección se haga recaer plena y exclusivamente en los operadores privados, sin ningún tipo de compensación.

66 Sobre el particular, por lo que se refiere al mantenimiento de un cajero, recuérdese la estimación de un coste medio anual que oscilaría entre 12.000 y 16.000 euros, de acuerdo con la información suministrada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) al hilo del *Estudio sobre el servicio de retirada de efectivo a través de cajeros automáticos* (E/CNMC/003/21), *cit.* Cifra, esta, que sería difícil compensar con el negocio que se generase en los municipios de menores dimensiones. Como alternativa, aparecerían las oficinas o cajeros móviles que, como se refirió previamente, pueden permitir una explotación menos onerosa.

67 Para atender al impacto de las compensaciones en el correcto funcionamiento del mercado, por L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, 1, 97 ss.

A su vez, la fijación de compensaciones permitiría lograr un objetivo adicional, como es la protección del principio de neutralidad tecnológica. Dicho principio implica que el marco regulatorio no debe perjudicar o favorecer a los operadores en función de su modelo de negocio –telemático o presencial. Así, las compensaciones evitarían que los operadores presenciales sufriesen quebrantos adicionales –derivados de la prestación de servicios no rentables– a los que no se exponen los operadores exclusivamente digitales.

En relación con estas compensaciones –en caso de que los costes superasen a los ingresos– lo cierto es que se atribuye a los Estados miembros un amplio grado de libertad para su configuración, siempre y cuando se respeten ciertos requisitos. En particular, entre estas exigencias, destaca la necesidad de observar la regulación sobre ayudas de Estado, de manera que no se ofrezca a los receptores de dichas compensaciones una ventaja que altere de forma sensible la competencia en el mercado<sup>68</sup>.

En particular, este margen de libertad alcanzaría, por ejemplo, a la posibilidad de prescindir de cualquier compensación pública a favor de los operadores, como acontece, por ejemplo, para el caso de los descuentos que se ofrecen a ciertos colectivos desfavorecidos en sus facturas de electricidad, sufragándose los mismos por los propios operadores del sector<sup>69</sup>.

---

68 Al respecto, como referencia, habrían de tenerse en cuenta los criterios específicos contenidos en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, Altmark, fundamento nº 95 (ECLI:EU:C:2003:415). A su vez, existen diversos documentos específicos para verificar si las compensaciones por la imposición de obligaciones de servicio público respetan las reglas sobre ayudas de Estado. Así, se recomienda la consulta de la *Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general* (2012/C8/02), de la Comisión Europea, o de la ya referida *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest* (SWD(2013) 53 final/2). Sobre el particular, puede consultarse D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 5, 893 ss.

69 En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de octubre de 2021, C-683/19, Viesgo Infraestructuras Energéticas (ECLI:EU:C:2021:847). Dicha Sentencia, además de validar la ausencia de compensaciones públicas, establece también que el coste de satisfacer las obligaciones de servicio público no puede asumirse solamente por algunos operadores, salvo que existan circunstancias objetivas que justifiquen una diferencia de trato.

## 5. Conclusiones

La digitalización de muchas actividades económicas y sociales también ha llegado, en particular, al sector financiero, donde, además de la automatización de multitud de procesos, se ha producido un avance progresivo en la prestación de servicios no presenciales. En lo que respecta a los consumidores financieros, esta digitalización conlleva numerosos e importantes beneficios, principalmente relacionados con una mayor flexibilidad de las operaciones y la recepción de nuevos servicios.

Sin embargo, estas ventajas no se disfrutan por todos los usuarios, ya que las virtudes sólo se aplican a quienes saben -o pueden- acceder a los servicios financieros digitales. Para el resto de la población, que carece de estas habilidades, el fenómeno no se presenta como una oportunidad sino como un reto. Así, hay varios segmentos de ciudadanos que se han visto especialmente afectados por la migración a los servicios digitales, en la medida en que la misma ha supuesto una reducción paralela de los servicios prestados en formato presencial.

Entre estos colectivos, los más afectados por la transición a escenarios no presenciales son los ciudadanos sin competencias digitales adecuadas -destaca la situación de las personas mayores-, pero también otros muchos grupos, como las personas con discapacidad, las que tienen problemas de lectura, las que tienen escasos conocimientos financieros o las que sufren una grave falta de recursos. Las dificultades de estos colectivos se agravan en las zonas rurales, especialmente afectadas por el cierre de sucursales.

Así, se pone de manifiesto como un relevante número de ciudadanos pueden verse expuestos a una nociva exclusión financiera, como consecuencia del proceso de digitalización. Ello exigiría tomar medidas orientadas a asegurar la adecuada inclusión financiera de estos sujetos, de manera que la imparable transformación digital no lleve a que multitud de nuestros conciudadanos se *queden por el camino*.

Dichas medidas de lucha contra la exclusión financiera vendrían justificadas por una pluralidad de motivos, tanto de equidad como macroeconómicos o jurídicos. A la vista estas justificaciones, en primer término, habría de estarse a las soluciones que brindase el propio sector financiero, desde una perspectiva voluntaria. Al margen de dichas técnicas voluntarias, los poderes públicos también pueden adoptar algunas medidas para mejorar la asistencia a los sujetos que más se resienten por la digitalización de los servicios financieros. Así, junto con el acompañamiento al sector privado, se ha apostado por la formación de los usuarios, la habilitación de líneas de subvenciones específicas y la licitación de contratos públicos para instalar cajeros y oficinas móviles, o el mantenimiento del efectivo como medio pago.

No obstante, quizás cabe ir todavía más allá en la intervención administrativa, en caso de que las medidas analizadas no sirvieran para asegurar la adecuada inclusión financiera de los colectivos que necesitan una asistencia presencial. En este sentido, sería posible exigir la prestación de ciertos servicios financieros a través de canales presenciales, mediante la calificación de dichos servicios como servicios de interés económico general y a través de la correlativa imposición de obligaciones de servicio público. Y ello, a fin de asegurar el acceso universal a los mismos para cualquier ciudadano, con independencia de su situación personal o del territorio en el que resida.

Este recurso a la institución de los servicios de interés económico general –habitual en otros sectores económicos– también cuenta con cierto recorrido en el ámbito financiero. En relación con estas consideraciones, se atribuye un relevante margen de libertad a los Estados miembros, a la hora de determinar cuáles son los servicios de interés económico general, así como para organizar su prestación.

Eso sí, en todo caso, este margen de libertad habría de coherenciarse con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, de manera que las soluciones obligatorias deberían aparecer únicamente como *ultima ratio*, que

opera cuando el resto de herramientas alternativas voluntarias fallan. De este modo, la calificación como servicios de interés económico general no afectaría a todo servicio financiero, sino solamente a aquellos que se consideren esenciales y cuya cobertura presencial no se entiende correctamente garantizada.

Si se optase por esta alternativa obligatoria en la configuración de los canales presenciales, de la que existen algunos ejemplos en varios Estados, existirían multitud de incógnitas. Estas se referirían principalmente a qué servicios esenciales quedarían cubiertos, qué entidades habrían de hacerse cargo de la prestación presencial y en qué condiciones se llevaría a cabo dicha prestación. Estas cuestiones tendrían que ser cuidadosamente analizadas por el poder pública, quien debería optar por aquellas que tuvieran el menor impacto sobre los derechos de los operadores y que generaran las menores distorsiones competitivas posibles.

Estos interrogantes van acompañados de una vertiente económica, ligada a la necesidad de establecer compensaciones en el caso de que la remuneración obtenida en el mercado no sea suficiente para cubrir los costes de prestación de los servicios presenciales. En estos casos, parece conveniente establecer compensaciones para lograr un equilibrio entre los intereses generales y la competencia en el mercado, evitando la asunción de cargas económicas excesivas por parte de los operadores.

## **6. Bibliografía**

E. BARRUETABEÑA LORENTE, *la influencia de las nuevas tecnologías en la inclusión financiera*, in *boletín económico del banco de españa*, 2020, 2, 1 ss.

F.M. BATOR, *the anatomy of market failure*, in *quarterly journal of economics*, 1958, 72(3), 351 ss.

M. BOLDBAATAR e C.L. LEE, *financial accessibility and economic growth*, in *journal of east asian economic integration*, 2015, 19 (2), 143 ss.



L. CERASO, *il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, 1, 97 ss.

L. CRESPO AZOFRA, N. EL AMRANI E ALTRI, *heterogeneidad en el uso de los medios de pago y la banca online: un análisis a partir de la encuesta financiera de las familias (2002-2020)*, in *documentos ocasionales del banco de españa*, 2023, 2.308 1 ss.

P. CRUZ–GARCÍA, J. FERNÁNDEZ DE GUEVARA RADOSELOVICS E J. MAUDOS VILLARROYA, *the evolution of market power in european banking*, in *finance research letters*, 2017, 23, 257 ss.

M. DE LA CUESTA GONZÁLEZ, I. FERNÁNDEZ OLIT E ALTRI, *affective and cognitive factors that hinder the banking relationships of economically vulnerable consumers*, in *international journal of bank marketing*, 2022. 40 (7), 1337 ss.

J. DE LUNA–MARTINEZ, *financial inclusion in malaysia distilling lessons for other countries*, in *world bank working papers*, 2017, 115155, 1 ss.

J. ESTEBAN RÍOS, *la actividad bancaria como servicio de interés económico general: de la regulación a la prestación obligatoria de servicios*, in *revista de derecho del sistema financiero: mercados, operadores y contratos*, 2022, 3, 209 ss.

D. GALLO, *finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, in *rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 5, 893 ss.

S. GHOSH, *how important is mobile telephony for economic growth? Evidence from MENA countries*, in *INFO*, 2016, 18 (3), 58 ss.

F. J. GOERLICH, J. MAUDOS E S. MOLL, *distribución de la población y accesibilidad a los servicios en españa*, madrid, fundación ramón areces, 2021.

J.C. LAGUNA DE PAZ, *servicios de interés económico general*, madrid, civitas, 2009.

R. LEVINE, *finance and growth: theory and evidence*, in p. Aghion e S. Durlauf (a cura di), *Handbook of Economic Growth*, Amsterdam, Elsevier, 2005, 865 ss.

M. LOTTINI, *i servizi di interesse economico generale: una nozione contriverna*, in *rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 5, 1351 ss.

A. MEHROTRA E J. YETMAN, *financial inclusion – issues for central banks*, in *bis quarterly review*, 2015, marzo, 83 ss.

G. RIPERT, *aspects juridiques du capitalisme moderne*, paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1946.

J.E., STIGLITZ, *markets, market failures, and development*, in *the american economic review*, 1998, 79 (222), 197 ss.

A. SUPIOT, *employment, citizenship, and services of general public interest*, in m. Freedland e S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law: Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 157 ss.

J. TEJERO, *unwrapping black-box models: a case study in credit risk*, in *revista de estabilidad financiera*, 2022, 43, 91 ss.

S. VAN DE WALLE, *what services are public? What aspects of performance are to be ranked? The case of «services of general interest»*, in *International Public Management Journal*, 2008, 11(3), 256 ss.

F. ZUNZUNEGI PASTOR, *exclusión financiera: actuaciones y propuestas*, in *revista de derecho del mercado financiero working paper*, 2023, 1, 1 ss.

YULI NUGRAHANI

Faculty of Philosophy, Widya Mandala Catholic University, Surabaya, Indonesia  
*yyulinugraheni@gmail.com*

AGUSTINUS RYADI

Faculty of Philosophy, Widya Mandala Catholic University, Surabaya, Indonesia

BENEDICTA D. MULJANI

Faculty of Philosophy, Widya Mandala Catholic University, Surabaya, Indonesia

## **INTERPRETING THE TRANSPARENCY AS A COMMUNICATIVE ACTION IN THE JURGEN HABERMAS PERSPECTIVE**

### ABSTRACT

This research explains the value of transparency of communication culture in the Surabaya Children's Community. This research is based on Jürgen Habermas's Communication Action Theory which interprets things rationally. It refers to the rationality that precedes the thesis, which asserts that communication will inevitably occur. The study uses qualitative research with the Focus Group Discussion method in the Surabaya community, known as Arek Suroboyo. The research results show that rational communication happens only when there is an understanding with at least one person. Communicatively, the occurring transparency value in the community exists in every individual's moment, development, and emancipation phenomena.

KEYWORDS: the value of transparency; communication culture; community life; language action; society

INDEX: 1. Introduction. 2. Materials and methods. 3. Result and discussion. - 3.1 Arek Suroboyo's Communication Culture. - 3.2 Habermas' Theory on Communicative Action. - 3.3 Emancipatory Opportunities in Languages. - 3.4 The Value of Transparency as an Attitude of Communicative Action. - 4. Conclusion. - 5. References.

### **1. Introduction**

The pandemic is part of the ambivalence that has an impact on society. This pandemic does not negatively impact the community since it opens up opportunities for the value of transparency. The value of openness, or human

value, is not only about the rules but also the essential elements of communication behavior, as explained by Jurgen Habermas in the Communication Action Theory <sup>1</sup>.

In this idea, Habermas emphasizes an equal degree between speakers and listeners when communicating to achieve the information with no coercion <sup>2</sup>. Through his critique of Marcuse, Habermas distinguishes rationality into two, target and communicative rationality. Target rationality is an achieved action right on the target and following the strategy. Meanwhile, communicative rationality is an action that will only be performed when both parties have the same freedom and degree. Habermas stated that a language is a place of rationality experience with four claims; claims of truth, accuracy, authenticity or honesty, and comprehensibility <sup>3</sup>. Excellent and effective communication is achieved through these four claims or elements, which make the communication have communicative competence <sup>4</sup>.

The research on the value of transparency based on aspects of the Communication Action Theory by Jurgen Habermas has been widely used. Based on the Communication Action Theory, which is strongly related to real social life since people's reflection on their communication can be established in social life. It can also be seen in *Arek Suroboyo's* communication culture on the Widya Mandala Catholic University campus in Surabaya, making this communication value system possible. However, the relationship with the community is still limited. Therefore, this study aims to determine the value of transparency in the communication culture of *Arek Surabaya*, which has values of communication, transparency, and emancipation.

---

1 M. Pusey, Jurgen habermas, Routledge, England, 2002.

2 G. Remer, Genres of political speech: Oratory and conversation, today and in antiquity, in *Language & Communication*, n. 28, 2, 2008, p. 182–196.

3 F. M. Suseno, 75 Tahun Jürgen Habermas, in *Basis*, 2004, p. 4.

4 F. B. Hardiman, *Menuju Masyarakat Komunikatif*, Kanisius, 1993.

## 2. Materials and methods

On August 4th, 2021, researchers conducted a Forum Group Discussion survey to understand the meaning of transparency. The respondents from this survey are Catholic students at Widya Mandala Surabaya who are 18-21 years old and are members of the *Arek Suroboyo* community. They are asked to fill out an online or hardcopy questionnaire (if the situation allows) that reveals the value of openness. Hierarchical linear regression is used to analyze the data. This survey was combined with a qualitative text analysis through the hermeneutic method. Hermeneutics comes from the Greek term *hermeneutic*, which means "to interpret," while the other comes from the noun *hermeneia*, which means "interpretation" <sup>5</sup>. In this context, hermeneutics emphasizes the discursive aspect of words or statements. In the hermeneutic circle or the inherent circular of all interpretations, the meaning can be achieved through tacit knowledge of the salient features of the text.

Based on a survey, the value of openness in Arek Surabaya's communication culture is shown by the use of social media (Instagram: 100% and TikTok: 44%) and Arek culture, especially the view of the Suroboyo language (Positive: 100%). The way of communication is done verbally (33%) and non-verbal (66%). The circle of friends of most of the informants is friends before college (friends from high school) and friends after studying at UKWMS. The language of daily conversation with friends from Surabaya uses *Suroboyoan* (66%).

Through online communities and forum platforms, consumers or groups of people (*Arek Suroboyo*, who is on campus) can communicate through posts, instant messaging, and chat about the same interests in a particular thing. This platform is limited to instant messaging and chat <sup>6</sup>. In a survey in 2017 regarding instant messaging, the online communities and forums included Wha-

---

5 R. E. Palmer, *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*, Northwestern University Press, 1969.

6 P. Kotler-K. L. Keller, *Marketing Management*, Pearson Education, inc., New Jersey, 2012.

tsapp, Line, Blackberry Enterprise, Facebook Messenger, and Telegram. The third type of platform in social media is Social networks, YouTube, Facebook, Instagram (100%), Twitter, and Linked In. Regarding the value of openness in *Arek Suroboyo's* communication culture, the respondents' view of the *Suroboyoan* language is very positive (100%).

### **3. Result and discussion**

Figures and tables must also be typed on separate sheets. Footnotes, to be numbered consecutively in superscript throughout the text, should be used as little as possible. Figures should have a resolution of at least 300 dpi.

#### **3.1 Arek Suroboyo's Communication Culture**

Communication delivers messages from communicators to communicants directly or through the media to achieve specific effects <sup>7</sup>. The function of communication is to provide information, educate, influence, and entertain people <sup>8</sup>. The type of communication or the level of communication conducted in this case is interpersonal communication or communication that occurs between one individual and another <sup>9</sup>. Habermas states that emancipation is achieved through a communication mindset in modern capitalist society <sup>10</sup>. The main characteristic of the communication act is the relationship between each subject. Rational communication depends on both sides' understanding and is only possible when the sides can communicate freely and equally <sup>11</sup>. Communication is a process that sticks to human life and informs how people perceive,

<sup>7</sup> F. Abadi, The Influence of Communication and Competence on the Commitment Which Has Impacts on the Organizational Citizenship Behavior, in *Jurnal Manajemen Strategi dan Aplikasi Bisnis*, n. 4, 1, 2021, p. 35–42.

<sup>8</sup> M. J. Papa et al., Entertainment-Education and Social Change: An Analysis of Parasocial Interaction, Social Learning, Collective Efficacy, and Paradoxical Communication, in *Journal of Communication*, n. 50, 4, 2000, p. 31–55.

<sup>9</sup> S. Moerdijati, *Pengantar Ilmu Komunikasi*, Revka Petra Media, Surabaya, 2012.

<sup>10</sup> P. Duellund, Jürgen Habermas, The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society, in *International Journal of Cultural Policy*, n. 16, 1, 2010, p. 26–28; J. Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, The MIT Press, Cambridge, 1991.

<sup>11</sup> C. J. Uhlaner, “Relational goods” and participation: Incorporating sociability into a theory of rational action, in *Public Choice*, n. 62, 3, 1989, p. 253–285.

understand, and construct their view of reality and the world. Communication is a symbolic process where reality is produced, guarded, maintained, and transformed. It is claimed that communication and reality are connected. At the same time, culture is a pattern of meaning embodied in historically transmitted symbolic forms through people while communicating, perpetuating, and developing their knowledge of attitudes toward life. The creation and maintenance of culture occur through communication <sup>12</sup>.

Edward T Hall in Liliweri conceptualizes two orientations called High Context Culture (HCC) and Low Context Culture (LCC) <sup>13</sup>. HCC is characterized by high communication, which means that most messages are implicit, indirect, and not straightforward. The message may be hidden in the speaker's non-verbal behavior, such as voice intonation, hand movements, body posture, facial expressions, eye gaze, or even physical contact. The function of non-verbal language is to emphasize some parts of the verbal message (to accent) and complement them. The uses of emoticons through stickers on many social media platforms emphasize and complement written and spoken messages. For example, verbally answering yes and then equipped with certain emoticons or stickers (J), which means smile or joy.

On the other hand, verbal statements can be different from non-verbal statements. A high-context communication or message is the information already in the context while limited in the coded, explicit, transmitted part of the message <sup>14</sup>. Low context culture (A low context / LC) is characterized by verbal and explicit, direct, straightforward, and straightforward speaking styles. In low-context cultures, the people deliver the intention and what they mean through their words (they mean what they say). This theory categorizes society by many symbols or hidden meanings in each interaction. The more signs or hidden meanings, the higher the context of culture is. It is clearly emphasized

---

12 S. Baran, *Pengantar Komunikasi Massa Melek Media dan Budaya*, Erlangga, 2012.

13 A. Liliweri, *Dasar-Dasar Komunikasi Antar Budaya*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2012.

14 E. T. Hall, *The Silent Language*, Doubleday, Garden City, New York, 1976; J. Peacock, *The Silent Language*, in *College Composition and Communication*, n. 22, 2, 1971, p. 137.

that Low context (LC) communication is just the opposite of high context (HC); the mass information is vested in the explicit code.

*Arek Suroboyo's* communication methods, either verbal or non-verbal, exist through conversation. Non-verbal communication uses non-verbal language, such as body language, voice intonation, font size and color, images, symbols, and facial expressions that have meaning to the speaker, which is then communicated and perceived according to what the communicator has meant.

Some words or terms have special, unique, distorted, or even contradictory meanings when used by people from certain sub-cultures. This sub-cultural language is called a unique language, slang, and argot language <sup>15</sup>. Argot refers to the distinctive language used by any community or subculture, including artists. In addition, some *Arek Suroboyo* use sign language when they communicate.

The creation of this particular language has a specific function for its users. First, as a counter-culture and means of self-defense, especially for groups living in hostile environments. Second, as a means of group hatred for the dominant culture and maintaining self-identity and group solidarity <sup>16</sup>. These means allow them to get to know insiders and differentiate them from outsiders. *Arek Suroboyo* also frequently communicates informally. Informal communication is communication that does not depend on the existing organizational structure.

### **3.2 Habermas' Theory on Communicative Action**

Jürgen Habermas, born in 1929 in Gummersbach, Germany, is a philosopher and intellectual who tirelessly exists to face the times. His intellectual influence continues to be reckoned with, especially in communication theory. At first, Habermas' thinking was in the footsteps of Martin Heidegger. Then he shifted to the left. The shift occurred not only because of his left-leaning

---

<sup>15</sup> D. Mulyana, *Ilmu Komunikasi Suatu Pengantar*, Remaja Rosda Karya, Bandung, 2007.

<sup>16</sup> A. Ryadi, Hybrid Solidarity *Arek Surabaya Solidarity Shift in the Post Reformation Era in Indonesia*, in *Ruch Biblijny i Liturgiczny*, n. 74, 2, 2021.



political choice but also because of his encounter with Theodor W. Adorno in 1955 until he entered the Institut für Sozialforschung (Institute for Social Research) in Frankfurt, led by Max Horkheimer and Adorno. Apart from work, Habermas emphasized the essential role of communication. So he examines the problem of rationality in two lines: the line of work and the line of communication. Communication goes through language. Therefore, the distinctive difference between humans and animals lies in language. Naturally, rationality in language should be the center of attention. That is why Habermas focused his attention on language and communication.

To explain this, Habermas proposes a change in mindset from philosophy or rationality theory to communication theory. That forerunner discourse led Habermas to develop his theory of communicative action <sup>17</sup>. Habermas believes that the shift from cognitive-instrumentalist to communicative rationality can be attributed to four factors:

- The concept of *Lebenswelt* as communicative action
- Intersubjective thought patterns as the foundation of communicative rationality
- Emancipatory opportunities in language
- Communicative action as a daily democratic practice

*Lebenswelt* (next called the life-world) is a world in its members and symbolically structured life. Normative structures in the form of values and institutions of a society are elements of the life world. The life-world mindset can be used to view the constantly changing social reality. It is also used as an essential concept for communication act theory. Habermas puts the life world in the symbolic area contained with belief, faith, and knowledge. The life-world can also be understood as a kind of the scope of human life or horizon (border view) for the space for movement. A space helps individuals react spontaneously in every situation or a subconscious background that supports

---

17 J. Habermas, *Theory of Communicative Action*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981.

individuals to respond to their concerns and enables them to overcome life problems, including trivial things.

Due to the limit of the view, the individual can endure his problems quickly, without much questioning. In other words, the life world is a storage pit containing things individuals need in real situations. The recesses enable humans to come to a mutual understanding of good and evil, right and wrong, and honest and dishonest. Finally, the life world is a “background that forms the context of the processes of achieving understanding” through communicative action<sup>18</sup>. Habermas involves a broad range of unspoken conjectures about the common understanding that must exist and be understood together for communication to occur.

The life world enables communicative action. Given that communicative action will result in symbolic reproduction. Symbolic reproduction is what Habermas calls the birth and guarantee of collective certainty, achieving mutual understanding in communicative action. The process of mutual understanding occurs without the intervention of external power. Each participant has the same right to ask questions, doubt, and put forward a position. The benchmark in the process is only a better and more reasonable argument or reason. People are free from coercion and necessity, from the lure of rewards in presenting their ideas. People can put forward ideas according to their life-world beliefs. This process also tests whether people fight for identity and solidarity. That is the process of symbolic reproduction.

As seen, the process is a vehicle in which citizens usually reproduce the values of solidarity and understanding of the life world. Efforts to seek awareness among citizens are increasingly being run over by a system of rules that are anonymous, cold, and intensely colored by the interests of material reproduction. Here there is a system of suppression and exploitation of symbolic reproduction. Habermas refers to this process as life-world pathology.

---

<sup>18</sup> Ibid.

The life-world in this study is Arek Suroboyo, while the objective value of the communication process studied is openness. In Arek Suroboyo's life world, the ratio of instrumentalists has yet to control them; thus, the systematization has not been so coordinated. The system is needed, but the coordinated systematization in the control of the instrumentalist ratio, which only leads to results and goals, clearly becomes a parasite that endangers the life world.

According to Habermas, the first generation of critical theory of the Frankfurt School failed to achieve its initial ideals to become an emancipatory theory. It is because they use the philosophical mindset of human rationality (*Bewußtseinphilosophie*). The subject's position concerning the object can only occur in two relations; knowing and mastering. It can be said that the subject knows the object only to master it. Furthermore, people are finally "forced" to understand human rationality only as instrumental and technical rationality. Therefore, Habermas proposes a change in mindset from the philosophy of rationality to the philosophy of communication. The discourse led Habermas to develop his theory of communicative action <sup>19</sup>.

A subject is always an "inter-subjectivity." So a "communicative action" is not only a necessity but also a productive action. If the subject agrees with Habermas, a consensus is possible. Harmony can be born out of a battle of opinions in which the better argument wins. Habermas rejects the subject-centric philosophy or the so-called philosophy of consciousness, which formulates things in terms of "subject-object" relationships. He offers a philosophy of "intersubjectivity," which is essentially dialogical. According to Habermas, when people communicate, they inevitably assume that they are telling the truth and saying it honestly or sincerely based on normative accuracy. There is an implied validity claim, which is open to criticism.

Communication is action. The rationality produced by communicative action is the rationality that will build a relationship between subjects for un-

---

19 Ibid.

derstanding and mutual acceptance of the issues. It is the change in mindset that Habermas calls the shift from cognitive-instrumentalist rationality to communicative rationality. Subjects no longer deal with the objective world outside of themselves as something known and manipulated but as subjects who can establish intersubjective relationships to understand and accept each other. Humans cannot live with their subjectivity but with "inter-subjectivity," and that "inter-subjectivity" was confirmed by language from the start. Humans cannot avoid language and even are shaped by language. Language is not a monologue but a dialogue.

The sphere that guarantees humans to live in freedom following their ideals becomes a colony for the systematization and rationalization of society. This process strips the legal and economic spheres of the power and essence of language. Whereas as has been shown, language is a means and area of communication action to reach the agreement needed for the integrity of social ties. Politics and economics are replaced by "the language of silence," namely power and money. The operation of energy and money is driven by instrumentalist rationality, inevitably spurring society's systematization into social bureaucratization.

Following developments in the West, social action developed from time to time. There comes a phase where myths and religious interpretations of social events disappear. Humans distinguish between individual and group or institutional movement, value-rationalization, and goal-rationalization.

Habermas left the concept of the individual *à la* liberalism. Individuals in liberalism are imagined as atoms with a universal identity independent of their cultural identity. Liberal societies recognize individuals more as individuals than as members of a group. Each participant in the discourse always departs from their respective cultural contexts. However, Habermas distances himself from the concept of the individual as understood in Asia and Indonesia's communitarian thought.

For Habermas, communitarian individuals rooted in the context of their cultural identity are not a measure of individual identity in complex societies. According to Habermas, cultural identity is only a point of departure, not a standard. The praxis of discursive deliberation encourages participants to overcome their ethnocentric perspective and take on the role of a whole-oriented citizen.

Different from “liberal individuals” and “communitarian individuals” (in this case Arek Suroboyo at UKWMS), “discursive individuals” achieve their identity neither from themselves nor from their existing community but from a process of forming a new identity designed together. This deliberative democracy model offered by Habermas goes beyond the collectivist models. The pluralization of lifestyles has made the absolute values of certain religions and cultures relative to other values, especially the value of openness<sup>20</sup>.

According to Habermas, claims of universal validity inherent in every discourse process will break down the walls of ethnocentrism and broaden the horizon of solidarity to the universal values of humanity contained in human rights. Social integration in complex societies is reproduced in a broader horizon of solidarity<sup>21</sup>.

### **3.3 Emancipatory Opportunities in Languages**

Habermas has one premise that there is something in human language that causes an argument to take effect without being forced: the power of communication<sup>22</sup>. Habermas likens the communicative power to an encircling force that influences the assessment's surroundings. The communication process's purpose in the concept of the life world is to realize the values of the in-

---

20 F. B. Hadirman, *Demokrasi Deliberatif: Menimbang 'Negara Hukum' dan 'Ruang Publik' dalam Teori Diskursus Jürgen Habermas*, Kanisius, Yogyakarta, 2009.

21 Ibid.

22 L. Dahlberg, *The Habermasian public sphere: A specification of the idealized conditions of democratic communication*, in *Studies in social and political thought*, n. 10, 10, 2004, p. 2–18.

tention of the process<sup>23</sup>. According to Habermas, these goal values are not only produced by “normative structures” derived from traditional cultural values but also non-normative requirements of the integration in the communication process or “substratum categories,” which then become a condition for the survival of the communication process<sup>24</sup>. Based on Habermas’ communication theory, language is critical, essential, and even as necessary as human consciousness<sup>25</sup>. It is well known that human consciousness has narrowed into instrumentalist, oppressive and exploitative actions. Therefore, Habermas looks for emancipatory opportunities in language. He explores language potential and tries to show that the ideal communication theory is built from language.

People interact freely (the communication culture in UKWMS) and seek mutual understanding without coercion. *Mündigkeit* or maturity is an understanding that includes ideals, opposites, liberation, and human autonomy. When consciousness allows people to build their philosophy, *Mündigkeit* will enable people to create a communication theory that liberates humans from language interaction. People are not only communicating through language but also performing language actions. There are four kinds of language activities, such as (1) teleological action, (2) normative action, (3) dramatic action, and (4) communicative action<sup>26</sup>.

The first language acts as the desired goal that can be achieved. The criterion of speech is the truth playing a role in achieving goals since it can correctly express the contents of the conversation. Thus, teleological language refers to the objective world. Then, speech acts as a person or group oriented toward the values in the second language action. The language criterion is honesty, which can invite people to adhere to the norms and values. The

23 W. Cao, Communicative rationality and inter-culturality: A symposium with Jürgen Habermas, in *Dao*, n. 1, 1, 2001, p. 73–79.

24 J. Habermas, *Legitimation crisis*, Beacon Press, New York, 1975.

25 J. Habermas, *Communicative Action: Essays on Jürgen Habermas’s The Theory of Communicative action*, The MIT Press, Cambridge, 1991.

26 J. Habermas, *Theory of Communicative Action*, cit.

normative language is used in the second language act since it refers to world values. It is where the life world of transparency is valued in *Arek Suroboyo's* communication culture.

The language criterion is a dramatic seriousness in the language action, which refers to the subjective world. Since language can express itself correctly, language plays the role of convincing the public in a presentation. Furthermore, the third language acts as a subjective self-representation to the audience.

Hereafter, the fourth language action is the communicative language action which plays a role in achieving understanding with mutual understanding criteria. The communicative language refers to and consists of all three language actions that have been mentioned. Since it directly accepts the transparency of the speech, it plays a role in achieving consensus and conformity of opinion. In other words, language utterances do not demand certainty but possibilities that can be disputed and debatable by others; consequently, misunderstandings can happen. However, the communicative goal is to harmonize people's understanding and overcome misunderstandings.

Language has power and essence. Language is a means and area of communication action to reach the agreement needed for the integrity of social ties. The language in politics and economics is only replaced by "silent language," namely power and money. The work of power and money is driven by instrumentalist rationality which inevitably spurred society's systematization into social bureaucratization. With colonization, the life world becomes alienated from itself. Communication within it was broken. Language, the means of communication, is impoverished by the silence and cold calculation of the bureaucracy. Meanwhile, bureaucratic arrangements always try to make the process use the community's efforts. Even honest communication efforts between residents are also instrumented and manipulated.

If it leads to individual interests, the arrangement is only directed at how to increase the usefulness of those individuals. These then lead to collapsing

the social interactions that should occur to build a society in solidarity. The emancipatory lies in the consciousness and common sense that various oppressions may pollute; hence, people can entrust their liberation to language. Since language consists of *Mündigkeit* (maturity) and emancipatory potential, people express what they want and are idealized through language. Thus, language is a rational appliance for communicative action. However, the language is easily manipulated and instrumentalized for specific interests, especially in the field of power in its practice.

### **3.4 The Value of Transparency as an Attitude of Communicative Action**

The transparency value of *Arek Suroboyo* was born from the impact of a port city, where various ethnic groups encounter migrants from multiple places<sup>27</sup>. *Arek Suroboyo's* transparency value is the spirit of accepting the uniqueness and diversity of each person from various locations. The value of transparency also puts other human beings equally to try and live together with all the peculiarities and cultures. *Arek Suroboyo's* transparency is also a spirit of accepting the acculturation of cultural values in Surabaya society. *Arek Suroboyo's* transparency negates the domination and hegemony of specific cultures. Everyone is welcome to attend and live in Surabaya as long as their presence does not dominate and intimidate the other communities. The value of transparency is an attitude of communicative action, according to Habermas. *Arek Suroboyo's* transparency value at Widya Mandala Catholic University Surabaya can be the parameter for the central values of UKWMS, where researchers use Jurgen Habermas's term as "validity claims" that people must speak correctly, honestly, and precisely.

*Arek Suroboyo* at UKWMS, who has the value of transparency, can communicate in the sense of generating these claims. Habermas calls it "communicative competence." Furthermore, it expresses what *Arek Suroboyo*

---

<sup>27</sup> E. Jauhari, Kritik dalam Masyarakat Budaya Arek di Surabaya: Kajian Sosiopragmatik terhadap Pemakaian Bahasa sebagai Sarana Kontrol Sosial, Universitas Sebelas Maret.



said: honesty, not lying, appropriate, reasonable, and following the assumed norms.

The keyword in Habermas' language act of communication is mutual understanding<sup>28</sup>. The process of mutual understanding always occurs in communicative actions. Furthermore, to implement and achieve the objectives, each subject side must adhere to the prerequisites as follows; (1) the speaker's speech must be understandable; (2) the speech must stimulate the listener to understand what it means. Each participant is exchanging their understanding, normative experience, and beliefs here. The agreement will be criticized in terms of truth; the normative expertise will assess the goodness, and beliefs will be seen as insincerity. Thus, people no longer want to achieve goals but an understanding. When this happens, an agreement will be reached and be able to realize through communicative reality.

Communicative action is communication that uses language and social activity that leads to the goal and achieves an understanding of something being discussed<sup>29</sup>. The communicative actions are about questioning, criticizing, and summarizing the topic of conversation in the process of achieving mutual understanding. This action does not negate the calculation of the ego interests of each participant, the norms held by each participant, and the beliefs involved in it.

Arek Suroboyo's communication culture has yet to show that they stay away from debate and rational reasoning and do not care about the demands of truth. However, they communicate sincerely and honestly to justify the results with reason.

#### **4. Conclusion**

Although Jürgen Habermas does not exist in *Arek Suroboyo's* communication culture, especially regarding transparency, Habermas's theory

---

<sup>28</sup> D. Horster, Habermas zur Einführung, Junius, 1999.

<sup>29</sup> J. Johnson, Habermas on Strategic and Communicative Action, in *Political Theory*, n. 19, 2, 1991, p. 181–201.

of communication actions can dissect and reveal the value of openness in *Arek Suroboyo's* communication. This research indicates that mutual understanding is the basis of *Arek Suroboyo's* transparency value, and the context of communicative action is not based on democracy like Habermas but on the equality and equality of *Arek Suroboyo*.

Unlike his life, Habermas has a rational-conceptual path; *Arek Suroboyo's* transparency value is in a living world implemented through the aesthetic-creative. The aesthetic-creative attitude uses language and sense intuition, bringing *Arek Suroboyo's* communication into the importance of transparency. Through intuition and taste, *Arek Suroboyo* applies and meets the importance of openness that remains life and exists. The authors should be more focused on the value of transparency to find the value practice from *Arek Suroboyo* and make it end.

In addition, *Arek Suroboyo's* transparency value was rationalized according to Habermas's Max Weber classification of rationality regarding the communicative action, which is a social act, and included as a traditional action. This type of social action is non-rational since *Arek Suroboyo* communicates without conscious reflection or planning.

The paper identified communication delivers messages from communicators to communicants directly or through the media to achieve specific effects. The main characteristic of the communication act is the relationship between each subject. The message may be hidden in non-verbal behavior, such as voice intonation, body posture, facial expressions, eye gaze, or even physical contact.

The paper demonstrates that Jürgen Habermas's theory of communication actions can dissect and reveal the value of openness in *Arek Suroboyo's* communication. This research indicates that mutual understanding is the basis of *Arek Suroboyo's* transparency value. The discussion above highlights the value of transparency is an attitude of communicative action, according to Jur-

gen Habermas. Arek Suroboyo's transparency negates the domination and hegemony of specific cultures. Everyone is welcome to attend and live in Surabaya as long as their presence does not dominate and intimidate other communities. Communicative actions are about questioning, criticizing, and summarizing the topic of conversation in the process of achieving mutual understanding. Suroboyo's communication culture has yet to show that they stay away from debate and rational reasoning and do not care about the demands of truth. However, they communicate sincerely and honestly to justify the results with reason.

## 5. References

F. Abadi, The Influence of Communication and Competence on the Commitment Which Has Impacts on the Organizational Citizenship Behavior, in *Jurnal Manajemen Strategi dan Aplikasi Bisnis*, n. 4, 1, 2021, p. 35–42

S. Baran, *Pengantar Komunikasi Massa Melek Media dan Budaya*, Erlangga, 2012

W. Cao, Communicative rationality and inter-culturality: A symposium with Jürgen Habermas, in *Dao*, n. 1, 1, 2001, p. 73–79

L. Dahlberg, The Habermasian public sphere: A specification of the idealized conditions of democratic communication, in *Studies in social and political thought*, n. 10, 10, 2004, p. 2–18

P. Duelund, Jürgen Habermas, The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society, in *International Journal of Cultural Policy*, n. 16, 1, 2010, p. 26–28

J. Habermas, *Legitimation crisis*, Beacon Press, New York, 1975

J. Habermas, *Theory of Communicative Action*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981

J. Habermas, *Communicative Action: Essays on Jürgen Habermas's The Theory of Communicative action*, The MIT Press, Cambridge, 1991

J. Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, The MIT Press, Cambridge, 1991

F. B. Hadirman, *Demokrasi Deliberatif: Menimbang 'Negara Hukum' dan 'Ruang Publik' dalam Teori Diskursus Jürgen Habermas*, Kanisius, Yogyakarta, 2009

E. T. Hall, *The Silent Language*, Doubleday, Garden City, New York, 1976

F. B. Hardiman, *Menuju Masyarakat Komunikatif*, Kanisius, 1993

D. Horster, *Habermas zur Einführung*, Junius, 1999

E. Jauhari, *Kritik dalam Masyarakat Budaya Arek di Surabaya: Kajian Sosiopragmatik terhadap Pemakaian Bahasa sebagai Sarana Kontrol Sosial*, Universitas Sebelas Maret

J. Johnson, *Habermas on Strategic and Communicative Action*, in *Political Theory*, n. 19, 2, 1991, p. 181–201

P. Kotler-K. L. Keller, *Marketing Management*, Pearson Education, inc., New Jersey, 2012

A. Liliweri, *Dasar-Dasar Komunikasi Antar Budaya*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2012

S. Moerdijati, *Pengantar Ilmu Komunikasi*, Revka Petra Media, Surabaya, 2012

D. Mulyana, *Ilmu Komunikasi Suatu Pengantar*, Remaja Rosda Karya, Bandung, 2007

R. E. Palmer, *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*, Northwestern University Press, 1969

M. J. Papa-A. Singhal-S. Law-S. Pant-S. Sood-E. M. Rogers-C. L. Shefner-Rogers, *Entertainment-Education and Social Change: An Analysis of Parasocial Interaction, Social Learning, Collective Efficacy, and Paradoxical Communication*, in *Journal of Communication*, n. 50, 4, 2000, p. 31–55

J. Peacock, The Silent Language, in *College Composition and Communication*, n. 22, 2, 1971, p. 137

M. Pusey, *Jurgen habermas*, Routledge, England, 2002

G. Remer, Genres of political speech: Oratory and conversation, today and in antiquity, in *Language & Communication*, n. 28, 2, 2008, p. 182–196

A. Ryadi, Hybrid Solidarity Arek Surabaya Solidarity Shift in the Post Reformation Era in Indonesia, in *Ruch Biblijny i Liturgiczny*, n. 74, 2, 2021

F. M. Suseno, 75 Tahun Jürgen Habermas, in *Basis*, 2004, p. 4

C. J. Uhlener, “Relational goods” and participation: Incorporating sociality into a theory of rational action, in *Public Choice*, n. 62, 3, 1989, p. 253–285



**KAMAL YAZZIF & AHMED EL BADMOUSSI & BASMA EL OUAGHLIDI &  
ABDERRAHMANE OUDDASSER**

Kamal YAZZIF Doctorant-Chercheur en Sciences de Gestion à l'école supérieure de  
technologie-Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès-  
Laboratoire de recherche Technologies et Services Industriels (LTSI)  
*kamal.yazzif@usmba.ac.ma*

Ahmed EL BADMOUSSI Doctorant-Chercheur en Sciences juridiques de FSJES -Université Sidi  
Mohamed Ben Abdellah de Fès-  
Laboratoire de recherche en études politiques et relations internationales contemporaines  
*Abmedelbadmoussi17@gmail.com*

Basma EL OUAGHLID Doctorante-Chercheur en Sciences de Gestion à l'école supérieure de  
technologie-Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès-  
Laboratoire de recherche Technologies et Services Industriels (LTSI)  
*Elouaghlidi.basma@yahoo.fr*

Abderrahmane OUDDASSER Enseignant-Chercheur en Sciences de Gestion à l'Ecole  
Supérieure de Technologie-Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès-  
Laboratoire de recherche Technologies et Services Industriels (LTSI)  
*abderrahmane.ouddasser@usmba.ac.ma*

## **LE SYSTÈME DE GESTION INTÉGRÉE DE LA DÉPENSE: INSTRUMENT CLÉ DE LA MODERNISATION DU SECTEUR PUBLIC AU MAROC**

### RÉSUMÉ

Ces dernières années, certains pays ont engagé un processus de modernisation à grande échelle du secteur public, qui se traduit par une forte volonté d'améliorer l'efficacité de la gestion des finances publiques. Au Maroc, depuis l'indépendance, les pouvoirs publics du pays n'ont cessé de promouvoir des projets de réforme budgétaire. L'évaluation des performances dans le secteur public est devenue nécessaire pour créer une gestion efficace et un climat de confiance pour les investisseurs, les consommateurs et les partenaires.

Par conséquent, cet article traite la technique de la bonne gouvernance à travers une étude pratique portant sur le système de gestion intégrée des dépenses nommé GID au sein des organisations publiques Marocaines.

L'objectif principal est de démontrer l'impact de la transformation digitale sur la gestion budgétaire et comptable du secteur public à travers l'utilisation du sy-

système de gestion intégrée des dépenses GID , qui ajoute une valeur considérable et contribue à l'amélioration de la performance et de la qualité des organisations publiques Marocaines.

A travers les enquêtes menés auprès des utilisateurs de ce système GID dans différents organismes publics, ce dernier leur a permis de simplifier les procédures de gestion, de la dépense et de connaître en temps réel et avec précision l'information budgétaire et comptable surtout pour les décideurs. Ce système regroupe tous les processus de la chaîne de la dépense et l'intègre dans un seul système.

Dans cet article, nous essayerons, dans une première partie de présenter le contexte de la recherche et le cadre juridique. Dans une deuxième partie, nous procéderons à la description du GID ainsi que la présentation et discussions des résultats du travail sur terrain à travers une méthodologie qualitative basée sur l'introduction d'un entretien semi directif auprès des utilisateurs de ce système.

#### ABSTRACT

In recent years, some countries have embarked on a large-scale public sector modernization process, with a strong commitment to improving the efficiency of public financial management. In Morocco, the government has been promoting budget reform projects since independence. Performance evaluation in the public sector has become necessary to create effective management and confidence for investors, consumers, and partners.

Therefore, this paper deals with the technique of good governance through a practical study of the integrated expenditure management system called GID in Moroccan public organizations.

The main objective is to demonstrate the impact of digital transformation on public sector budgeting and accounting through the use of the GID integrated expenditure management system, which adds considerable value and contribu-



tes to improving the performance and quality of Moroccan public organizations.

Through surveys conducted among users of this GID system in different public organizations, the latter has enabled them to simplify management procedures, and expenditures and to know in real-time and accurately budgetary and accounting information, especially for decision-makers. This system brings together all the processes of the expenditure chain and integrates them into a single system.

In this article, we will try, in the first part, to present the context of the research and the legal framework. In the second part, we will proceed to the description of the GID as well as the presentation and discussion of the results of the fieldwork through a qualitative methodology based on the introduction of a semi-directive interview with the users of this system.

MOTS CLÉS: Performance, Secteur public, Gestion budgétaire, système d'information.

KEYWORDS: Performance, Public Sector, Budget Management, Information System.

INDEX: 1. Introduction. - 2. Contexte de la recherche des systèmes d'information dans le monde. - 3. GID instrument de la réforme budgétaire dans le secteur public au Maroc. - 4. le cadre juridique de système de la gestion intégré de la dépense au Maroc. - 5. Description et fonctionnalités du système de la gestion intégré de la dépense au Maroc. - 6. Présentation de l'étude qualitative et discussion des résultats. - 6.1 Méthodologie de recherche. - 6.2 Présentation de la méthode de recherche. - 6.3 Procédure de gestion des entretiens semi directives. - 6.4 Analyse et discussion des résultats de l'enquête. - 7. Conclusion. 8. Références

## 1. Introduction

Au cours de la dernière décennie, le Maroc a soutenu l'émergence de vastes réformes administratives visant à accompagner les changements profonds que le secteur public a connus dans l'ère dynamique induite par la nouvelle gestion publique (NMP), qui est envisagée aujourd'hui. Dans le cadre macroéconomique marqué par la crise financière mondiale, la propagation du corona virus, l'augmentation des prix et les circonstances de la guerre en Ukraine et ses performances négatives sur le commerce international, soutenir l'émergence et la transformation de la compétitivité, de la structure économique nationale, et promouvoir tous les aspects d'un développement pleinement inclusif pour les

partenaires économiques, notamment l'Union européenne (Dr. Kissi Fadia, 2018). Le contrôle de gestion s'est développé au fil des ans et a évolué en fonction des besoins des grandes entreprises (Snoussi et El Hamma, 2022)

Dans le contexte de la modernisation de l'administration publique marocaine et dans le but de renforcer son efficacité et son efficience, le gouvernement marocain a mis en place une réforme budgétaire axée sur les résultats et la recherche de la performance en adoptant un système de gestion budgétaire qui vise l'amélioration des prestations du service public. On parle ici du système de gestion intégrée de la dépense (GID), un socle fonctionnel de mise en œuvre des réformes budgétaires censé d'accélérer et fiabiliser les procédures budgétaires et comptables existantes.

La mise en œuvre des systèmes d'informations ajustés et opérationnels est considérée comme une condition essentielle pour la réussite de la réforme budgétaire, d'où se dérive notre première hypothèse qui précise qu'une bonne démarche d'adoption du système de gestion intégrée des dépenses GID permet de garantir son efficacité, (Gervais, 2000) précise que la préparation, l'exécution et l'évaluation constituent des conditions nécessaires pour ce faire. Nous proposons notre deuxième hypothèse sur l'impact du système GID, du fait que ce système grâce à ses solutions numériques permet l'amélioration de la performance des organisations publiques.

Dans cet article, nous avons présenté l'expérience du Maroc en matière de réforme budgétaire, mis en évidence son axe principal et les défis qui doivent être résolus pour parvenir à une gestion budgétaire réussie et efficace, ainsi que les perspectives d'avenir basées sur les dernières technologies et solutions informatiques. Nous avons commencé une recherche pratique avec les utilisateurs du système de gestion intégrée de la dépense du secteur public. La recherche reflète l'impact de la transformation numérique sur la gestion budgétaire et comptable du secteur public grâce à l'adoption du système GID, et dans

quelle mesure cela contribue-t-il à la performance de l'organisation publique marocaine.

## **2. Contexte de la recherche des systèmes d'information dans le monde**

La forte évolutivité des activités et des métiers motive les organisations à développer des systèmes d'information. Dans de nombreuses organisations, ces développements sont un phénomène plutôt que volontaire et concomitant. C'est ainsi que M. Lafitte (2003) souligne que « le système d'information est un ensemble complexe, souvent hétérogène car il est constitué d'éléments qui se sont juxtaposés au fil du temps au gré des choix stratégiques, des évolutions technologiques des systèmes informatiques mis en place, du développement de l'organisation elle-même ».

Ainsi, les systèmes d'information recouvrent une série de tâches cohérentes, souvent imbriquées, qui contribuent à l'atteinte d'objectifs clairement identifiés. Ce processus permet de transformer des données en information avec comme finalité d'aider à la prise de décision nécessaire aux utilisateurs et à la stratégie de l'entreprise (D. Autissier, V. Delaye, 2008). A ce titre, elle peut informer les différents acteurs de l'entreprise, elle se compose donc d'un ensemble de moyens, de ressources et d'éléments afin de :

- Recueillir (collecter, saisir),
- Traiter (extraire une information pertinente, calculer),
- Stocker (mémoriser),
- Diffuser de l'information (communiquer).

## **3. GID instrument de la réforme budgétaire dans le secteur public au Maroc**

Le projet de gestion Intégrée de la Dépense s'inscrit dans un vaste mouvement de modernisation de l'administration publique. Le projet GID initié par la Trésorerie Générale du Royaume est non seulement un outil informatique de gestion des dépenses, mais aussi une base pour la mise en œuvre des réformes

budgétaires. C'est un outil intégré qui garantit la qualité à tous les acteurs de la dépense publique et un outil qui peut apporter informations en temps réel requises par les décideurs et les ordonnateurs (étude d'évaluation de la gestion des systèmes de finances publiques, 2007) .

En 2005, le gouvernement a décidé de mettre en place ce projet appelé « Gestion Intégrée des Dépenses » sur proposition et recommandation de l'Inspection Générale des Finances.

Dans le cadre d'une réforme majeure de modernisation et de promotion de la bonne gouvernance, le projet GID se veut un outil facilitateur de la gestion rationnelle des dépenses publiques grâce à l'utilisation efficace des nouvelles technologies de l'information et de la communication (Marouane BELHAMRA, Souad GUELZIM, 2020). La mise en place du Système Intégré de Gestion des Dépenses GID permettra d'optimiser la gestion des dépenses publiques dans des conditions optimales de fiabilité, de rapidité et d'efficacité.

Dans le cadre des efforts de la Trésorerie Générale du Royaume dans le domaine de la gestion numérique, un certain nombre d'actions innovantes ont été menées pour répondre aux normes élevées de la gestion électronique moderne. À cette étape, plusieurs projets ont vu le jour, comme le système de gestion intégrée des dépenses (GID), qui s'est avéré être un outil très important dans le processus de gestion des dépenses publiques (EL MAATAOUI, 2001).

Le projet s'inscrit dans le processus global de modernisation du gouvernement marocain, son objectif principal est de réduire la structure, de simplifier les procédures et de réduire les coûts de contrôle et constitue aujourd'hui un défi à relever pour améliorer la gouvernance financière et répondre aux nouvelles exigences de l'environnement du secteur public (Bion, Jean-Yves, Moqua, Patrick, 2005).

Le projet est initié par la Trésorerie Générale du Royaume et constitue la véritable base de mise en œuvre des réformes budgétaires.

Le projet de Gestion Intégrée des Dépenses (GID) entre dans le chantier global de modernisation de l'administration marocaine. Son objectif principal est de réduire la structure, simplifier les procédures et réduire les coûts de contrôle. Les dépenses publiques ont mobilisé un grand nombre d'agents (environ 13 000 personnes) pour participer à 1 800 agences de service national à travers le pays et les ambassades et consulats à l'étranger (Revue de la Trésorerie Générale du Royaume - N° 8 Août 2011). Nous avons remarqué que ces fonctionnaires ont d'énormes différences dans l'utilisation des technologies de l'information, et il y a un manque total de coordination et un faible degré d'intégration entre les différents intervenants dans les dépenses publiques.

La lourdeur et la complexité des procédures de dépenses ont entraîné l'allongement du coût et du délai de mise en œuvre de l'ordre public, ainsi que le retard dans l'établissement des comptes administratifs (DKIER Youssra, 2020). La mise en place du système GID doit fournir un outil de gestion efficace pour les différentes parties prenantes dans le processus d'exécution des dépenses, et leur permettre d'exercer les fonctions de base de gestion des dépenses publiques et de mise en œuvre de la politique économique nationale.

#### **4. le cadre juridique de système de la gestion intégré de la dépense au Maroc**

Compte tenu de l'évolution des systèmes d'information de l'administration marocaine, le Maroc a adopté une approche progressive et progressiste dès les premières années d'informatisation. En effet, le système GID a évolué tout au long de l'évolution du gouvernement marocain, accompagnée d'évolutions réglementaires. Compte tenu de son mandat inter fonctionnel de contrôle et de paiement des dépenses publiques, TGR a été nommé partenaire principal pour guider la mise en œuvre du projet (BENSOUKANoureddine, 2020). Cette évolution s'est accompagnée de plusieurs changements juridiques.

- Le gouvernement marocain a décidé en 1998 sur recommandation de l'inspection général des finances (IGF) de mettre en place un Projet de Gestion Intégrée des Dépenses ;

- Création du projet GID en application de la Circulaire du Premier Ministre n° 14/2005 du 8 septembre 2005 ;

- Circulaire du Ministre des Finances n° 2/09/TGR du 13 juillet 2009 portant annulation de certains actes budgétaires et comptables dans le système GID ;

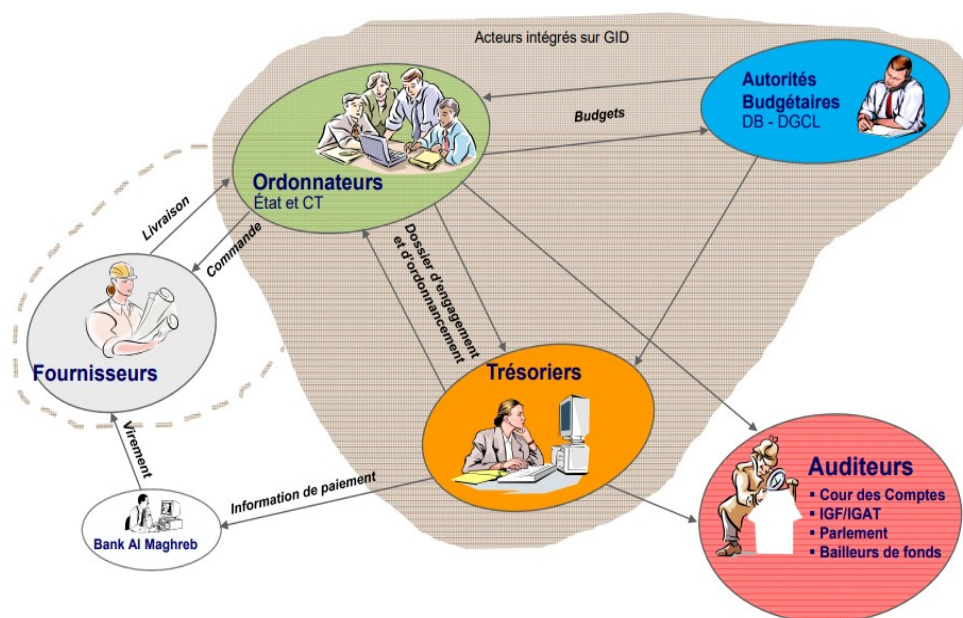
- - La loi organique n° 130-13 relative à la loi de finances institue l'approche par la performance comme outil d'articulation du budget, qui s'inspire d'un cadre logique fondé sur la réflexion stratégique menée par les cadres de l'État lors de l'élaboration des plans gouvernementaux. En effet, l'identification des priorités nationales et des orientations générales permet aux ministères d'élaborer leurs stratégies sectorielles selon les orientations précitées, en plus de traduire cette stratégie en items de performance résumant l'ensemble des programmes soutenus par chaque secteur. Le ciblage par le biais de programmes et d'indicateurs de suivi connexes peut résoudre les désaccords sur les politiques publiques (BRAULT et GIGUERE, 1997). Le mode de sélection des stratégies sectorielles ne repose pas sur une analyse rigoureuse des opportunités économiques, sociales et financières du projet, conduisant au constat d'objectifs démesurés liés au contexte politique et à la capacité financière De l'Etat (Brahim ARJDAL, 2010). Outre le succès de cette approche de la gouvernance, cela signifie un engagement croissant de la part du Parlement pour assurer un budget adéquat et assurer un niveau élevé de croissance économique et davantage d'opportunités socio-économiques.

## 5. Description et fonctionnalités du système de la gestion intégré de la dépense au Maroc

Dans le cadre des efforts consentis par la Trésorerie Générale du Royaume dans le volet de la numérisation de l'administration, plusieurs actions innovantes ont été entreprises pour se mettre au diapason des hauts standards de l'administration électronique moderne. C'est alors que plusieurs projets ont vu le jour, comme l'illustre le système de la Gestion Intégrée de la Dépense (GID), qui s'est montré un outil incontournable dans le processus de la gestion de la dépense (Mimoun Lmimouni, 2008).

GID est basé sur une architecture centralisée, répond à une vision cohérente de toute la chaîne d'exécution de la dépense. En effet il implique tous les acteurs intervenant dans le processus de ladite dépense, à savoir les services ordonnateurs et les comptables assignataires, il concerne tous les supports budgétaires gérés par les organismes publics (le budget principal, les budgets annexes, les comptes d'affectation spéciale et les comptes de dépenses sur dotation).

Figure 01 : Vue d'ensemble du GID



Source : le site officiel de la TGR

Les principes directeurs qui régissent le développement des systèmes GID s'articulent autour de quatre axes fondamentaux (BENSOUA Nouredine, 2020) :

Figure 02 : Interface du GID



Source : le site officiel de la TGR

- Répondre aux besoins spécifiques des utilisateurs avec une attitude pragmatique ;
- Outil simple, évolutif et durable pour chaque participant
- l'utilisation par l'utilisateur de divers outils ;
- Mise en place progressive des ressources existantes ou de ce que chaque partenaire acquiert ;
- Études de conception.

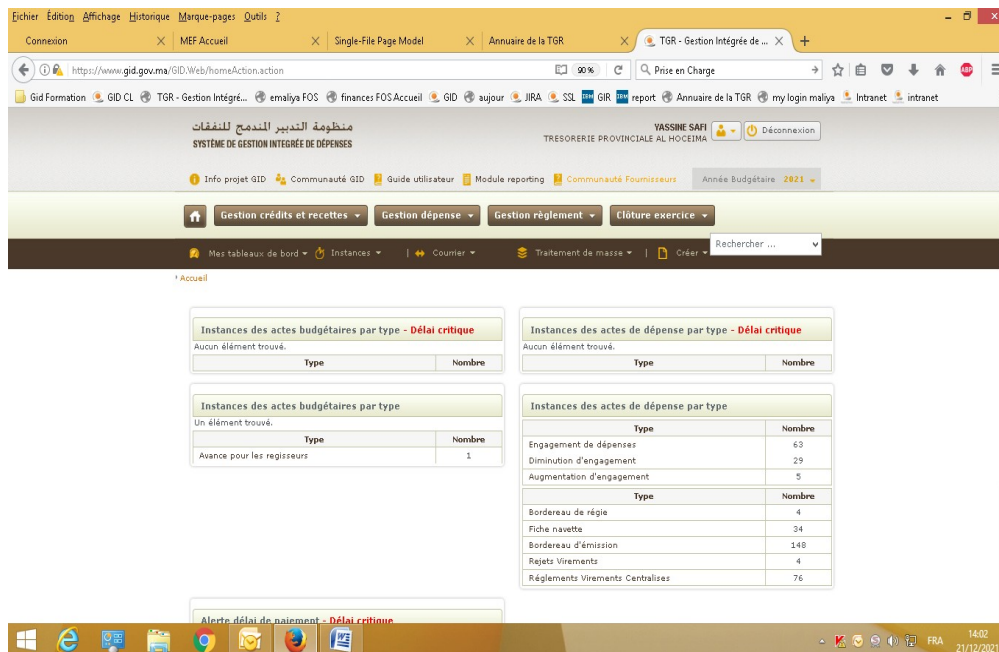
Les études de conception initiées précédemment ont abouti à :

- Concept de dépenses unifié ;
- Conceptualisation et formalisation des procédures de dépenses ;
- Développement d'un référentiel de communication unifié ;



- Déterminer les mesures d'accompagnement nécessaires à la mise en œuvre du GID.

Figure 03 : Fonctionnalité du GID



Source : le site officiel de la TGR

#### Etapas du projet

La mise en œuvre du système GID recouvre :

- La conduite d'une étude complémentaire afin d'incorporer les nouveaux besoins et les nouvelles orientations stratégiques ainsi que les nouvelles performances techniques ;
- La ré-ingénierie des procédures ;
- La réalisation d'une cartographie de l'environnement informatique à savoir : les infrastructures techniques, les solutions-applicatifs et les ressources humaines dédiées à l'exécution de la dépense ;
- La mise en place d'une plate-forme de messagerie commune avec l'adoption d'un référentiel de communication partagé pour faciliter l'échange de données ;

- La conception et la mise en place d'un système unique de gestion centralisée, dédié aux ordonnateurs et intégré au système de communication GID ;

- La mise en œuvre de GID-cible, qui se veut une application unique pour l'ensemble des acteurs de la dépense publique, favorisant une meilleure prise de décision sur la base d'une information disponible en temps réel

Avec en parallèle, pour accompagner la mise en œuvre du système

- Un programme de formation à destination des utilisateurs du systèmes ;

- Une stratégie de communication pour la promotion du système ;

- Une stratégie de conduite de changement pour la gestion de la transition dans les meilleures conditions de mobilisation et d'adhésion, nécessaires à la réussite de l'implantation du système GID.

## **6. Présentation de l'étude qualitative et discussion des résultats**

### **6.1 Méthodologie de recherche**

Dans cette section, nous intéressant à la méthodologie de recherche mise en œuvre dans cet article. Nous détaillerons en premier lieu la méthode de recherche qualitative, qui nous a semblé la plus approprié, à la fois pour la nouvelle thématique de gestion intégrée de la dépense dans les organisations publiques marocaines et pour notre question de recherche. En deuxième lieu, nous présenterons les items du questionnaire et nous expliquerons la procédure de sa distribution

### **6.2 Présentation de la méthode de recherche**

Dans le but d'assurer un maximum d'homogénéité et de cohérence et dans un souci de précision des interprétations que nous tenterons de donner aux interactions observées (Thiétart et coll., 2003), nous nous sommes focalisés sur l'étude des organisations publiques.

Suite aux réformes budgétaires et administratives, la manière dont les organismes publics sont gérés et organisés a considérablement changé. Cette évo-

lution a fait apparaître de nouvelles exigences sur les méthodes de contrôle de gestion budgétaire et comptable au sein des organisations publiques et a accru le besoin de mise en place des systèmes de gestion et des solutions informatiques développés par des chercheurs et des professionnels des sciences de gestion. Ainsi, ces réformes contribuent à créer un environnement particulièrement favorable à nos recherches et nous aident à orienter rapidement nos idées vers cette catégorie organisationnelle.

Sur le plan méthodologique, nous nous basant sur une démarche de la recherche qualitative est clairement axée sur l'implication personnelle et les interrelations des participants au phénomène social observé (Morgan, 1980), l'objectif de notre recherche est d'analyser la question de l'impact de la transformation digitale sur la gestion budgétaire et comptable du secteur public à travers l'adoption d'un système de gestion intégrée de la dépense (GID) en tant que facteur clé de résilience en contexte de crise, et à quel degré ceci peut – il contribuer à la performance des organisations publiques marocaines ? Pour bien comprendre ce thème, nous nous sommes basés sur une approche qualitative (Symon et Cassell, 1994) à travers des entretiens semi-directifs dont l'objectif est de mieux comprendre l'introduction du système GID dans le contexte marocain et plus précisément au sein des organisations publiques. Pour bien mener les entretiens nous avons préparé un guide composé des questions généralement ouvertes et qui a été destiné aux utilisateurs de ce système (Fryer, 1991). Nous avons ciblé une vingtaine des différents usagers appartenant à des organisations publiques différentes.

Notre analyse du terrain s'est effectuée en deux étapes. Lors de la première étape, nous avons commencé par une recherche exploratoire à l'observation des pratiques de gestion des services des organisations. Nous avons ainsi pris contact avec les intervenants et les différents utilisateurs chargés de la mise en œuvre des programmes de gestion budgétaires et comptables et censés adopter des outils du contrôle de gestion et/ou du pilotage de la performance

dans leurs pratiques. Cette première étape avait pour but de recueillir un ensemble de données techniques et de nous familiariser avec les pratiques et langages de notre terrain de recherche. Le choix de notre approche méthodologique est justifiée par F.Wacheux, (1996) qui affirme que l'entretien et la documentation sont « deux sources incontournables lorsque l'on s'intéresse aux acteurs, à l'organisation et aux comportements des acteurs dans l'organisation » Deux conclusions principales ont pu être tirées à l'issue de cette première étape : la première est la méconnaissance de la majorité des fonctionnaires de l'existence d'un système de gestion intégrée de la dépense au sein des organisations étudiée, la deuxième est l'insuffisance des outils de mise en œuvre chez la majorité des acteurs interviewés. La deuxième étape consistait en une analyse plus approfondie de mise en place d'un système informatisée baptisée GID au sein de ces organisations. Cette analyse est basée sur la conception, la distribution et l'interprétation des entretiens semi directifs, élaboré sur la base des données de la première phase, a été administré auprès des ordonnateurs et des sous ordonnateurs, des responsables en générales (chefs de département, chefs de division et de services), des cadres et techniciens, des régisseurs utilisateur de ce système. À travers cette étude, notre but est de :

- Chercher les obstacles devant la mise en place d'un système de gestion intégrée de la dépense dans les organismes publics marocaines
- Diagnostiquer les indicateurs de performance proposés par nos interlocuteurs pour enrichir l'adoption de système au sein de l'administration publique.
- Analyser L'impact de l'absence des outils de travail et de mise en œuvre du système sur la performance de l'organisation.
- Proposition des recommandations et des perspectives futures pour rendre le système GID plus efficace et performant sur la gestion de l'administration publique marocaine.

### 6.3 Procédure de gestion des entretiens semi directives

Après avoir défini la population et préparé le guide des entretiens semi directives, nous avons procédé à sa distribution auprès des personnes participantes que nous avons choisies selon deux critères :

- Être responsable d'une manière générale d'une organisation publique.
- Être cadre, technicien ou régisseur (utilisateur du système)

Pour garantir la fiabilité des entretiens, nous avons porté une attention particulière à certains critères, en l'occurrence, la compréhension des questions par les répondants, l'enregistrement fidèle de l'information et la disponibilité des participants.

Afin d'analyser le contenu des réponses des interviewés, nous avons utilisé le logiciel NVIVO. En effet, sur la base d'une analyse thématique, nous avons pu déterminer les thèmes les plus cités dans les entretiens. Par conséquent, notre analyse se concentrera sur quatre thèmes(Grawitz, 1996).

Tableau 1 : Echantillon d'étude

<b>Enquêtés</b>	<b>Age</b>	<b>Poste occupé</b>	<b>Nombre d'année d'utilisation GID</b>
Enquêté 1	45	Comptable	2
Enquêté 2	39	Chef de service	3
Enquêté 3	34	Fournisseur	6
Enquêté 4	42	Comptable	4
Enquêté 5	36	Régisseur	5
Enquêté 6	48	Chef de service	2
Enquêté 7	41	Régisseur	8
Enquêté 8	39	Régisseur	5
Enquêté 9	35	Chef de service	3
Enquêté 10	29	Comptable	1
Enquêté 11	38	Régisseur	7
Enquêté 12	52	Sous ordonnateur	7
Enquêté 13	43	Chef de service	5
Enquêté 14	49	Fournisseur	2
Enquêté 15	50	Chef de service	14
Enquêté 16	35	Comptable	2
Enquêté 17	37	Chef de service	5
Enquêté 18	44	Chef de service	7
Enquêté 19	37	Chef de service	7

Enquêté 20	40	Chef de service	4
------------	----	-----------------	---

Source: Les auteurs

La perspective de la recherche qualitative est clairement axée sur l'implication personnelle et les interrelations des participants au phénomène social observé (Morgan, 1980).

La méthode adoptée est l'analyse de contenu pour le traitement des discours collectés, cette méthode, selon (Thiétard, 2003), repose sur le constat que « la répétition d'unités d'analyse du discours (mots, expressions ou significations similaires, phrases, paragraphes) révèle les centres d'intérêt, les préoccupations des auteurs de discours ». Cette étude nous a permis de déduire les résultats suivants :

#### **6.4 Analyse et discussion des résultats de l'enquête**

Avant de préciser les impacts du GID sur la performance de la gestion budgétaire, il s'avère nécessaire de se pencher sur le rôle de l'utilisation du GID dans l'implantation, la performance, ainsi que la conduite et la manipulation du changement émanant de l'utilisation de ce système au sein des organisations publiques (Padgett, 2004). L'analyse textuelle des discours interviewés nous a permis de déduire certains termes souvent utilisés, le tableau suivant montre la fréquence d'utilisation de ces derniers :

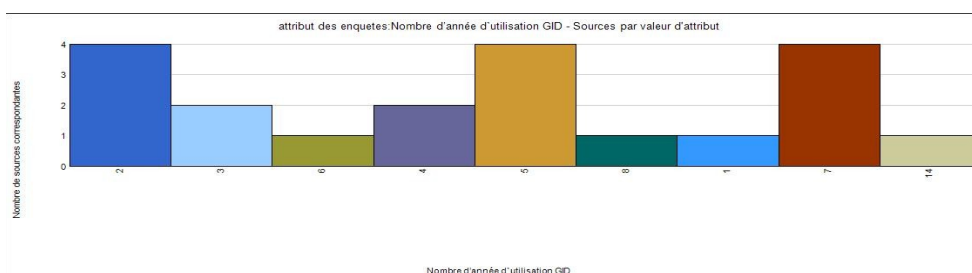
Tableau 2 : Requête des mots fréquents

<b>Mot</b>	<b>Nombre</b>	<b>Pourcentage pondéré (%)</b>
L'administration	64	0.61
Manipulation	64	0.61
Budgétaire	51	0.49
Compétences	51	0.49
Performance	41	0.39
Inconvénients	40	0.38

Source : étude empirique, analyse Nvivo

A travers ce tableau on voit bien que ces mots (Manipulation, Compétences, accompagnement, Performance, Inconvénients) sont utilisés par les utilisateurs et les responsables interrogés, il convient donc de faire une analyse de contenu qui permettra de préciser où se trouvent ces mots si ces termes sont référencés dans leur contexte, et si ces termes reflètent adéquatement le rôle d'un système intégré de gestion des dépenses dans l'orientation et le soutien des changements causés par la mise en œuvre du GID, a représenté le premier axe d'intérêt pour nos entretiens. Pour cela, nous avons choisi l'analyse arborescente (synapses) pour pouvoir construire chaque terme dans un contexte bien précis, en montrant à la fois les phrases qui le précèdent et celles qui le suivent. Bien que des responsabilités soient attribuées à divers intervenants pour assurer une bonne gestion des tâches, ils se voient responsable de conduire et d'accompagner a bien le changement dans les pratiques de la gestion budgétaire induit par l'instauration du GID et garantir sa réussite, d'où vient notre choix d'interviewer les utilisateurs des différentes organisations publiques.

**Figure 04 : attribut des enquêtés Nombre d'année d'utilisation GID - Sources par valeur d'attribut**

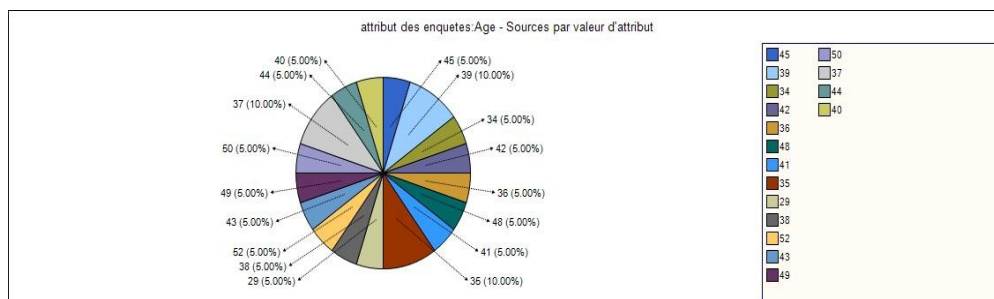


La figure 04 indique que les utilisateurs et les responsables des organismes publics interrogés ont confirmé qu'il y avait un réel changement dans les pratiques et les tâches quotidiennes de l'utilisation du système GID, ils ont précisé qu'avant l'introduction du GID le traitement de données était fait manuellement, l'archivage sous forme de papier, les tâches administratives étaient

lourdes et consommaient énormément de temps avec un risque d'erreur élevé, même avec l'utilisation des outils et application informatiques (Excel, Oracle, Arc système, etc.) Un chef de service de contrôle et paiement des dépenses de l'Etat et CT a la trésorerie provinciale d'Al Hoceima a déclaré : « Avant ce changement et vu la difficulté de traitement de données tous les taches étaient manuelles, et les écritures sur des registre ».

Le GID propose diverses solutions numériques pour simplifier et révolutionner les processus de travaux de la fonction de gestion budgétaires, les utilisateurs du système ont abordé l'utilisation du module Gestion des marches, le module de bon de commande qui permet la gestion de tous documents administratifs et la facilité d'y accéder à travers le portail dédié à tous les collaborateurs portant un Login et un Mot de passe, pour toutes demandes administratives et accès à l'information. La prise en charge de chaque acte de gestion dépend de la complexité du contrat en question. Le module GID-fournisseur permet, en toute transparence, aux fournisseurs, de suivre les étapes administratives du traitement de leurs contrats depuis leur création jusqu'à leur achèvement, qui permet de gérer le besoin des fournisseurs et sa planification, et le suivi de paiement de ses actions. En plus de ces modules, certains utilisateurs ont adoptés le module de GID-Reporting offre aux gestionnaires et aux décideurs des situations relatives à l'exécution budgétaire et aux délais de séjour au niveau de chaque acteur.

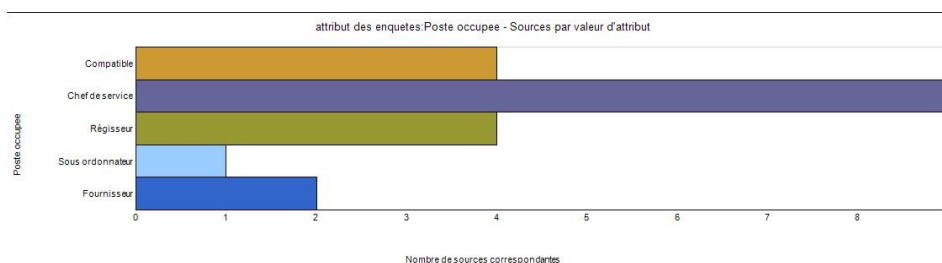
**Figure 2 : attribut des enquêtés Age - Sources par valeur d'attribut**





Comme tout projet structurant avant le démarrage de système des mesures doivent être prises par les responsables des organismes publiques comme c'est indiqué dans les entretiens semi directifs, pour l'implantation du GID un diagnostic en interne a été élaboré pour évaluer les compétences et détecter les besoins pour la planification des formations pour les utilisateurs des organismes de l'Etat avec des guides composer de captures d'écran pour faciliter la maîtrise du logiciel et l'organisation des réunions pour l'ensemble des ressources humaines pour cascader l'information au niveau des ordonnateurs et sous ordonnateurs et accompagner leurs collaborateurs , pour ce projet il y a toute une cellule au niveau de La TGR qui a été désignée chef de file pour piloter la réalisation de ce projet compte tenu de sa mission transverse de contrôle et de paiement de la dépense publique, et dont l'objectif l'accompagnement et l'assistance de l'ensemble des utilisateurs de ce système . « Avant l'introduction du GID la commune c'est équipée d'un réseau d'internet et de nouveau matériels informatiques, j'ai participé à une session de formation organisée par la TGR d'Al Hoceima»

**Figure 3 : attribut des enquêtés poste occupe - Sources par valeur**



### **d'attribut**

Après le diagnostic interne et la bonne détection des besoins pour le paramétrage du GID des mesures ont été mises en place : Les réunions avec les responsables ainsi que leurs accompagnements tout au long du processus d'implémentation et manipulation du GIDH afin de bien déléguer l'information pour l'ensemble collaborateurs. Organisation de formations avec le prestataire et Élaboration des guides qui décrivent les procédures et étapes à suivre



des avantages que des inconvénients comme toute instrument de gestion électronique. Les principaux avantages et inconvénients présentés par les enquêtés sont résumés comme suit :

Avantages	Inconvénients
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gagner plus de temps et de liberté</li> <li>- Réduire les délais et les coûts de traitement des actes</li> <li>- Simplifier les procédures de gestion de la dépense</li> <li>- Disposer, en temps réel, de l'information budgétaire et comptable</li> <li>- Le système GID prend en charge toutes les dépenses des biens et services depuis la mise en place des crédits jusqu'à l'élaboration des comptes de fin d'année.</li> <li>- Le système GID prend en charge tous les types d'acteurs de la dépense (Ordonnateurs, comptables publics, décideurs, fournisseurs...).</li> <li>- Le système GID prend en charge tous les types de budget (BG, SEGMA, CST).</li> <li>- Capacité d'intégration des changements à moindre coût (Agilité)</li> <li>- Parallélisme des deux circuits électronique et papier</li> <li>- Traçabilité des deux circuits</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Procédures de gestion lourdes ;</li> <li>- Divergences dans les pratiques ;</li> <li>- Nombre important d'intervenants ;</li> <li>- Absences de mutualisation des ressources ;</li> <li>- Répartitions géographiques des acteurs ;</li> <li>- Disparités dans l'utilisation des TIC ;</li> <li>- Coût très élevé ;</li> <li>- Retard dans la réalisation des ouvrages publics</li> <li>- Retard dans la production des comptes de gestion.</li> <li>- Difficulté de coordination</li> </ul>

## 7. Conclusion

En guise de conclusion et à travers cet article nous avons montré que l'introduction du système d'information n'est pas un phénomène nouveau, mais réellement il n'a jamais été adopté par les organisations parce qu'elles n'y croient pas vraiment. Cette nouvelle forme a été adoptée dans l'urgence imposée par les mutuelles changements national et international ainsi que la concur-

rence accrue au niveau des échanges économiques et financières - en tant qu'une option alternative pour assurer la continuité du service public.

Nous pensons que la mise en œuvre d'une gestion intégrée des dépenses axée sur les résultats et l'adoption d'une approche basée sur la performance garantissent un rôle central dans la coordination et la mise en œuvre des plans de développement local et des intentions exprimées au niveau régional pour des actions spécifiques d'importance significative et transversale - réduisant le impact sur tous Impact démographique, favorisant ainsi tous les aspects de l'inclusion et du plein développement en réduisant les inégalités sociales et en renforçant les institutions pour lutter contre l'instabilité, la pauvreté et l'exclusion sociale, favorisant ainsi les aspects d'un développement inclusif et adéquat à travers la réduction des inégalités sociales, le renforcement du dispositif de lutte contre la précarité, la pauvreté et l'exclusion sociale, par ailleurs cette réforme novatrice constitue un pilier fondamental de la transformation digitale et économique en appuyant la performance du secteur public qui garantit l'accompagnement des chantiers fondamentaux, notamment l'amélioration de la compétitivité des organismes nationales et le climat des affaires, le renforcement de l'ouverture économique vers l'extérieur ainsi l'articulation de l'économie nationale autour de filières industrielles stratégique.

Pour conclure, c'est vrai que la gestion intègre de la dépense est pratiquée par l'organisation marocaine comme une solution adéquate lui permettant de renforcer sa résilience et surmonter la crise sanitaire de covid 19, mais avec l'orientation stratégique du gouvernement visant la digitalisation et la dématérialisation de tous les processus de l'administration publique, il deviendra une nécessité incontournable.

## **8. Références**

- 1- Autissier D. et Delaye V., (2008), « Mesurer la performance du système information », Edition d'Organisation, Paris ;

- 2- Bion, Jean-Yves ; Moqua, Patrick,2005, l'évaluation des politiques publiques : performances et transparences ;
- 3- Brahim ARJDAL. (2010). L'expérience marocaine en matière de réforme budgétaire, Direction du Budget, Ministère de l'Economie et des Finances du Maroc, 23 et 25 septembre ;
- 4- BRAULT et GIGUERE (1997), Comptabilité de gestion.
- 5- Dr. Kissi Fadia,2018, La modernisation de la gestion budgétaire au Maroc, Revue Des économies nord Africaines, Vol 14 / N ° (19).
- 6- Snoussi et El Hamma, (2022) , Adoption du Balanced Scorecard par les PME : Une étude exploratoire dans le contexte marocain ;
- 7- Michel Gervais, (2000), Contrôle de gestion et planification de l'entreprise, 7ème édition, Paris, economica ;
- 8- DKIER. Y (2020) « Le Système d'Information comptable : Une nécessité au sein des collectivités territoriales », Revue du contrôle, de la comptabilité et de l'audit « Volume 4 : numéro 2» pp : 1081 – 1095 ;
- 9- HintiSaid, Zahar Abdelali, Approche budgétaire axée sur les Résultats, transformation économique et développement inclusif au Maroc : Une approche analytique à la lumière des dispositions édictées par la LOLF N°130-13, Revue du Contrôle de la Comptabilité et de l'Audit ISSN: 2550-469X Volume 4 : numéro 3, 30/09/2020 ;
- 10- Evrard, Y. [1993]. La satisfaction des consommateurs : état des recherches. Revue Française du Marketing, [144-145], 53-65 ;
- 11- Dr. Kissi Fadia Université de Sidi Bel Abbes -Algérie, (2018), La modernisation de la gestion budgétaire au Maroc, Revue du Contrôle de la Comptabilité et de l'Audit ISSN: 2550-469X Volume 4 : numéro 3 Revue CCA 355-371.
- 12- Belhamra Marouane, GuelzimSouad ,(2020),la performance financière du secteur public marocain : analyse critique des instruments de suivi ;

- 13- Thiétart coll, (2003), Epistémologies et Méthodologies de Recherche en Sciences de Gestion - Note de Synthèse Velmuradova Maya, Laboratoire ERMES – USTV ;
- 14- Frédéric Wacheux, (1996), Méthodes qualitatives de recherches en gestion. *Economica*, pp.290, 1996. {hal-00157140}
- 15- Morgan, G., &Smircich, L. (1980). The case for qualitative research. *Academy of management review*, 5(4), 491-500 ;
- 16- Marouane BELHAMRA, Souad GUELZIM,(2020), La performance financière du secteur public marocain : analyse critique des instruments de suivi et d'évaluation, Actes de la deuxième conférence internationale sur la Francophonie économique ;
- 17- Mimoun Lmimouni. (2008), La réforme du contrôle administratif des dépenses de l'Etat, *Revue Française de Finances Publiques*
- 18- BENSOUDA, Noureddine (2020), Trésorier Général du Royaume, entretien avec *EcoActu* ;
- 19- Dehbi, S, &Angade, K. (2019). Du positionnement épistémologique à la méthodologie de recherche :quelle démarche pour la recherche en science de gestion ? *Revue Economie, Gestion et Société*, 1(20) ;
- 20- Baudoin, Emmanuel, Caroline Diard, Myriam Benabid, and Karim Cherif, (2019), 'Chapitre 1. Digitalisation de la fonction RH', *Management Sup*, 4-48 ;
- 21- DKIER Youssra,(2020), le Système d'Information comptable : Une nécessité au sein des collectivités territoriales,*Revue du Contrôle de la Comptabilité et de l'Audit* ISSN: 2550-469X Volume 4 : numéro 2
- 22- Guérin, Francis, Frédérique Pigeyre, and Patrick Gilbert, (2009), 'La professionnalisation de la fonction RH', *Revue française de gestion*, n° 194.4, 105-21 ;
- 23- L. Cadin, F. Guérin et F. Pigeyre, (2007), *gestion des ressources humaines* » éditions Dunod ;

- 24- Lafitte M., (2003), « *Les grands projets de systèmes d'information, dans les établissements financiers* », Revue Banque Edition, collection les essentiels de la banque, Paris ;
- 25- Proulx, D. (2011). *Management des organisations publiques : Théorie et applications* (2<sup>ème</sup> édition). Québec : Presses de l'Université du Québec ;
- 26- Pollitt, C. & Bouckaert, G. (2011). *Public Management Reform : A comparative Analysis* (3rd edition). Oxford : Oxford University Press.
- 27- Schwarz, D. (1963). *Méthodes statistiques à l'usage des médecins et des biologistes*. Paris : Flammarion Médecine-Sciences.
- 28- Groupe de travail national du Ministère des Finances et de la Privatisation au Maroc et de la Banque mondiale (Étude d'évaluation de la gestion des systèmes de finances publiques, 2007) ;
- 29- Revue de la Trésorerie Générale du Royaume - N° 8 Août 2011, spécial réforme comptable de l'Etat ;
- 30- Le circulaire du ministre chargé des finances n° 2/09/TGR du 13/07/2009 portant sur la dématérialisation de certains actes budgétaires et comptables dans le système GID ;
- 31- Le circulaire du Premier Ministre n° 14/2005 du 8 septembre 2005 ;
- 32- Dahir n1-15-62 du 14 chaabane 1436 (2 juin 2015) portant promulgation de la loi organique n : 130-13 relative à la loi de finances ;
- 33- [www.revuecca.com](http://www.revuecca.com);
- 34- <https://www.tgr.gov.ma> ;
- 35- [www.gid.gov.ma/GID.Web/](http://www.gid.gov.ma/GID.Web/);
- 36- [15-http://lof.finances.gov.ma/fr/deploiement-de-la-reforme/syst%C3%A8me-dinformation](http://lof.finances.gov.ma/fr/deploiement-de-la-reforme/syst%C3%A8me-dinformation).





MAHMOUD HANY M. DALLOUL  
Faculty of Accountancy, Universiti Teknologi Mara (UiTM)  
Shah Alam, Selangor, Malaysia  
*mabmoood21@gmail.com*

ZURAEDA BINTI IBRAHIM  
Faculty of Accountancy, Universiti Teknologi Mara (UiTM), Malaysia  
*zurea229@uitm.edu.my*

SHARINA TAJUL URUS  
Faculty of Accountancy, Universiti Teknologi Mara (UiTM), Malaysia  
*sharena675@uitm.edu.my*

## **ACCOUNTING INFORMATION SYSTEMS AND FINANCIAL CRISES: INSIGHTS INTO LOCAL GOVERNMENTS**

### ABSTRACT

The main purpose of this study is to investigate issues related to accounting information systems and the financial crisis in the Palestinian local authorities. This study follows the qualitative method, as it relied on reports issued by governmental and oversight agencies, scientific articles, previous studies, press statements, and reports published by the Palestinian local authorities and the Palestinian Ministry of Local Government. The most important issues related to the financial crisis and the success of accounting information systems in the Palestinian local authorities were discussed. Thus, the study contributes to enriching the literature related to the Palestinian local authorities' reality. Improving awareness of the reality of accounting information systems and the financial crisis in the Palestinian local authorities. Contribute to establishing an integrated vision of the accounting information systems' role in managing financial crises. The study reached many conclusions, the most prominent of which was that the financial crisis management effectiveness stems mainly from the adoption of successful accounting information systems. The study provided many recommendations and directions for future studies towards a further investiga-

tion of the relationship between the success of accounting information systems and the effectiveness of managing financial crises.

**KEYWORDS:** Accounting Information Systems, Financial Crises, Financial Crisis Management, Palestinian Local Authorities, Local Government, Local Authorities, Gaza Strip, Palestine.

**INDEX:** 1. Introduction. - 2. Issues in the Accounting Information Systems of the Palestinian Las. - 3. Issues in the Financial Crisis of the Palestinian Las. - 4. Discussion and Conclusion. - 5. References and bibliography.

## **1. Introduction**

In fact, the term 'crisis' originated from public administration sciences in reference to the role of the state in the face of sudden public disasters and emergency conditions, such as earthquakes, floods, and total wars (Xue, Zhang & Zhong, 2022; Al-Bazzaz, 2001; Kapucu, Özerdem & Sadiq, 2022). A crisis is said to be bad and can only result in negative consequences. Without a proper action plan, the event and its aftermath may significantly damage an organization and its employees, products, services, financial condition, and reputation (Claeys & Coombs, 2020; Pedersen, Ritter & Di Benedetto, 2020; Sutherland, 2013; Suleimany, Mokhtarzadeh & Sharifi, 2022). A crisis requires confronting it with a rational decision capable of containing it, reducing its effects, and restoring the situation to what it was before. It puts pressure on the decision-maker to confront the situation soonest possible, and failure to take immediate action could produce negative results. Time constraints, limited information, and a lack of data could increase internal and external pressures on the organization to fulfil its obligations and meet its needs (Al-Dabbagh, 2020; Al-Hariri, 2010; Çapar & Koca, 2022; Abu Salout, 2015; Al Thani & Obeidat, 2020).

In this context, with regard to the role of the information system related to the financial crisis, information has currently become the most valuable resource. Information obtained in a timely and appropriate form has become the basis for the success of every decision made. Therefore, there is no successful management without the availability of information. Hence, the funds allocated by an organization to undertake a sophisticated information system enable

it to know the obstacles that it may face. The accounting information system (AIS) expresses a set of interrelated elements that collect, sort, classify, operate, analyse, save the data, and transform it into information. The extracted information related to the financial aspects of the institution's activity should be retrievable at the time of need. Generally, AIS should provide the decision-makers with accurate information at the right time, in the proper form, quantity, and type (Dagiliene & Štutienė, 2019; Ali & Ahlam, 2016; Dalloul, binti Ibrahim, & Tajul Urus, 2022b; Elsharif, 2019; Vahedi & Arvand, 2020; Dalloul, 2019).

In light of the risks of crises and disasters faced by an organization, AIS requires adequate management at its various stages. Operational efficiency should be raised to face financial crises. Rapid changes in economic, political, and social life threaten the sustainability of an organization and contribute to the different types of crises faced by contemporary organizations. An organization's reputation is at stake if it cannot deal with crises, including financial crises. Consequently, effective financial crisis management at all stages, whether before, during, or after the occurrence, is critical (Mubarak, 2021; Zwyalif, 2015; Chahed & Zergoune, 2017; Radwan, 2020).

Local authorities (LAs) have a central place in the public lives of citizens in any country. Their main responsibility is to serve the community and citizens in various areas of life, raise the standard of living, and provide a decent life through developing services, the economy, and social and cultural aspects. In addition, the LAs also provide a clean and beautiful environment, arrange public affairs in various areas of organizational life, rehabilitate cultural values, build bright modern cities, and keep pace with scientific development in all fields. During crises, the local authorities play significant roles in assisting the government in managing crises. According to the Disaster Management Guidelines for Local Authorities issued by the Centre for Natural Disaster Management in South Africa, the local government is at the forefront when dealing

with disasters. When the disaster is not so great, it shall be the sole governmental body to manage it as and when required (Bakir, 2016; Christensen & Lægreid, 2020; Mavhura, 2020; Al-Buhaisi, 2013; Stefanova, 2019; Beshi & Kaur, 2020; Awad, 2010; Amyulianthy, Muda, Said & Setyaningrum, 2021).

In Palestine, the LAs are crucial institutions that operate in times of crisis. These LAs have done their best over the years. However, looking from the point of view of the AIS's success, it would be interesting to investigate issues related to accounting information systems in the LAs. Also, highlight and take a closer look at the financial crisis of the LAs in the southern Palestinian governorates (Gaza Strip). This area is interesting for further investigation due to the recent occurrence of various crises, especially the recurring financial crises.

## **2. Issues in the Accounting Information Systems of the Palestinian LAs**

In the context of the Palestinian government's efforts to shift toward electronic government consistent with technological developments, the Ministry of Local Government (MLG) has a strategic guiding and organizing framework for the transition process of municipalities within the vision 2019-2023. The framework includes many projects and analyses of the current situation in the LAs from various aspects. From the strategic framework for the transformation into electronic municipalities (Ministry of Local Government, 2019), it was observed that some of the analyses were on the reality of information and communication technology, information systems, and financial systems. Many weaknesses have been uncovered. Some of them are:

i) Investment in information technology is related to the nature of the project, the infrastructure, or the existing resources. The project's nature and the size of the financing determine the mechanisms of procurement and set the specifications. Often, it was not based on technological planning that defines the needs and working mechanisms of technological construction in the municipalities. There is also no follow up and evaluation strategy after implementing the project.

ii) Weak financial spending and investment from municipalities in information technology. One of the reasons for this weakness is the limited financial resources, especially in small municipalities, and insufficient awareness of the importance of information technology among employees. Many municipalities do not have a specific employee to maintain the permanence of their systems.

iii) The companies have weak capabilities to develop the information systems, update, and develop programs using the latest technology. The companies monopolize the systems, but they are not able to link the systems to other suppliers. These weaknesses contribute to the high maintenance costs of the computerized systems.

iv) Other weaknesses include lack of governance among the local authorities for their information technology, weak technical and physical capabilities (information technology infrastructure), lack of sufficient technical staff capable of dealing with technology, lack of sufficient expertise within the municipality, and the absence of an administrative body or unit responsible for the systems.

v) Another weakness is the presence of many computerized systems that are not inter-connected and integrated, especially the financial and public service centre systems. This weakness reduces the ability of the LAs to identify and update their needs periodically in terms of information technology. Then, there is the low consideration by the municipalities of the requirements and standards for integrating information systems within the municipality and interconnection with other institutions throughout the investment process. There is no clear policy regarding the use of a particular technology. For example, one municipality received several software tools, programs, and applications from several companies, which constitutes an additional burden on maintenance, follow-up, and licensing fees.

The Palestinian State Audit & Administrative Control Bureau (SAACB) is the highest supervisory body in Palestine. It is also known as the Diwan of Financial and Administrative Control. The Bureau aims to ensure work safety and financial and administrative stability in the State of Palestine with its three authority branches, executive, legislative, and judicial authorities. It also aims to uncover all aspects of financial and administrative deviations, including cases of public office abuse, and ensure that the general performance in Palestine is consistent with the provisions of laws, regulations, decisions, and instructions in force. The performance should be within the LAs' limits and exercised economically, efficiently, and effectively. Moreover, the Bureau works to submit periodic reports covering all public sectors in the State of Palestine. The sectors include the local government sector, where the Bureau reports the financial and administrative conditions to the Ministry of Local Government and its affiliated local government authorities. The following sections discuss the points extracted from the 2016 and 2018 reports that highlighted the financial management oversight, control, and auditing of the accounting and financial information systems used in the Palestinian local authorities. According to the SAACB Report on local authorities for 2018, the majority of the local government authorities suffer from weaknesses in the financial and accounting systems and general weakness in the application of accounting standards that regulate their work. Based on the financial reports issued, the results of the work of the local authorities revealed many gaps and problems in the accounting programs used by some local authorities. The weaknesses make them vulnerable to modification, deletion, or loss. The report also showed that some problems existing in the accounting systems in some municipalities include no segregation of duties, multiplicity of tools for transferring financial data between systems, no plan for the programming department to develop and standardize these systems in line with work needs, and not all departments of the municipalities are using accounting programs (State Audit & Administrative Control

Bureau - State of Palestine: Control & Audit for Construction, Development & Good Governance Enhancement: Annual Report 2018, 2018).

Audit findings reported by the same agency in 2016 (Palestinian State Audit & Administrative Control Bureau Report for 2016) revealed many problems and weaknesses related to the financial aspect and AISs of the LAs. In general, many LAs committed many cases of abuse and irregularities in financial management. They also lack the reinforcement necessary for operations spending, the reliability of some of the accounts, and experienced workers in the financial departments. Overlap in the powers and responsibilities, especially in the financial departments, and the absence of specialization in some jobs resulted in exceeding the approved appropriations in the general budget. Additionally, there were non-compliance with laws, rules, and regulations governing the operations of the exchange and purchase, abuse of credit for some financial resources, misuse by the heads and members of the authorities, manipulation of data and records, and forgery. Many LAs had also violated the provisions of laws, regulations, and instructions that regulate the preparation of budgets and estimation of revenues and expenditures. They were also unable to fulfil their obligations due to the weakness of the collection processes. Some of the direct problems related to the AISs, according to the report, are:

i) Weakness of adequate controls in accounting programs in many LAs in terms of the ability to delete and amend receipt documents and invoices after the process of entering the data,

ii) Lack of specification of powers over the programs and their use, leading to the possibility of financial data being lost or deleted and raising doubts on its reliability and fairness, and

iii) Absence of the necessary security and protection of the accounting systems and central storage devices for databases in some LAs (State Audit & Administrative Control Bureau - State of Palestine: Control & Audit for Con-

struction, Development & Good Governance Enhancement: Annual Report 2016, 2016).

According to the Ministry of Local Government and the Palestinian Municipal Development and Lending Fund, there is no integrated and unified computerized accounting system for all Palestinian LAs that are connected to the Ministry of Local Government. This weakness led to the unavailability of the necessary financial information and data to be used in planning, supervision, and direction processes (Ministry of Local Government: A guide to accounting procedures according to the cash basis, 2012; Municipal Development and Lending Fund: Financial policies and procedures related to a medium or small Palestinian municipality, 2011). A study by Al-Buhaisi (2013) confirmed and revealed that there is a failure of AISs to provide the information needed to make decisions at the right time and a limited degree of detail of that information, which affects its validity in the decision-making process. Weak control over proceeds leads to the possibility of wasting municipal resources and not using the resources in the interest of the society. The loss of the financial statements' ability to properly display the municipalities' business results and financial position leads to a low level of reliance on financial data in municipal decision-making. The study also identified other weaknesses, including the lack of qualified accounting human resources in the municipalities, lack of separation between the different powers and the accountants performing work that contradicts the nature of their profession in the municipality (e.g., collection and accounting work), and poor use of computerized accounting information systems to prove financial transactions. Due to these weaknesses, the financial reports lose their ability to reflect the reality of financial events in the municipalities.

Poor control over some financial transactions and the possibility of their manipulation lead to a waste of municipal funds and resources. The municipalities failed to prepare the statement of financial position (balance sheet). In-



stead, they prepared only the accumulated monthly income and expenses report, which is mainly intended for presentation to the Ministry of Local Government. A modest audit of financial data and information carried out by the Ministry of Local Government indicated a low efficiency of the annual system of budgets prepared by those in charge of financial and accounting work in the municipalities without the participation of the rest of the departments and divisions. Abu Rahma (2008) showed some indications of infrastructure for implementing the advanced accounting systems in the municipalities of the Gaza Strip. However, there is a weakness in developing and updating the accounting systems to keep pace with practical and technological developments and the increasing need for information. Moreover, there are weaknesses in their capabilities to provide accurate information and in the availability of an integrated financial and statistical database that supports planning, coordination, control, and decision-making processes. The difficulties of studying and accurately analysing the costs of some activities and services provided by the municipalities are due to the lack of a capable and efficient system that enables the correct treatment of the activities and services and the weakness in utilizing the available expertise and human cadre to work on developing the system. Salim (2007) showed that accounting information does not help decision-makers in different municipalities make decisions. However, there is a weakness in the municipalities' accounting information systems for comparing accounting information with other municipalities. The administration in the municipalities relies on the accounting information provided by the accounting system in making administrative decisions in a weak way that contradicts scientific methods of decision-making. Ghoneim (2004) showed that there is no data bank (databases) that includes all the information related to the activities of the municipalities in Palestine that can be accessed and used by all Palestinian municipalities, other authorities, and interested parties, including researchers. Several studies and reports have also made recommendations in this re-

gard, including Ghoneim (2004) and Sabbah (2013), who recommended for more studies to be carried out, especially in a Palestinian municipality that has a computerized administrative information system. The Ministry of Local Government: The strategic framework for the transformation into electronic municipalities (2019-2023) (2019) included many proposed activities, such as assessing the current reality of information systems in the local authority, determining the needs of information systems, and carrying out periodic evaluations of information systems and their effectiveness.

The discussions above show the extent of the absence and shortage of studies related to information systems, in general, AISs, in particular, and, specifically, AISs in the Palestinian local authorities operating in the Gaza Strip. Therefore, this study contributes greatly to directing the areas of development in AISs in LAs from a practical point of view, as well as to the theoretical and research perspectives. It would be a comprehensive and integrated starting point for research and studies on other information systems in local authorities.

### **3. Issues in the Financial Crisis of the Palestinian LAs**

Abu Al-Taif (Director of the Strategic Development Planning Project at the Municipal Development and Lending Fund) has indicated that there is an imbalance in the handling of the LAs in the Gaza governorates with the crises they face. The imbalance is due to the absence of an approved emergency plan for Palestinian cities and towns. The leadership level in the LAs adopts a policy of reaction and randomness when dealing with the crises facing the municipalities (Al-Khatib, 2015), including financial crises. Al-Khatib (2015) revealed that there is a weakness in evaluating the efficiency and effectiveness of previous crisis management plans that is important for preventing future crises. The municipalities' performance was not at the required level during the crises and emergencies despite the recurrence of those crises and working at full capacity and potential during the crises (Bakir, 2016). This weakness calls for the dire

need to study the municipalities' capacity to manage the crises they face. In addition, Bakir (2016) revealed that the municipalities do not deal with crises and emergencies as required. In other words, the crises are not well managed. The poor management is due to the shortage of equipment and devices needed in emergencies, insufficient emergency budget, municipal administration's lack of interest in good planning, and no proper forecasting in emergencies. Shortage of human cadres and absence of training programs for technical personnel working during emergencies, lack of training programs in emergency management, and insufficient coordination with external actors operating during emergencies worsened the situation. The study showed the existence of a real financial crisis facing the municipalities and attributed the shortages and weaknesses in some axes to the financial distress afflicting the municipalities. Ghorab (2017) recommended having a special unit for planning and budgets and an integrated accounting system for planning where costs and deviations can be calculated accurately so that management can address them quickly.

This section prominent deal with the financial crises in Palestinian LAs and their various causes, as well as other crises that contributed to the emergence of the financial crises and had a role and effect in exacerbating them. It is necessary to clarify and understand the financial crises that the Palestinian LAs were exposed to, and identify the causes that led to their occurrence and their dimensions to provide a better understanding of the issue concerned in this research. The administration should use the best and most effective scientific methods in handling crises following the phases of crisis management to facilitate effective crisis management, i.e., before, during, and after the occurrence of the crisis.

According to the 2016 SAACB Report, which included the most important audit findings of the Palestinian local government sector, most of the local authorities suffer from a lack of financial resources. The local authorities suffer significant weaknesses in collecting fees and taxes and fail to take deci-

ve action in collecting revenue and accumulated debt from the taxpayers. These weaknesses negatively affect the services provided to the citizens in terms of their diversity and quality, leading to the considerable accumulation of receivables from taxpayers. The low revenue weakened the authorities' capacity to meet their obligations in the face of rising prices of electricity and water, thereby increasing their indebtedness and inability to pay (State Audit & Administrative Control Bureau - State of Palestine: Control & Audit for Construction, Development & Good Governance Enhancement, Annual Report 2016, 2016).

Bakir (2016) showed that the weakness of the municipalities' financial resources and dealing with emergency cases are due to many factors, including the suspension of support to the municipalities by many foreign financiers and international institutions for political reasons as a result of the internal division since 2007. The political and economic blockade imposed on the Gaza Strip and the shortage of building materials has led to a deep decline in private and public construction works, where one of the sources of municipal funding is the collection of building license fees. Poor economic conditions and the high unemployment rate caused the failure and reluctance of many citizens to pay the municipalities' dues (collections). Furthermore, the financial hardship faced by the government resulted in the central government providing low subsidies to municipalities. Al-Assar (2015) mentioned that the municipalities depend on external sources of financing for development and improvement projects. This dependence and the absence of diversification programs in financing and financial sustainability are due to weak self-financing based on collections, self-investment and asset rotation, limited and weak government financial allocations to municipalities, and the municipalities' lack of independence in financial decisions. All the weaknesses led to insufficient resources to cover programs and projects planned within the annual estimated budget of the municipalities, especially the development and improvement budgets.

Earlier, Abu Freya (2013) revealed that the weakness of local funding in the municipalities is due to the bad political and economic situations in the Gaza Strip and the negative culture of citizens towards the price of services, which is seen as a grant that must be provided. The municipal administration in the Gaza Strip priced the municipal services below the real cost. Furthermore, aid and governmental support for the municipalities of the Gaza Strip are low, resulting in most of the municipalities not receiving their financial dues from the central government. The poor support from the government made covering the operational expenses the main concern of the chairman and members of the municipal councils. The real obstacle lies in the Israeli occupation's control of most of the sovereign decisions of the Palestinian state, especially control of the crossings, the manner of distributing aid, and the presence of semi-permanent security instability. The correlation of international aid to the Palestinian territories with the progress of the political settlement process with the Israeli occupation government is considered an obstacle to Palestinian development.

The Palestinian local authorities are exposed to recurrent financial crises exacerbated by the ever-changing state of affairs. The Israeli occupation and its repeated military operations are the most prominent crises facing the Gaza Strip that caused a severe financial impact on the Palestinian local government sector. The most recent and most violent operation in the history of the Gaza Strip happened in July 2014. This military operation caused substantial direct and indirect damages to public and private properties estimated at USD4 billion, according to the National Plan for Early Recovery and Reconstruction (2014). The municipal sector suffered USD70 million from the destruction of roads and USD34 million from the damage in the water and sanitation sectors. The Gaza Strip also experienced the Alexa atmospheric depression in 2013, which caused heavy losses of USD64 million. It also suffered from the Huda low atmospheric depression in 2015 and the Niaama atmospheric depression

in 2016, which led to floods that destroyed many homes, neighbourhoods, roads, and agricultural lands in different areas of the Gaza Strip.

The Gaza Strip has also been suffering from an electricity crisis since 2006 due to the continuous and increasing shortage of electricity as a result of the Israeli siege and recurrent wars. The worsening electricity crisis has cast a negative shadow on all aspects of life including health, water, and the environment. The siege and wars aggravated many other crises and increased their severity. The municipal facilities and work related to electricity, sewage pumping and treatment plants, water delivery services to citizens' houses, waste collection and removal services, maintenance works for machinery and equipment, and all other administrative work all fall under the purview of the LAs (Bakir, 2016; Al Mezan Centre for Human Rights, 2016; Hijazi, 2017). However, due to these destructions, the LAs are among the sectors most affected by the crises.

Additionally, the Coronavirus (Covid-19) pandemic greatly impacted all constituencies, especially the LAs. According to the Union of Gaza Strip Municipalities, represented by its president and chairman of Gaza Municipality, Dr. Yahiya Al-Sarraj, the municipalities of the Gaza Strip are experiencing a financial crisis that has gradually reduced the services provided to more than two million citizens living in the Gaza Strip. Rationing of basic services and municipal expenses to the minimum is a plan by the municipalities to avoid a state of collapse and an effort to provide the service for the longest possible period according to the available capabilities. The Covid-19 pandemic has also exacerbated the financial crisis. The percentage of those obliged to pay municipal bills has decreased to a minimum. According to the estimates of the Union of Municipalities of the Gaza Strip, the total decline in revenues during recent months because of the Covid-19 pandemic is more than 50%. The percentage of those obligated to pay municipal services bills decreased to only 10% at a

time when the municipalities need an amount of USD3 million to return to the previous level.

The Covid-19 crisis has also placed additional financial burdens and responsibilities on the municipalities, represented by collecting quarantine waste, launching intensive awareness programs, activating the personal prevention and sterilization system for employees and visitors, enhancing the personal safety of workers, and sterilizing public facilities, parks, streets, and markets on a daily basis. Sterilization and disinfection of quarantine centres and safe disposal of their waste in sanitary landfills in accordance with global health standards that guarantee the safety of citizens outside the quarantine centres placed a huge financial burden on the municipalities. Similarly, the periodic sterilization projects for vital facilities to confront the Coronavirus increases the financial burden of the municipalities. Al-Batta, the Mayor of Khan Yunis, which is the second largest municipality in the Gaza Strip after the Gaza municipality, indicated that the financial distress afflicting the Khan Yunis municipality has greatly affected the services provided in all basic sectors. He also stressed the municipality's work in light of scarce possibilities due to the Covid-19 pandemic (Al-batta, 2020).

In addition, the Palestinian government does not provide the minimum financial need for the municipalities as part of the financial dues for the benefit of the municipalities, which would have allowed them to continue their work. The government also does not provide the necessary fuel to ensure the continuous operation of sewage pumps, water wells, and municipal mechanisms and vehicles, especially those for waste collection and transfer operations. Neither does it contribute to paying the municipal employees' salaries and filling the municipalities' financial deficits. Municipalities in the Gaza Strip are suffering from suffocating financial crises that have contributed to the reduction and suspension of their services several times, irregularity in paying salaries, and low spending rates since the beginning of the Israeli blockade imposed after Ha-

mas won the legislative elections 14 years ago. The stifling financial crisis and the gradual effects of reduced services may lead to accumulation of waste in the main streets and neighbourhoods, delay in transfer operations, confusion in water distribution schedule, delay in pumping operations to citizens' homes, and an increase in the likelihood of sewage water overflowing in the streets. The municipalities may have to start pumping sewage water toward the seashore if the crises continue to prevent health problems inside the cities. Dr. Al-Sarraj, President of the Union of Gaza Strip Municipalities and Mayor of Gaza Municipality, also indicated that the municipalities are trying to manage the current crises according to the available and simple capabilities (Abu Watfa, 2020; Al-Sarraj, 2020; Abu Aisha, 2020). Abu Al-qumbuz (Head of the Emergency Department in the municipalities of the Gaza Strip) said that all municipalities in the Gaza Strip suffer from a stifling financial crisis and are unable to pay their employees' salaries. He pointed out that the donor countries did not provide the municipalities with emergency and relief projects, similar to previous years, and that the services provided by the municipalities are linked to a continuous electricity supply. The citizen's ability to pay the municipality bill has greatly decreased, noting that only 15% of the citizens pay the bill (Abu Al-qumbuz, 2018).

The rule in crisis management is that every crisis is a problem but not every problem is a crisis, meaning that some small problems may exacerbate and extend their effects to countries and people if they are not addressed immediately or slowed down. Each crisis appears to be a complex, multi-dimensional problem, and the outbreak of the Covid-19 pandemic has proven that belief. The pandemic has also shown that many countries in the world are suffering from a crisis of lack of interest in crisis management (Al-Ketbi, 2020).

Previous studies and reports (Abu Watfa, 2020; Abu Aisha, 2020; Al-Battata, 2020; Al-Sarraj, 2020; Al-Ketbi, 2020; Ministry of Local Government: The strategic framework for the transformation into electronic municipalities



(2019-2023), 2019; State Audit & Administrative Control Bureau - State of Palestine: Control & Audit for Construction, Development & Good Governance Enhancement: Annual Report 2018, 2018; Abu Al-qumbuz, 2018; Ghorab, 2017; Hijazi, 2017; Bakir, 2016; Al Mezan Centre for Human Rights, 2016; State Audit & Administrative Control Bureau - State of Palestine: Control & Audit for Construction, Development & Good Governance Enhancement, Annual Report 2016, 2016; Al-Khatib, 2015; Al-Assar, 2015; Abu Freya, 2013 Al-Buhaisi, 2013; Sabbah, 2013; Ministry of Local Government: A guide to accounting procedures according to the cash basis, 2012; Municipal Development and Lending Fund: Financial policies and procedures related to a medium or small Palestinian municipality, 2011; Abu Rahma, 2008; Salim, 2007; Ghoneim, 2004) showed that there is a weakness in the AISs in the local authorities, which will be reflected in their ability to contribute to managing the financial crises they faced. The International Monetary Fund (IMS) report, The IMF-FSB early warning exercise: Design and methodological toolkit (2010), stated that the causes of crises and financial crises are weaknesses in the economy and the organizations' administrative and accounting systems (Dalloul, binti Ibrahim, & Tajul Urus, 2023). The municipalities' practices related to financial management are still weak, not to mention the administrative fragmentation that prevents the achievement of savings in service provision because of the increase in their size (World Bank: The Third Phase of the Gaza Municipal Development Project, 2017). Thus, it can be seen that AISs play an important role in managing financial crises, and any weakness in the systems would have an impact on the effectiveness and ability of the LAs to manage the crises, including financial crises (Dalloul, binti Ibrahim, & Tajul Urus, 2022a).

There is a lack of studies and research on determining the role AISs play in managing crises, particularly financial crises. Chabani and Chabani (2014) indicated in their study's conclusion that AIS works to reduce uncertainties and turn them into certain cases that contribute to the management and treatment

of financial crises. In order to develop an AIS to manage financial crises, it is recommended to increase the interest in studying the systems because the current world depends on information as the main resource for decision-making, and this century has become dependent on information as a fundamental variable in all fields. Efforts to develop an effective AIS should be intensified.

#### **4. Discussion and Conclusion**

The study aimed to investigate issues related to accounting information systems in the Palestinian local authorities. Besides, investigate the financial crisis of the Palestinian local authorities. The study contributes to enriching the literature related to the reality of the Palestinian local authorities. As well as standing on the reality of accounting information systems and the financial crisis in the Palestinian local authorities. Contribute to deepening understanding and identifying aspects of the financial crisis, and understanding the problems and challenges related to the ability of the Palestinian local authorities to effectively manage the financial crisis. Contribute to enhancing the Palestinian local authorities' awareness of the problems and weaknesses related to accounting information systems and their relationship to the effective management of the financial crisis. Contribute to enhancing the vision and drawing attention towards the need to manage the financial crisis in light of the adoption of successful accounting information systems.

The study found the most important issues facing the accounting information systems in the Palestinian local authorities, which are discussed as follows:

1. There is a weakness in the IT infrastructure of the Palestinian local authorities. This will be reflected in the weak effectiveness of accounting information systems, being one of the systems based on that technological structure.
2. Weak integration and interconnection between the various information systems within the Palestinian local authorities. This will limit the availabi-

lity and integrity of the financial and accounting information required for the purpose of decision-making and reduce its quality.

3. The lack of periodic evaluation of information systems in line with the renewed needs and requirements periodically. This reduces the use of accounting information systems, which is reflected negatively in the level of user satisfaction with them, as they do not meet the required needs.

4. The lack of specialized human cadres working to monitor the information systems, and to update them constantly, reduce design errors, and update the data periodically. Which creates many technical errors and inaccuracies in the information provided by the accounting systems, and weaknesses in the services provided by the systems.

5. Accounting information systems do not provide the information necessary to make timely decisions.

6. Accounting information systems do not provide detailed information for decision-making purposes.

7. The loss of the financial statements' ability to properly display municipalities' business results and their financial position, and the low level of reliance on them for decision-making in the municipalities.

From the foregoing, it is clear that many of the previously discussed problems are concentrated in dimensions related to (system quality, information quality, service quality, volume of use, intent to use by the user, and the level of user satisfaction). Thus, future studies should be directed towards further study of these dimensions. With the aim of determining the effectiveness and success of accounting information systems, estimating the volume of development and modernization that these systems need, and identifying the aspects that require care and development. Moreover, assessing the need to completely replace these systems and apply other new systems. User satisfaction and usage variables are also the most important indicators that show the effectiveness and success of accounting information systems and user acceptance of them.

The study found the most important issues facing the financial crisis management of the Palestinian local authorities, which are discussed as follows:

1. Municipalities are exposed to successive financial crises that continue to date, which produced many other crises.

2. The financial crisis worsened greatly during the Coronavirus (Covid-19) pandemic.

3. The lack of a specific system and procedures to deal with the financial crisis in the municipalities, made them unable to manage the crisis in a scientific and organized manner. This resulted in many other crises, which made the municipalities face a complete collapse and stopping the performance of their services completely.

4. There is a defect in handling of local authorities with crises.

5. The lack of a contingency plan approved in the municipalities.

6. The municipalities follow a policy of reaction and randomness when dealing with the municipality's crises.

7. Despite the recurrence of these crises, the performance of the municipalities was not at the required level during crises and emergency cases.

8. The weakness of the Municipalities dealing with emergencies.

9. Lack of municipal administration interest in good planning, forecasting emergencies, and developing potential scenarios for them.

10. The lack of training programs in the field of emergency management.

11. Municipalities lack the most important step in preparing contingency plans, which is analyzing the external and internal environment, which enables them to predict future risks.

12. Municipalities do not benefit from re-evaluating the contingency plan placed or developing a well-structured contingency plan based on lessons learned after each emergency case.

13. Municipalities do not rely on advance contingency planning. However, rely on momentary planning at the time an emergency case occurs.

14. In the absence of an urgent contingency plan, the matter becomes random management, which may increase the size of losses and damages.

15. The reliance on personal and improvisational judgment in estimating plans, confirms the weakness in planning and the plans developed.

16. There is a great lack of studies and research that dealt with the subject of the financial crisis and management of financial crises, understanding the method of crisis management through its stages that are followed in the municipalities, and an understanding of the nature of the steps involved in those stages.

From the foregoing, it is clear that many of the previously identified problems are concentrated in the stages related to financial crisis management (detection of early warning signs, preparedness and prevention, containment and damage reduction, recovery of activity, and learning). Thus, future studies should be directed towards further study of these stages. In order to determine the effectiveness and success of the crisis management system throughout its stages. Identifying the obstacles that hinder and limit the effectiveness of each stage of crisis management. Identify aspects and stages that require care and development.

Accordingly, as a comment and conclusion regarding information systems and financial crisis management in the Palestinian local authorities. Previous studies and reports showed that there is a weakness in the accounting information systems in the municipalities, which will be reflected in their ability to contribute to managing the financial crisis to which these municipalities are exposed. There is also a weakness in the planning process, which is considered one of the basic aspects of the preparedness and prevention phase in managing any financial crisis. There is also a weakness in forecasting and detecting early warning signs of a financial crisis.

Each of the previous phases required performing a financial analysis of the financial and accounting information, the main source of which was the accounting information system. Also, both stages have a role in the municipality's ability to contain the crisis and limit its damages if it occurs, which is in the stage of the occurrence of the crisis, as the prediction, detection of early warning signals, and good preparation for crises make the municipalities more efficient and able to confront and contain them. There is also a weakness in learning and benefiting the municipalities from the crises they were previously exposed to. This reflects negatively on the first administrative stages before the occurrence of the crisis of anticipation and the discovery of early warning signals and preparedness. As there is no improvement and feeding back to those stages, which makes municipalities are vulnerable to crisis repeatedly.

Consequently, the important role that accounting information systems play in managing financial crises has been noted, and any weakness in the accounting information system will have an impact on the effectiveness and ability of municipalities to manage crises, including the financial crises they face. It is expected that the major role of accounting information systems will be concentrated in the initial stages of managing the financial crisis, which are the stage of forecasting and detection of warning signals and the stage of preparation and prevention, as it includes planning and analysis processes that are essential in those stages. This does not mean that accounting information systems are not important in the other stages of containment and reducing the damages of the crisis, where the focus is on the continuous analysis of financial and accounting data based on the course of the current financial crisis that occurs at that stage, and the continuous adjustment of plans accordingly. The same applies to the stage of learning from and benefiting from the lessons of the previous financial crisis, as in this stage the focus is on the evaluation of plans and methods of analysis used in the previous crisis, and working to deve-

lop and make them more effective to face any similar financial crisis in the future.

The study shows the extent of the absence and lack of studies related to AISs in the Palestinian local authorities operating in the Gaza Strip. There is also a lack of studies and research dealing with financial crises and their management, crisis management methods and stages followed by local authorities, and the nature of the actions used in those stages. It was also found that there is a significant lack of studies and research that work to determine the role accounting information systems played generally in managing crises and particularly in managing the financial crisis. Therefore, this study contributes greatly to guiding the areas of development in AISs in LAs from a practical point of view, as well as to theoretical and research perspectives. It also contributes to directing areas of improvement in the management of financial crises in the Palestinian local authorities. It would be a comprehensive and integrated starting point for research and studies on accounting information systems and financial crisis management in local authorities.

## 5. References and bibliography

Abu Aisha, N. (2020). Gaza municipality reduces its services after the exacerbation of its financial crisis due to "Corona". Retrieved from Anadolu Agency: <https://www.aa.com.tr/ar/>

Abu Al-qumbuz, A. (2018). *Municipalities crises in the Gaza Strip and their impact on human rights*. Retrieved from Alwatanvoice: <https://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2018/03/06/1127570.html>

Abu Freya, Z. A. (2013). Factors Affecting the Development Projects in Gaza Strip Municipalities (case study Beit Lahiya municipality). *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza.

Abu Rahma, M. A. (2008). The availability of the components of applying the activity-based budgeting system (ABB) in the municipalities of the Gaza Strip. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza.

Abu Salout, W. A. (2015). The Role of Intellectual Capital in Health Crisis Management at Ministry of Health in the Gaza Strip. *Master Thesis*. Palestine: Academy of Management and policy for Graduate Studies & Al-Aqsa University, Gaza.

Abu Watfa, Y. (2020). *Gaza municipalities gradually reduce their services due to their financial crises*. Retrieved from Alaraby: <https://www.alaraby.co.uk>

Al Mezan Centre for Human Rights. (2016). *Electricity crisis in the Gaza Strip (possible solutions between commercial generators and smart meters)*. Al Mezan Centre for Human Rights.

Al Thani, F. B., & Obeidat, A. M. (2020). The Impact of Strategic Leadership on Crisis Management. *International Journal of Asian Social Science*, 10(6), 307-326.

Al-Assar, M. S. (2015). The Municipalities and Local Sustainable Development in Gaza Strip, Reality and Impediments. *Master Thesis*. Al-Aqsa University and the Academy of Management and Politics.

Al-batta, A.-a. (2020). *Due to the Corona pandemic, municipalities are reducing their services and calling for support to overcome their crisis*. Retrieved from Municipality of Khan Younis : <http://khanyounis.mun.ps/ar/news/details/30759>

Al-Bazzaz, H. (2001). *Managing the crisis between the boiling and transformation points*. Beirut: University Foundation for Studies, Publishing and Distribution.

Al-Buhaisi, E. M. (2013). Evaluating the Reality of Accounting Information System in the Gaza Strip Municipalities: a Field Study. *Journal of the Islamic University of Economic and Administrative Studies*, 21(1), 79-98.

Al-Dabbagh, Z. S. (2020). The role of decision-maker in crisis management: A qualitative study using grounded theory (COVID-19 pandemic crisis as a model). *Journal of Public Affairs*, 20(4), 1-11.

Al-Hariri, M. S. (2010). *Crisis management: economic, financial and administrative problems*. Amman: Dar Al Bidaya publishers and distributors.



Al-Ketbi, S. (2020). "Corona" and the role of leaders in crisis management. Retrieved from Elaph: <https://elaph.com/Web/opinion/2020/04/1288261.html>

Al-Khatib, M. H. (2015). Skills of Strategic Leadership and its Relation with Crisis Management "A Field Study on the Palestinian Local Institutions in Gaza Governorates". *Master Thesis*. Al-Azhar University-Gaza.

Al-Sarraj, Y. (2020). *The municipalities of the Gaza Strip announce a gradual reduction in services due to the worsening financial crisis*. Retrieved from Gaza municipality: <https://gaza-city.org/public/index.php/news>

Amyulianthy, R., Muda, R., Said, J., & Setyaningrum, D. (2021). Examining The Moderating Role Of Performance Measurement System On Relationship Between Audit Results And Performance Of Indonesian Local Authorities. *Journal of Contemporary Issues in Business and Government*, 27(1), 2040-2058.

Awad, R. R. (2010). Obstacles of Geographic Information System Implementation in Gaza Strip Municipalities-Palestine. *Master Thesis*. Palestine: The Islamic University of Gaza.

Bakir, H. M. (2016). Obstacles in the achievement of the major municipalities of the Gaza Strip for their services during emergency situations. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza.

Beshi, T. D., & Kaur, R. (2020). Public Trust in Local Government: Explaining the Role of Good Governance Practices. *Public Organization Review*, 20, 337-350.

Çapar, S., & Koca, M. (2022). Provincial administration in crisis and emergency management in Turkey. *Journal of Human Sciences*, 19(2), 150-161.

Chabani, M., & Chabani, W. (2014). Managing financial crises according to accounting information systems. *journal of economics and applied statistics*, 11(1), 196-206.

Christensen, T., & Læg Reid, P. (2020). The coronavirus crisis—crisis communication, meaning-making, and reputation management. *International Public Management Journal*, 23(5), 713-729.

Claeys, A.-S., & Coombs, W. T. (2020). Organizational Crisis Communication: Suboptimal Crisis Response Selection Decisions and Behavioral Economics. *Communication Theory*, 30(3), 290-309.

Dagiliene, L., & Šutiene, K. (2019). Corporate sustainability accounting information systems: a contingency-based approach. *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, 10(2), 260-289.

Dalloul, M. H. (2019). The Extent of IT Infrastructure Development and Its Relationship to Accounting Information Systems Efficiency in Palestinian Governmental Higher Education Institutions in The Gaza Strip: an Applied Study. *Finance and Business Economics Review (JFBE)*, 3(3), 101-128.

Dalloul, M. H., binti Ibrahim, Z., & Tajul Urus, S. (2022a). The Role of the Accounting Information Quality in Pre-Financial Crisis Management at Palestinian Government Universities. *International Journal of Academic Research in Accounting, Finance and Management Sciences*, 12(1), 64-78.

Dalloul, M. H., binti Ibrahim, Z., & Tajul Urus, S. (2023). The Impact of Quality Dimensions of Accounting Information System Success on the Effectiveness of During-Financial Crisis Management: The Mediating Role of System Usage in a Government Sector Context. *Asian Economic and Financial Review*, 13(1), 18-48.

Dalloul, M. H., Ibrahim, Z. b., & Urus, S. T. (2022b). The Association Between the Success of Information Systems and Crises Management (A Theoretical View and Proposed Framework). *International Journal of Asian Social Science*, 12(1), 55-68.

Elsharif, T. A. (2019). The Elements of Accounting Information Systems and the Impact of Their Use on the Relevance of Financial Information

in Wahda Bank—Benghazi, Libya. *Open Journal of Business and Management*, 7(3), 1429-1450.

Ghoneim, M. A. (2004). The role of computerized management information systems in the decision-making process in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. Gaza, Palestine: The Islamic University of Gaza.

Ghorab, I. K.-F. (2017). The role of the budget as a planning tool to exploit the financial resources in the Gaza strip municipalities. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza.

Hijazi, N. (2017). *The Union of Municipalities in Gaza warns of a renewed electricity crisis*. Retrieved from Palestine Today News Agency: <https://cms.paltoday.ps/ar/post/296662>

International Monetary Fund (IMF). (2010). The IMF-FSB Early Warning Exercise - Design and Methodological Toolkit. *Policy Papers*, 2010(78), 1-41.

Kapucu, N., Özerdem, A., & Sadiq, A.-A. (2022). *Managing Emergencies and Crises: Global Perspectives*. US: Jones & Bartlett Learning.

Mavhura, E. (2020). Learning from the tropical cyclones that ravaged Zimbabwe: policy implications for effective disaster preparedness. *Nat Hazards*, 104, 2261-2275.

Ministry of Local Government. (2012). *A guide to accounting procedures according to the cash basis*. State of Palestine, Ministry of Local Government.

Ministry of Local Government. (2019). *The strategic framework for the transformation into electronic municipalities (2019-2023)*. State of Palestine: Ministry of Local Government.

Municipal Development and Lending Fund. (2011). *Financial policies and procedures related to a medium or small Palestinian municipality*. Municipal Development and Lending Fund.

Pedersen, C. L., Ritter, T., & Di Benedetto, C. A. (2020). Managing through a crisis: Managerial implications for business-to-business firms. *Industrial Marketing Management*, 88, 314-322.

Sabbah, R. S. (2013). Obstacles to strategic plans implementation in Gaza strip municipalities: from the perspective of top and executive management. *Master Thesis*. The Islamic University of Gaza.

Salim, F. M. (2007). The effect of applying the cash basis on the significance of accounting information for decision makers in the municipalities of the Gaza Strip in Palestine. *Master Thesis*. The Islamic university of Gaza.

State Audit & Administrative Control Bureau. (2016). *Report of the State Audit & Administrative Control Bureau, Annual Report 2016: Control & Audit for Construction, Development & Good Governance Enhancement*. State Audit & Administrative Control Bureau - State of Palestine.

State Audit & Administrative Control Bureau. (2018). *Report of the State Audit & Administrative Control Bureau, Annual Report 2018. Control & Audit for Construction, Development & Good Governance Enhancement*. State Audit & Administrative Control Bureau - State of Palestine.

Stefanova, M. (2019). Methodology for assessing the activities of local authorities to protect the public interest. *Public policy.bg*, 10(4), 3-19.

Suleimany, M., Mokhtarzadeh, S., & Sharifi, A. (2022). Community resilience to pandemics: An assessment framework. *International Journal of Disaster Risk Reduction*, 80, 1-14.

Sutherland, T. (2013). The Management of the Effects of a Hurricane: A Study of Higher Education Crisis Management Processes as Viewed through a Performance Management System. *Doctoral dissertation*. United States: Texas A & M University.

Vahedi, M., & Arvand, H. (2020). The Role of Information Systems in Decision-making and Public Policy Making. *Journal of Management and Accounting Studies*, 8(2), 11-14.

World Bank. (2017). *World Bank: The Third Phase of the Gaza Municipal Development Project*. Washington, D.C.: World Bank.

Xue, L., Zhang, Q., & Zhong, K. (2022). Basic Concepts: Crisis and Crisis Management "Challenges of the Transition". In L. Xue, Q. Zhang, & K. Zhong, *Crisis Management in China* (pp. 23-43). Singapore: Springer.



GALINA V. KASHEVSKAYA  
European Humanities University  
01127, 17 Savičiaus Str., Vilnius, Lithuania  
*kashevskaya8185@edu-knu.com*

OLENA S. KOMOVA  
Museum of History  
Kyiv National Linguistic University  
03680, 73 Velyka Vasylkivska Str., Kyiv, Ukraine

YEVGEN V. PEREGUDA  
Department of Political Sciences and Law  
Kyiv National University of Construction and Architecture  
03037, 31 Povitroflotsky Ave., Kyiv, Ukraine

MARYNA V. GLUKH  
Department of International Law and Comparative Law  
University of State Fiscal Service of Ukraine  
08201, 31 Universitetska Str., Irpin, Ukraine

IRYNA O. TSURKANOVA  
Department of Philosophy and Political Science  
Ukrainian State University of Science and Technology  
49600, 4 Gagarin Ave., Dnipro, Ukraine

## **FORMATION OF THE STATE BUDGET IN FINLAND: THE BEST PRACTICES FOR UKRAINE ON THE WAY TO THE EU MEMBERSHIP**

### ABSTRACT

The relevance of the study is stipulated by the need to carry out democratic reforms in Ukraine on the way to the EU membership. It is also obligatory for Ukraine to make a transparent system of government policies and laws, which has been under close attention of citizens and international stakeholders since February 24th, 2022 in conditions of unimagined financial support for Ukrainians on their heroic way to independence. Therefore, the aim of the study is to propose a method of economical-political analysis of the state budget with the help of a comparison of forming principles of revenues in Finland and Ukraine. These countries are interesting for this research because they are different in terms of their political system and the level of socio-economic

development. However, a century ago both countries were parts of the Russian Empire. Finland is a member of the EU since 1996, while Ukraine is on the way to the EU membership. The article presents a method of analysis of the states' budget revenues and draws conclusions about the democratic principles for a budget planning policy to ensure democracy and economic growth. The proposed methodology can be used by political and economic analysts, civil society activists and ordinary citizens interested in the issues of transparency and efficiency of the public administration system in their country. The work is practical in nature and is focused on giving a method of a state policies and laws analysis, and on increasing the political literacy of citizens to enable them to exercise the control of the own country and society development.

**KEYWORDS:** system analysis of a government policy, state budget, citizen political literacy

**INDEX:** 1. Introduction. - 2. Materials and Methods. 3. Results and Discussion. - 3.1. Analysis of the main parts of government revenue. - 3.2. The analysis of the government revenue in Finland. - 3.3. The analysis of the government revenue in Ukraine. - 3.4. The comparison of the planning principles of the government revenue in Finland and Ukraine. - 4. Conclusions. - 5. References.

## **1. Introduction**

Since 1995, the Republic of Finland has been a member of the European Union and it needed less than 25 years to be ranked the 6th in the world according to the Democracy Index (Democracy Index 2020 Report, 2021) and the 3rd best country in the world according to the quality of life (Social Progress Index, 2022).

Ukraine is going through some very hard and tragic ordeals on its way to democracy, independent development, and membership in the European Union. There is no doubt that the government of Ukraine today is required to introduce the democratic principles adopted in the EU countries, including the principles of budgeting policy in the system of public administration. According to the Democracy Index, in 2020, Ukraine ranked 79th among the countries of the world.



Before 2022, many Ukrainian economists, analysts and scientists, and IMF experts repeatedly highlighted the need for reforms in all spheres of life. Since February, 2022, the Ukrainians think about Ukraine's rebirth and about building the country with a new economy and society based on European democratic principles.

States with different levels of development and different political systems have the main characteristics in common, namely: the functioning of the public administration institutions and the citizens' expectation (Mannheim & Rich, 1997). The citizens often wonder what values the current political system gives to its society. It is sometimes difficult to see the expected values explicitly, but it is possible to draw conclusions about the democratic principles of a political system on the basis of the data analysis of the state budget as one of the elements of the public administration system.

Ukraine and Finland were under a Russian occupation for a long time. However, despite their great political and economic potential, these countries are on completely different levels in terms of understanding the political system and at different stages of socioeconomic development (Sybirianska et al., 2018). Today, political and economic situation in Ukraine require an in-depth study of the state budget data and the budget planning policy. The country's budget is considered not only a financial plan, but also the main instrument of social stabilization and one of the factors of increasing the transparency in financial public administration in order to ensure economic growth and social development. The state revenues and expenses are the object of analysis not only by the public and the country governing authorities, but also by international stakeholders, namely: governments, financial organizations and private investors (Guliyeva et al., 2018). That is why the purpose of the research is a comprehensive comparative analysis of the state budget revenues in Finland and Ukraine.

Any interested person can do such an analysis if the state budget data are publicly available. The scientific novelty of the research consists in the fact that scientists have not previously compared Finland and Ukraine regarding public administration and there has been no multidisciplinary comparative analysis of these countries' public revenues formation policy. In this research, it is proposed to use the David Easton's model of political system analysis, applying the main criteria of the model to the analysis of the state budget planning policy.

## **2. Materials and Methods**

Various methods of a comparative analysis were used to study this issue. Thus, the study of the theoretical foundations of government revenues in the studied countries and the analysis of indicators were carried out with the help of analysis and synthesis. The comparative method was used to compare indicators of government revenues and their percentage ratio.

With the help of the graphic presentation method, visual charts and indicators were presented which allowed to describe the current picture in the analyzed countries. In addition, the presentation of the political system, was added. The reasons for comparing government revenues were also investigated (Ruslan et al, 2020).

The main criteria for the political system model, which was proposed by one of the leading American political scientists D. Easton (2019), can be extended to the policies and laws of the public administration system:

- any policy adopted by the state, as well as the entire political system, can be defined as a set of interactions by means of which values are introduced into society in an authoritative way;
- the development of any policy, including the budget policy, can be considered a political interaction that represent the system of political and social practices in the field of developing a specific policy;

- political life, as a political system should be viewed in different environments, such as physical, social, political and psychological ones, is attributed to the budget policy;

- political life, as the interaction of participants regarding the development and the discussion of public policy, is influenced by other internal and external social systems;

- political systems, as specific management policies, including budget policies, must be flexible and able to respond to changes within the system (in society) and in the external environment.

For the political comparative content analysis of state budgets, the following categories (democratic principles) were selected:

- transparency of the openness for public and stakeholders);
- transparency of the participants in the budget revenue planning (openness of government departments responsible for the budget);
- flexibility in the planning of the budget incomes in response to changes in internal and external environments;
- the impact of the budget data transparency on the citizens' trust in the state.

Plans of the state budgets of Finland and Ukraine from 2019 to 2021 were used as materials for the study. It was assumed that the data of the state budgets in 2019 reflected the rules of internal budget policy that had been established in previous years. 2020 and 2021 are interesting for the analysis of data in the context of the COVID-19 pandemic and the impact of the consequences of the pandemic on the budget execution in 2020 and the revenue planning for 2021. The budget data were taken from open sources on the official government websites. The data analysis was carried out only for the government revenues.

At the first stage of the study, the data of state budget revenues of each country were systematized by years, sources and items of income in order to

compare the corresponding revenues and then, analyze changes in the planned values by years. The collected and classified data for each country was compiled into separate tables to analyze the weight of each individual income in the total revenue. Next, the most significant income sources in the budget were arranged by years.

At the second stage of the study, based on the results of the analysis of the separate data for each country, conclusions were drawn, which are presented in the results of the study. At the third stage of the work, the results of the study were prepared as follows: the conclusions were based on comparison between two countries. For this purpose, the comparative analysis and the results of the study were completed, the theoretical and practical conclusions were clarified, the results were summarized and systematized (Horbachova et al., 2020).

### **3. Results and Discussion**

#### **3.1. Analysis of the main parts of government revenue**

The government revenue consists of several main sections that display the types of revenue (Reznik et al., 2020). The main parts of the state budget represent a group of sources and items of income. According to them, income planning is carried out. Consequently, it can be expected that there is also a control over the implementation of plans by the responsible ministries and their divisions.

The analysis and comparison of the main parts of the government revenue allows us to draw the following conclusions:

1. Tax and non-tax revenues are the main types of revenues in the analyzed state budgets.
2. Receive a part of incomes from capital transactions, which includes interest income and share returns.

### 3.2. The analysis of the government revenue in Finland

The Finnish state budget includes 4 main revenue parts, which in turn include 24 sources and 93 items of income. The government revenue with all items of income can be viewed in the official document posted at the official websites (Government's Proposal to the Parliament for the Budget for 2019, 2018; Government's Proposal to the Parliament for the Budget for 2020, 2019; Government's Proposal to the Parliament for the Budget for 2021, 2020). The main sources of the government revenue in Finland and their correlation arranged by years are shown in Figure 1.

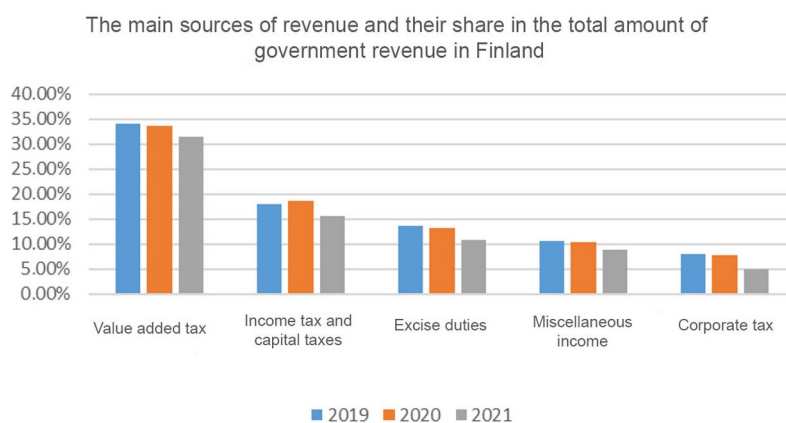


Figure 1. The main sources of revenue and their part in the total amount of government revenue in Finland

The analysis of the main part of taxes and revenues allows us to conclude that planning of tax revenues depends on the state tax policy, the types of taxes, and excise duties. The taxes group includes all tax sources of budget revenues. The weight of tax revenues in the total amount of revenues was 82.78%, 81.83% and 70.39% in 2019-2021, respectively. The target tax revenue for 2021 was reduced by 14%, as compared with the plan for 2020.

The main sources of tax revenues to the state budget are as follows:

- a value-added tax (VAT) whose weight in the total amount of government revenues for 2021 was 31.9% (which is lower by 6% than in 2020);
- an income tax and capital taxes whose weight in the 2021 plan was 15.59% (which is lower by 16% than in 2020);
- excise duties whose the weight was 10.72% (which is lower by 18.29%);
- a corporate tax whose the weight was 5.01% (which is lower by 35%).

The miscellaneous income group includes the income from eleven government ministries and from the office of the prime minister (Ivashchenko et al., 2018). The share of the income was 10.53%, 10.26% and 8.91% in 2019-2021, respectively. The plan for 2021 was reduced by 13% relative to 2020. It is important to note that the Ministry of Finance is responsible for attracting funds to the state budget from the State Pension Fund of Finland. The weight of the attracted pension funds in the total amount of the government revenues was 4.30%, 4.25% and 3.87% over the analyzed years.

The miscellaneous income group also includes other miscellaneous income, which embraces the income from fines and administrative fees (0.31%, 0.23% and 0.26% of total revenue in 2019-2021, respectively). It should be noted that not all planned receipts to the budget decreased. On the contrary, there are the income sources where there is a slight increase in the planned revenue for 2021 (an increase from 0.04% to 1.32% in inheritance and gift taxes) as follows:

- an inheritance and gift tax;
- paying back the cost of public assistance;
- an income from fines and administrative fees;
- an interest income related to taxation;
- an interest on other loans;
- an income from the recognition of profits of state-owned enterprises (there was no such an income source in 2019 and 2020);
- the repayment of other loans.

It can be assumed that the planned increase in the amount of such revenues is associated with the government's policy to support business in 2020. This policy presupposed the adoption of rules of people's behavior in public places during a pandemic and violations of these rules in 2020. Apart from that, it included the analysis of the data on the inheritance rights acquisition and the forecast of growth in inheritance and gift taxes in 2021, as well as the analysis of other statistics and government policies for 2021.

It is also interesting that the government compensated for the decrease in basic government revenues in 2021 with Net Borrowings, which were not planned in the budget for 2019 and 2020. The amount of attracted funds in the budget for 2021 was 16.76% of the total budget revenue.

The main conclusions based on the analysis of the government revenue in Finland are as follows:

- Tax revenues to the state budget are planned on the basis of the state tax policy, the types of taxes, and excise duties.
- Items of income from ministries allows the participation of the ministries in the revenues planning and, accordingly, their responsibility for the execution of the plan.
- More income tax is received from the State Pension Fund and the openness of the amount of the funds in the budget makes it possible to speak about the trust of citizens in the state in terms of fair management in the interests of society.
- A flexible change in the income plan (a decrease or an increase in individual revenues relative to the 2020 plan) allows assuming the flexible budget policy of the state, considering internal and external conditions, for example, the COVID-19 pandemic, and the ongoing analytical work on previously adopted political decisions and their effectiveness.
- The Finnish state budget contains 13 items of “other” budget revenues, which are included in each group of revenues from ministries, being the

main part of the miscellaneous revenues. In total, the weight of such “unidentified” income is 0.46% of the revenue, of which 0.39% is other income of the Ministry of Social Affairs and Health. It indicates that there is a high level of transparency of the budget data.

### 3.3. The analysis of the government revenue in Ukraine

The state budget of Ukraine is formed from five main income parts, which in turn include 15 income sources and 118 items of income, distributed between target groups. The government revenue with all income items can be viewed in the official documents published on the official websites (Law of Ukraine No. 2629-VIII ..., 2018; Law of Ukraine No. 294-IX ..., 2019; Law of Ukraine No. 1082-IX ..., 2020).

The main sources of government revenues in Ukraine and their correlation by year are shown in Figure 2.

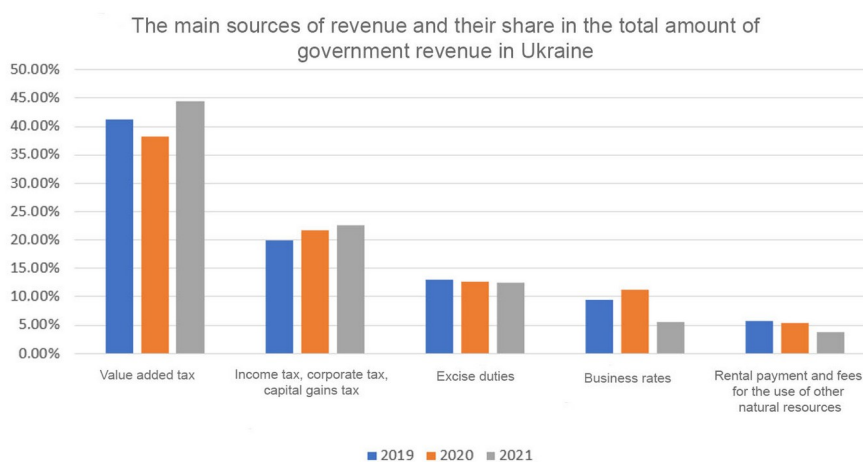


Figure 2. The main sources of revenue and their share in the total amount of government revenue in Ukraine

The analysis of the main part of tax revenue shows that such types of income are planned according to the existing types of taxes, rental payments,



and excise duties. Tax revenue weights were 83.45%, 80.84% and 86.62% in 2019-2021, respectively. In the budget for 2021, tax revenues were planned by 7.15% more than in the previous year. It is interesting to analyze the economic development policy of Ukraine for 2021 in the context of the ongoing COVID-19 pandemic. The main government revenues come from the following taxes, in order of their weight in the total amount of the revenue plan for 2021:

- a value-added tax (VAT) on goods imported into the customs territory of Ukraine whose total weight was 31.76% (by 16.43% higher than the plan for 2020);
- a value-added tax on goods (works, services) produced in Ukraine whose total weight was 12.66% (the plan for 2021 is by 50.36% higher);
- taxes and fees on personal income whose weight in the total amount was 12.42% (the plan is by 14% higher);
- a corporate income tax whose weight in the total amount was 10.10% (the plan is by 6.57% lower);
- an excise duty on excisable goods (products) produced in Ukraine, the weight in the total amount was 7.39% (the plan for 2021 is by 0.54% higher).

The value-added tax and excise duty are planned separately for two groups, namely: for goods produced in the country (products, services) and for goods imported into the customs territory of the country. Excise duty items show the types of excise duties for each group of excisable goods (products, services). Such a source of income as rental payments and fees for the use of other natural resources contains groups and items of rental income by type of natural resources, including rent for the transportation of raw materials through pipelines and the use of a radio frequency resource. The rental income plan for 2021 was reduced by 29.19%, as compared with the 2020 plan.

In the government revenue in Ukraine, the income to the budget from administrative services of state ministries are reflected in the group of non-tax receipts (Britchenko & Saienko, 2017). Such revenues are planned by the type of service, but not by ministries and institutions that provide them. For example, such a source of income as a fee for the provision of administrative services can only provide the amount of income by the type of service and does not include the responsible ministry providing such services. The income from the provision of administrative services is planned for 2021 by 17.33% higher than in 2020, which is ensured by the planned increase in the income for the issuance of licenses for the gambling organization.

Other non-tax revenues and revenues of budget institutions may also be activities of ministries and state institutions subordinate to them, which is clearly not visible in the budget but is permissible. With this assumption, the weight of the planned income from the activities of ministries and budget institutions regarding the provision of services to the population in 2021 would be 6.59% of the total amount of the state budget income. This amount of income would be by 75% higher than the rental payments and payment for the use of other natural resources, and by 18% higher than the sum of entrepreneurship and ownership incomes. In 2021, the entrepreneurship and ownership incomes amounted to 5.57% of the total budget revenues, being by 50.49% less than the 2020 budget.

Revenues from the rent for the use of the integral property complex and other state property were planned for 2021 to be 62.5% lower than in the previous year. Such a sharp decrease in planned income may be caused by a decline in business activity during the pandemic and/or by the imperfect state policy on the development of the entrepreneurial activity. The decline in the plan indicators for 2021 in terms of the income from rental payments and payments for the use of other natural resources might have occurred due to similar

reasons. These questions fall within the area of the analysis of the country's entrepreneurship development policy.

The main conclusions based on the results of the analysis of the government revenues in Ukraine are as follows:

- Tax revenues for the budget are planned on the basis of the state tax policy and the types of existing taxes, tax revenues, rental payments and excise duties.
- The government revenue is detailed in many items and grouped according to the type of income.
- Administrative and other revenues from public administration activities are planned according to the income items, but without connection with government bodies responsible for their plans of incomes to the government budget.
- The government budget of Ukraine contains two items of “other” incomes, one of which (with the weight of 0.51% of the amount of revenue) is included in the group of other non-tax receipts, while the second one (0.03 %) belongs to other sources of the revenues of budget institutions).

#### **3.4. The comparison of the planning principles of the government revenue in Finland and Ukraine**

In the course of the analysis, the main comparable data were selected for the subsequent analysis of the chosen categories of content analysis:

1. Transparency (openness) of the applicable taxes.
2. Transparency (openness) of the responsible participants in the budget revenue planning and the execution of those plans.

The compared data and analytical indicators of the government revenue are presented in Table 1.

Table 1. Comparable data and indicators of the government revenue in Finland and Ukraine

**PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE**

*Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*

Comparable data and indicators of the government revenue	Finland	Ukraine
The number of planned sources of government revenue (some sources include items of income)	24	15
The number of separately planned sources/items of income (without distributing them into groups)	96	10 6
The number of tax (and equivalent) sources of government revenue	21	15
General taxes and tax revenues	82. 78%	83. 45%
Value-added tax	33. 96%	41. 28%
Excise duties	13. 58%	12. 93%
Corporate tax (Finland)	8.0 0%	9.4 8%
Income tax and capital taxes / Taxes and fees on personal income (Ukraine)	17. 96%	10. 54%
Receipts from a foreign economic activity	No t applica- ble	3.0 3%
The number of miscellaneous/other income items	1	1
The weight of miscellaneous/other income items in the total amount of government revenue	0.0 1%	0.0 0%
Miscellaneous income (the income of each ministry in Finland)	10. 53%	No t applica- ble
Non-tax revenues	No t applica- ble	15. 43%
Other (non-tax) revenues	No	0.2

Comparable data and indicators of the government revenue	Finland	Ukraine
	t applicable	9%
Interest income and capital gains tax	4.00%	Not applicable
Governmental loans	2.70%	Not applicable
Capital taxes	Not applicable	0.12%
Inter-budget transfers from the EU, other foreign states, international organizations	Not applicable	0.15%
Gratuitous receipts (from foreign states)	Not applicable	Not applicable

Furthermore, there are main conclusions based on the results of the analysis of the principles and characteristics of transparency (openness) of the tax policy and the government revenue as follows:

- f) The state budget of Finland, as a member of the EU, is planned in accordance with applicable taxes, as well as considering the policy of maximum openness of revenue sources (96 separate sources / items for planning).
- g) The state budget of Ukraine, which is on the way to the EU membership, is planned in accordance with applicable taxes, as well as considering the policy of maximum openness of budget revenue items (106 separate sources / items for planning).

- b) The state budget of Finland is highly transparent, showing plans of ministries for their parts of revenues and their responsibility for the approved plans execution.
- i) The state budgeting policy of Ukraine did not show transparency of ministries and their plans of revenues to the government budget, as well as their responsibility for the plans and for its execution.

Having analyzed the practice of the government revenues formation in Ukraine and Finland, it can be said that the budget of Finland is more transparent than the Ukrainian one. The introduction of the following measures would be effective for Ukraine: an increase in the resources of the government budget due to the reduction of employment in the budget sphere; the reduction of the administrative apparatus within the framework of the administrative reform assuming that its primary task is to improve the quality of public services and not to achieve the cost savings budget; overcoming the high level of the shadow economy, its monopolization and corruption, and the unprofitability of legal entrepreneurship (Orlovskiy et al., 2018; Inshyn et al, 2021).

#### **4. Conclusions**

In this study, a comparative analysis of the government revenues was carried out in the context of issues of the transparency of tax policy; the openness of data on sources / items of income; the transparency of interaction and responsibility of budgeting participants; external factors influencing the government revenue, and the flexibility of the budgeting policy in terms of the government revenue planning.

Obviously, the government budget policy should provide for the transparency in the planning process through the revenue plans and the responsibility of the plans execution. The specification of sources, items and sub-items of the state budget shows the level of openness of the state budget data to all interested stakeholders, and, above all, to citizens, international partners and in-

vestors. The budget of Finland provides that. The Finnish government already enjoys the confidence of its citizens and maintains that trust by the transparency of each ministry's plan of revenue.

However, the government of Ukraine is trying to win the confidence of citizens and follows to rules of the EU in terms of openness and transparency of revenues sources. The budget incomes revenue has been detailed as much as possible. Currently, in order to enjoy confidence of the world countries and organizations in their support of Ukraine on its way to become the EU member, the government policies should be reformed in accordance with the democratic principles of openness, transparency and responsibility, which is a source for citizens' and partners' trust.

The collected data for each country, which were compiled into separate tables in order to analyze the importance of each individual income in the total income, can be useful for further researches by scholars in politics, economy, public administration, finance and fiscal service.

The research result is a developed technique of the system analysis of the government budget policies and the budget data. The materials of the article can serve as a scientific base for the multidisciplinary analysis and the audit of government policies.

## 5. References

Britchenko, I., & Saienko, V. (2017). The perception movement economy of ukraine to business. *Ikonomicheski Izsledvania*, 26(4), 163-181.

Democracy Index 2020 report. (2021). *Economist Intelligence Unit*. Retrieved from: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020-download-success>

Easton, D. (1997). Categories of systematic policy analysis. Retrieved from: <http://www.politnauka.org/library/teoria/iston.php>

Government's Proposal to the Parliament for the Budget for 2019. (2018). Retrieved from: [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/HallituksenEsi-tys/Documents/HE\\_123+2018.pdf](https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/HallituksenEsi-tys/Documents/HE_123+2018.pdf)

Government's Proposal to the Parliament for the Budget for 2020. (2019). Retrieved from: [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/HallituksenEsi-tys/Documents/HE\\_29+2019.pdf](https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/HallituksenEsi-tys/Documents/HE_29+2019.pdf)

Government's Proposal to the Parliament for the Budget for 2021. (2020). Retrieved from: [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/HallituksenEsi-tys/Documents/HE\\_146+2021.pdf](https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/HallituksenEsi-tys/Documents/HE_146+2021.pdf)

Guliyeva, A., Britchenko, I., & Rzayeva, U. (2018). Global security and economic asymmetry: A comparison of developed and developing countries. *Journal of Security and Sustainability Issues*, 7(4), 707-717. doi:10.9770/jssi.2018.7.4(8)

Horbachova, K., Dudaryov, V., Zarosylo, V., Baranenko, D., & Us, O. (2020). The right on euthanasia: The experience of the world's developed countries and the prospects of its implementation in Ukraine. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 23(1), 1-6.

Inshyn, M., Khutoryan, N., Cherneha, R., Bontlab, V., & Tkachenko, D. (2021). Correlation of labor and civil contracts related to the performance of work: Preventing the substitution of concepts. *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 33(4), 265-279. doi:10.1007/s10672-021-09373-3

Ivashchenko, A., Polishchuk, Y., & Britchenko, I. (2018). Implementation of ICO European best practices by SMEs. *Economic Annals-XXI*, 169(1-2), 67-71. doi:10.21003/ea.V169-13

Kniazieva, T. V., Shevchenko, A. V., Shevchenko, A. V., Yaroshenko, O. M., Inshyn, M. I., & Yakovlyev, O. A. (2021). Current trends in the formation and development of insurance marketing in Ukraine. *Risk Management and Insurance Review*, 24(3), 279-292. doi:10.1111/rmir.12185



Law of Ukraine No 2629-VIII “On the State Budget of Ukraine for 2019”. (2018). Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2629-19#Text>

Law of Ukraine No 294-IX “On the State Budget of Ukraine for 2020”. (2019). Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/294-20#Text>

Law of Ukraine No. 1082-IX “On the State Budget of Ukraine for 2021”. (2020). Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1082-20#Text>

Mannheim, J.B., & Rich, R.K. (1997). Political Science. Research methods. Moscow: Publishing House “Ves Mir”. 544 p.

Orlovskiy, R., Shapoval, R., & Demenko, O. (2018). Possibilities of adapting the typologies of the international standards for establishing criminal liability for corruption-related crimes in Ukraine. *Journal of Eastern European and Central Asian Research*, 5(2). DOI: 10.15549/jeecar.v5i2.230

Reznik, O., Getmanets, O., Kovalchuk, A., Nastyuk, V., & Andriichenko, N. (2020). Financial security of the state. *Journal of Security and Sustainability Issues*, 9(3), 843-852

Ruslan, K., Inshyn, M., Dmytro, S., Yelena, T., & Olena, A. (2020). Occupational safety and health of factory workers in European countries in the nineteenth century: Historical and legal analysis. *Labor History*, 61(3-4), 388-400. doi:10.1080/0023656X.2020.1775796

Sybirianska, Y., Dyba, M., Britchenko, I., Ivashchenko, A., Vasylyshen, Y., & Polishchuk, Y. (2018). Fintech platforms in sme’s financing: EU experience and ways of their application in ukraine. *Investment Management and Financial Innovations*, 15(3), 83-96. doi:10.21511/imfi.15(3).2018.07

Social Progress Index. (2022). Retrieved from: <https://yle.fi/a/3-11541102>



IULIIA S. BAKHTINA

Department of Legal Disciplines, Interregional Academy of Personnel Management, Odessa,  
Ukraine

*bakhtina8023@edu-knu.com*

**ADMINISTRATIVE DISCRETION IN STATES OF FULL  
DEMOCRACY AND HYBRID REGIME (ON EXAMPLE OF  
GERMANY AND UKRAINE)**

ABSTRACT

The urgency of the study is stipulated by the need to clarify the features of administrative discretion in states with different democracy indices (different political regimes) and to describe the verification of compliance with the limits of discretion. The purpose of the article is to make clear the correlation between the understanding and administrative discretion boundaries and the type of a state according to the level of democracy development. The research is based on the democracy index, determined annually by the Economist Intelligence Unit, according to which states are divided into four types: full democracies, flawed democracies, hybrid regimes, and authoritarian regimes. A comparative method, which was used to compare the perception of administrative discretion in Germany and Ukraine as typical states of full democracies and hybrid regimes, is the basis of the research. The article clarifies that administrative discretion should be understood as a way of exercising the powers of administrative authorities, which involves choosing one of several possible options for behavior in a specific case and is carried out in compliance with the rule of law, human rights, principles of administrative procedures, and the purpose of powers; it is substantiated that in the states of hybrid regimes the institution of administrative discretion is poorly developed, there are no clear criteria for the discretion boundaries, the issue of judicial control over decisions made with the use of discretion is uncertain; there is excessive bureaucracy. The materials of the article can be used for administrative discretion scientific research, and algorithms for

checking compliance with discretionary limits. The main provisions of the article can become guidelines for hybrid regime states to improve legislation in the area of discretion implementation.

**KEYWORDS:** administrative authority, democracy index, human rights, legal positivism, political regime, powers, rule of law.

**INDEX:** 1. Introduction. - 2. Methodological Framework. - 3. Results and discussion. - 3.1. Administrative discretion definition. - 3.2 Administrative discretion in the states of full democracy (on the example of the Federal Republic of Germany). - 4. Conclusion. - 5. References.

## **1. Introduction**

In a democratic state, public authority functions on the basis of its division into legislative, executive and judicial. This principle is a means of preventing the usurpation of power, and limiting the state bodies' arbitrariness. The executive power, as well as the judiciary, is separated from the sphere of law-making. The executive power is entrusted with the task of implementing the breves of the legislation obliging the relevant agencies to act within the limits of their powers. At the same time, the rule of law conditions public authorities to act proceeding from the human rights' and human dignity's priority. Legislation, not violating human rights, does not become a regulator of social relations: in a democratic state, public authorities cannot adopt legislation that will violate human rights, and if such a law is adopted, the authorities cannot refer to it as a basis for violating human rights (such the law must either be repealed by parliament or declared unconstitutional by a constitutional review body).

Herewith, as it is known, legislation is quite abstract (especially modern legislation): the legal norm provides for a model of behavior, it cannot cover the variety of human behavior manifestations. Under the conditions of bureaucratization of the administrative sphere, it can cause obstacles to the human rights' implementation. Therefore, the following situation is created: if a public servant takes legal norms literally, regardless of the human rights priori-

ty, then law might not be implemented (which may later be recognized by the court as a violation of a specific right and cause appropriate consequences of general and individual nature, including fair satisfaction payment); if a public servant neglects the requirements of legal norms, guided by “noble” intentions, this creates a threat to law and order, leads to arbitrariness in the public authorities’ activities, and encroaches on the values of a democratic society.

Thus, the abovementioned points to the permanent urgency of such an issue as administrative discretion. Judicial Discretion is a quite studied legal phenomenon. In this context, it is worth mentioning the paper of A. Barak (1989), in which the author - the head of the Supreme Court of Israel – basing on his own experience, examines the problem of the judge’s choice of behavior when two different decisions-making are possible in a case. However, a public servant of an executive authority has completely different powers than a judge, and he usually does not possess a legal education.

Administrative discretion became the subject of scientists’ attention, including in the conditions of the rule of law. J. Heath (2020) notes the incorrectness of legislative and judicial strategies regarding the reduction of administrative discretion. The author considers the rule of law as a means of improving administrative discretion and preventing abuse of power. Peculiarities of administrative discretion were the subject of research by V. Omelyan, (2019), who claims that administrative discretion is a legal fiction and requires normative regulation and she defines administrative discretion as an opportunity of public administration subjects objectively conditioned by the circumstances of the case, that is enshrined in legal norms , to independently assess the actual circumstances of the case with subsequent selection of the optimal model of one’s own behavior from several alternative options.

The study by A. Konstant (2016), in which the author criticizes the position of the Constitutional Court regarding discretionary powers and the assessment of broad discretion, is quite original. Partial aspects of discretion in the

state authorities' activities to ensure children's rights were studied by O. Kovalova et al. (2019). D. Golovin et al (2022) covered the possibility of using discretion by pre-trial investigation agencies. The authors focused attention on the specifics of solving specific issues in the relevant field, without generalizing the provisions regarding the discretion of state authorities.

It should be added that administrative discretion is constantly in the center of scientists' attention. Let's recall the research of H.J. Laski (1923), in which he came to the following conclusion: "For only by making discretion effectively responsible can we hope to give the modern state the instruments of which it stands in sore need", back in 1923. G. E. Treves (1947) compared administrative discretion in the English and French systems of law, challenging the established view of the favorable conditions for this discretion in the English system. Sunkin M. (1983) studied discretion in public law. Administrative discretion in private and public law became the subject of knowledge by T. Daintith (2005).

Thus, the general understanding of administrative discretion, its application in certain areas of public administration is the subject of scientists' permanent attention. However, to date, there has been no comparison of general approaches to administrative discretion in states with different indices of democracy. State authorities should act only within the limits of their powers. At the same time, administrative discretion, allowing public administration authorities to apply abstract legal prescriptions in order to settle specific cases, is a component of these powers. Therefore, administrative discretion in a certain way determines the limits of the public authorities' powers. Thereafterfore, in our opinion, it is crucial to compare the perception of administrative discretion in states with a full-fledged democracy and states with a transitional (hybrid) regime.

An additional factor determining the topicality of the study are the following circumstances that stipulate the wide application of administrative discretion by public administration authorities:

- in the conditions of the COVID-19 pandemic, in order to prevent the disease of the population, public authorities significantly restricted human rights. Herewith, in a number of states, such restrictions were introduced not by the parliament, but by the executive bodies of the state power, and sometimes such restrictions were excessive. And in authoritarian regimes, the measures restricting human rights were used to further strengthening of the public authorities' repressive actions. Human Rights Watch, the international non-governmental organization, reported at its official web portal that "For authoritarian-minded leaders, the coronavirus crisis is offering a convenient pretext to silence critics and consolidate power. ... The health crisis will inevitably subside, but autocratic governments' dangerous expansion of power may be one of the pandemic's most enduring legacies" (Roth, 2020). "Under such conditions, the lack of a clear algorithm for the use of public administration tools is absolute and leads to the fact that the most important management decisions are made on the basis of administrative discretion" (Kivalov, 2020);
- due to the armed aggression of Russia, millions of Ukrainians sought temporary protection in the European Union states. At the same time, there were actually no procedures for providing such shelter, which became a challenge for public administration authorities.

## **2. Methodological Framework**

The study is based on the democracy index, determined annually by the Economist Intelligence Unit. This index is calculated based on 60 indicators grouped into 5 categories (2 categories are related to the subject of our knowledge – civil liberties, functioning of government). The democracy index con-

stitutes the average value of these categories. According to the obtained value, states are divided into four types: full democracies, flawed democracies, hybrid regimes, authoritarian regimes.

To achieve the goal of the study, we chose states that, according to the democracy rating, belong to full democracies and hybrid regimes. Full democracies and flawed democracies differ little from each other (in the context of our study), which will not allow us to see clear differences in the understanding of administrative discretion. Authoritarian regimes are based on dictatorship, they are characterized by the violation of human rights, restrictions on civil liberties, the judicial system is dependent on the state leadership, there is excessive bureaucracy, etc. Therefore, administrative discretion is also limited in these states, and this fact determined our choice of two types of states - full democracies and hybrid regimes. Germany, which has long been characterized as “full democracies”, plays a system-forming role in understanding law of the states that make up the Romano-Germanic legal system, and plays an important role in the European Union, was chosen as a state of the first type.

Ukraine is chosen as a “hybrid regimes” state. This choice is based on the binary characteristics of administrative management in this state. On the one hand, even today one can feel the long time that Ukraine had been part of the Soviet state (significant bureaucracy, the priority of the “letter of the law” over human rights, politicization of management decisions, etc.; this is confirmed by a significant number of appeals from persons under the jurisdiction of Ukraine to the European Court of Human Rights and the results of consideration of applications. On the other hand, it is the declaration of the European choice (the Constitution of Ukraine (1996) states the following: “confirming the European identity of the Ukrainian people and the irreversibility of the European and Euro-Atlantic course of Ukraine”) and the desire to become a member of the European Union. In addition, on June 23, the European Council (2022) decided to grant Ukraine the status of a candidate for EU member-



ship. In addition, according to the results of the democracy index, Ukraine belongs precisely to the states with hybrid regimes for a long time.

A comparative method, which was used to compare the perception of administrative discretion in Germany and Ukraine as typical states of full democracies and hybrid regimes, is the basis of this study. The study of the perception of administrative discretion within the boundaries of an individual state was carried out with the help of content analysis, which ensured the possibility of distinguishing the features of the subject of knowledge under different regimes.

The purpose of the study determines the structure of the study: first, we focus on the general understanding of administrative discretion allowing us to determine the object of knowledge and subsequent comparison; secondly, we will cover the requirements for administrative discretion in Germany; thirdly, we will explain the perception of administrative discretion in Ukraine (at the same time, we will focus on similarities or differences in the perception of discretion in Germany and Ukraine); fourth, the final conclusions of the comparison of the requirements for administrative discretion in the two states and the determination of the general criteria for the administrative discretion application will be set forth in the conclusions.

### **3. Results and discussion**

Administrative discretion should be understood as a way of exercising of the administrative authorities' powers, which involves choosing one of several possible options for behavior in a specific case and is carried out in compliance with the rule of law, human rights, principles of administrative procedures, and the purpose of powers. It is mandatory to justify the decision made with the use of discretionary powers. Failure to use discretionary powers or making unfair, unfounded decisions should be qualified as illegal activity (inaction) of an administrative authority. Such activity should be subject to judicial control.

Verification of the legality of the decision made by the administrative authority must establish the following: a) whether the administrative authority had discretionary powers in the case under consideration; b) whether the exercise of discretionary powers in the case under consideration is subject to judicial review; c) whether the administrative authority acted in accordance with the purpose of the powers; d) whether the principle of the rule of law has been observed by the administrative authority; e) whether human rights haven't been violated by the administrative authority; f) whether the administrative authority followed other principles of administrative procedures.

The above provisions are implemented in full democracies, where the legal system is based on the natural understanding of law, on the recognition of the state's duty to ensure human rights (the fulfillment of this duty is associated with the granting of powers to public authorities); on the legality of the administrative authorities' activity; on the possibility of judicial control over the administrative authorities' decisions. In the states of hybrid regimes, the institution of administrative discretion is poorly developed, there are no clear criteria for the limits of discretion, the issue of judicial control over decisions made using discretion is unclear; there is excessive bureaucracy. The issue of discretion application is regulated by subordinate legal acts. This is a consequence of legal positivism prevalence.

### **3.1. Administrative discretion definition**

Usually, the term "discretion" is associated with the ability to independently choose a variant of one's own behavior. At the same time, administrative discretion reflects the way of exercising the powers by the public authority. Under the rule of law, a number of requirements, one of which is the requirement of legality, towards the public authorities' activities, including public administration authorities' activities, are raised. The activities of public administration authorities should be carried out strictly within the limits fixed by law. It

is the law that empowers these bodies to act accordingly and it is the law that determines the limits of the powers.

We focus on that that is generally unconsidered by scientists. Thus, it is quite often noted that administrative discretion is the powers of an administrative authority however, this cannot be agreed with based on the following. It is hardly possible to imagine enshrining in the legislation a norm that will directly indicate that “a public administration authority is granted the right to exercise administrative discretion”.

Usually, fixing of discretionary powers is carried out indirectly. Thus, the legislation may contain a list of possible actions of public administration authorities, without determining (or partially determining) the grounds for such actions. It can also be a fixation of evaluative concepts (which are determined by law nature). Moreover, we can note that the field of law is related to evaluative concepts. Quite rightly, D. Priel (2010) points out the established opinion among scientists that the theory of law is evaluative, and it requires making judgments about the importance of something or someone. We would like to add that we agree with this author about the incorrectness of the opinion about law moral neutrality (some aspects of this provision will be revealed below). In the same context, we cannot but mention the study of J. L. Slosser (2019) on the use of metaphors as a reasoning factor in the European Court of Human Rights activities. “The act of metaphorical framing by the Court on evaluative judgment is quite clear, at least in terms of viewing it from the standpoint of justificatory hindsight” (Slosser, 2019).

The issue of administrative discretion limits deserves special attention. The answer to this question, in our opinion, is related to the attitude towards administrative discretion. Scientists perceiving administrative discretion as an extreme measure, as an exception to the general process of exercise of powers by a public administration authority, assert the position of the need for clear normative regulation of the of administrative discretion limits. Such under-

standing of administrative discretion is mostly characteristic of states with a non-democratic political regime. Thus, “The trend of detailed regulation of the administrative procedures, which leads to an excessive reduction in the scope of discretionary powers of public administration, continues to actively gain momentum in our country” – indicates M. Allars (2000), characterizing the state of legal regulation in Russia. Attempts to regulate administrative discretion in detail are, in our opinion, a mistaken means of human rights assertion. Moreover, on the contrary, the presence of a large number of by-laws and regulations deprives public administration authorities of the opportunity to act effectively, and leads to excessive bureaucracy becoming a factor in the improper human rights’ implementation. In addition, such excessive regulation does not take into account the nature of legal norms constituting standards, a generalized model of behavior, which cannot fully cover the multifaceted manifestations of human activity, and encroach on the freedom of human activity to some extent.

In contrast to technical norms fixing the appropriate way of human behavior with equipment, legal norms are not instructions for using technical means, in many cases they cannot provide for a single variant of behavior that is anticipated in legislation in advance. Making a decision in a case involves the public administration authority’s activity to assess the actual circumstances of the case, which introduces an element of subjectivity into the public authority’s activity, which cannot be eliminated purely by the subordinate legal acts adoption. At the same time, the legislation can determine the limits of discretion of the public administration authority (moreover, these limits should be determined in the legislation, in particular by means of the principles, administrative process basic provisions, etc.).

That is why scientists, perceiving administrative discretion as a phenomenon inseparable from administrative activity, focus on those factors that determine the administrative discretion limits (which prevent the transformation of

administrative discretion into the arbitrariness of public administration authorities). After all, it is quite obvious that administrative discretion cannot be exercised arbitrarily. This understanding of administrative discretion is mostly characteristic of states with a democratic political regime. In this regard, we can note that administrative discretion is not an arbitrary exercise of powers by a public administration authority, administrative discretion has limits, and therefore, control can be carried out to see if these limits have not been violated. Therefore, it is impossible to perceive administrative discretion as such an activity that is not amenable to control and is arbitrary.

In our opinion, decision validity assessment (which, in turn, requires the public administration authority to provide the rationale for the decision) is one of means of monitoring compliance with the limits of administrative discretion. Especially in case when human rights are restrained because of the decision. The justification of the decision is a means of legitimizing the public administration authority's actions. Let us point out that this topic is quite relevant and requires specific studies, which have hardly been conducted, in contrast to studies of court decisions legitimation, which are also insufficiently researched. "Studies examining the effect of argumentation in judicial opinions are limited but generally suggest that furnishing a monolith of reasons does not have persuasive power" (Scurich, 2018). Although one cannot fully agree with the specified author regarding the non-persuasiveness of the argument, especially in the aspect of monitoring compliance with the administrative discretion limits.

In democratic societies, the means of determining the administrative discretion limits are legislation, principles of law, and deontological requirements for the public servants' activities, etc. First of all, let's refer to the rule of law. According to the Venice Commission (2011), reflected in the Report on the Rule of Law, the rule of law is a complex phenomenon including the following characteristics:

- legality;

- legal certainty;
- prohibition of arbitrariness;
- access to justice;
- observance of human rights;
- equality and non-discrimination.

As we can see, all components of the rule of law are directly related to the public authorities' functioning in general and subjects of public administration in particular. At the same time, the thesis of D. Dedov (2014) that the doctrine of the rule of law plays an important role in ensuring human rights is also correct. X. Zhang (2018), comparing judicial control with administrative discretion, points out that the rule of law has several meanings, one of which implies that public administration should be carried out within the limits of rules and principles that limit discretionary powers.

The Preamble of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) emphasizes the rule of law as a common axiological heritage of European states. This prescription directs subjects of the application of legal norms to implement the requirements of the rule of law in their activities. In this aspect, it is worth agreeing with S. Kirste (2014) that the rule of law and a law-based state have a common goal: limiting public power. The provisions of these doctrines are implemented in a democratic society. Let us refer to the European Court of Human Rights (2000) statement "the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention". Let us add that although the European Court of Human Rights tries not to define concepts (including the rule of law and democracy), however, the analysis of its decisions allows us to distinguish the characteristics of a democratic society, in particular, freedom, liberalism, tolerance, equality, pluralism, creation conditions for a person self-realization (Jacobs et al, 1996).

In the context of the subject of our research, we can note such an element of the rule of law as equality and discrimination prohibition, which is understood as the prohibition of different treatment of persons who are in similar circumstances (*Relating to Certain Aspects of the Laws...*, 1968) and the prohibition of the same treatment of persons who are in different circumstances (*Case of the Former King of Greece and Others...*, 2000). It is quite obvious that this principle contains requirements for subjects of public administration, including regarding decision-making with administrative discretion use. Public authorities are obliged to balance the interests of different individuals and groups, acting impartially, realizing the values of pluralism as the basis of democracy (Iemets et al., 2020).

In our opinion, the limits of administrative discretion are also requirements related to good governance (the doctrine of proper governance includes the rule of law). For example, the European Court of Human Rights (2009) in the case of *Moskal v. Poland* referred to the principle of good governance noting the need for public authorities to 1) carefully clarify issues that are important to a person, 2) act in a timely and consistent manner.

The decision of the European Court of Human Rights in the case of *Rysovskyy v. Ukraine* (2011) is an additional argument of our attitude towards good government as administrative discretion boundaries: “In particular, it is incumbent on the public authorities to put in place internal procedures which enhance the transparency and clarity of their operations, minimize the risk of mistakes. ... the “good governance” principle may not only impose on the authorities an obligation to act promptly in correcting their mistake, but also necessitate the payment of adequate compensation or another type of appropriate reparation to its former good-faith holder”.

Let us add that such components of good governance as Transparency, Responsiveness, Consensus orientation, Equity, Effectiveness and efficiency, Accountability, as well as the rule of law, mentioned above, are the factors that

determine the of administrative discretion limits. Ethical requirements for the public servants' activities are also factors that indirectly affect the activities of public administration authorities in the context of the administrative discretion application. Codes of ethics are considered as a means of perceiving certain moral principles and requirements, ensure the efficiency of public administration, and contribute to a positive image making. Therefore, it is rightly noted that "In recent times, the issue of ethics and accountability has been of great interest to scholars, human resources (HRs) practitioners, and the governments especially in this era of globalization and sustainability" (Ukeje et al., 2020).

Thus, discretion is a means of exercising the powers of public administration authorities. Administrative discretion should not be perceived as arbitrariness of public administration authorities. There are a number of doctrines, principles, and provisions in law determining the administrative discretion boundaries and allowing checking an administrative act as to exceeding the powers of an administrative authority.

### **3.2 Administrative discretion in the states of full democracy (on the example of the Federal Republic of Germany).**

Let us note that this part of the study is largely descriptive, however, this description is the result of a generalization of scientific literature and German legislation and allows to form a general idea of administrative discretion in Germany (which is the basis for further comparison). In the Federal Republic of Germany, discretion is usually interpreted as a term of public law that refers to a situation where the administration, considering a case, can choose between different options for behavior, for example, when promulgating an administrative act. Herewith, two types of discretion are distinguished:

- 1) discretionary right – covers cases when the administration intends to take certain measures or not to take such measures;
- 2) the right to discretion – covers cases that refer to specific permissible measures that the administration intends to take (Krumme, 2018).



Although it is worth pointing out that German scientists pay little attention to administrative discretion definition, however, they focus on the applied aspects of the administrative discretion exercise, how to improve the legal doctrine in terms of the administrative powers perception, explaining the features of this legal institution in conditions of a supranational, transnational or international administrative system, as well as clarifying the administrative discretion boundaries at the national, European and international levels (Wendel, 2019).

The analysis of German legal literature allows us to draw a conclusion about a somewhat formalized approach of the German legislator to the administrative discretion legal regulation (as well as the public administration authorities' activities in general). In our opinion, this fact additionally confirms such a feature of the continental legal system as the presence of developed legislation and the significant role of laws in social relations regulating. In Germany, as long ago as the beginning of the second half of the 20th century, the Law on Administrative Procedures (Bundestag, 1976) codifying the administrative and procedural norms existing at that time, unifying the activities of public administration bodies, and establishing uniform rules for all administrative procedures, was adopted. Let us emphasize that, given that the German legal literature is mainly focused on the interpretation of statutory provisions on administrative discretion, we will also focus on the Administrative Procedures Act provisions' analysis (Bundestag, 1976).

Federal law clearly delineates when discretion can be exercised at the initial stage of an administrative procedure and when it cannot. Thus, when an administrative authority is required by law to act upon a demand or only upon an application (and the demand or application has not been submitted), an official cannot initiate an administrative procedure at his own discretion. In the same context, one cannot but mention the norms enshrined in § 47 of the Law on Administrative Procedures (Bundestag, 1976), according to which a deci-

sion of an administrative authority, which can only be adopted as a legally binding decision, cannot be interpreted as discretionary decision.

Therefore, we can see a systematic perception of various types of administrative acts, in particular, in the context of the possibility or impossibility of using administrative discretion during their adoption. A systematic interpretation of the above legal norms allows us to conclude that the administrative authority cannot exercise its discretion only in certain cases defined by law. On the positive side, it should be noted the possibility of automated promulgation of an administrative act has been established in the legislation, if the law does not provide for the possibility of administrative discretion in the case. In addition, it is appropriate to note the legislative prescription on the assessment of evidence by the administrative authority at its own discretion. The above fully confirms our conclusion about administrative discretion as a means for the administrative authority to exercise its powers. Public administration authorities will not be able to fulfill their powers without the possibility of administrative discretion using.

It is appropriate to emphasize that one of the paragraphs of the Law on Administrative Procedures is directly devoted to discretion. Thus, according to §40 of the Law on Administrative Procedures (Bundestag, 1976) if an administrative authority is empowered to act in its own discretion, it must act in accordance with the purpose of the powers and also must observe the statutory determined limitations of the discretion. According to German scientists, the application of discretionary powers by an administrative authority is carried out in a specific case, and the use of “general discretion” is not allowed (Raschauer, 2011).

As we can see, the given legislative prescription does not establish the administrative discretion definition, does not contain a list of cases when it is allowed to use discretion, does not indicate the list of administrative discretion boundaries. At the same time, the entire norm is limited to one sentence, whi-

ch gives a rather abstract idea of administrative discretion. This norm acquires a specific meaning through the practice of national courts, legal doctrine and the activities of the administrative authorities themselves.

However, such brevity of the prescription does not prevent administrative authorities from applying it effectively, preventing arbitrariness. One of the factors for the correct application of the given prescription is the requirement fixed in §39 of the Law on Administrative Procedures (Bundestag, 1976), obliging administrative authorities to justify a written or electronic administrative act. Herewith, the requirements for such a justification are established by law: it is necessary to specify the factual circumstances that influenced the decision-making, the legal grounds, as well as those provisions (principles) that were taken into account by the administrative authority. In addition, the legislation contains an exceptional list of cases when justification of an administrative act is not required.

The above provisions are fully consistent with the above description of administrative discretion and justification as a means of legitimizing an administrative decision and a basis for control over compliance by a public administration authority with the limits of powers. In our opinion, special attention needs to be paid to the clarification of the legislative requirement regarding compliance with the purpose of powers (in states with a democratic political regime and a non-democratic political regime, there are significant differences in the understanding of the concept of the administrative authorities' powers).

Let us emphasize that in the German scientific literature almost no attention is paid to the theoretical aspects of determining the powers of public administration authorities. As an exception, let's mention the paper of L. Goldschmidt (2020), devoted to explaining the nature of the powers of the state body, as well as the paper of H. Renner (2021), the subject of which is discretion in administrative proceedings.

At the same time, the analysis of legal scientific literature allows us to draw the following conclusion regarding the understanding of the powers of state administration authorities. The state is a form of society organization, which is entrusted with a number of tasks. State authorities are created to fulfill these tasks. In conditions of a democratic society, when the activity of state authorities is limited by human rights, the public authority, in order to fulfill its tasks, is given the opportunity to take actions, including those that restrict human rights. The term “power” is used in jurisprudence to denote such a possibility of public authorities.

However, it is a mistake to perceive powers as rights. The powers of the authority are both the rights and the duties at the same time (in addition, the emphasis should be shifted to the duty: exercising its powers, the administrative authority fulfills the tasks assigned to it by society). The powers exist in order to ensure human rights, therefore, if the exercise of powers causes a disproportionate restriction of human rights, the activity of the administrative authority cannot be recognized as legitimate in this case. In this context, the activities of public authorities in countering the Covid-19 pandemic, when excesses of powers were allowed, is quite significant. In this aspect, let us recall the Amnesty International Report 2021/22 (2022), which draws attention to the following: “Authoritarianism was on the march in Europe and Central Asia in 2021. A number of states demonstrated an unprecedented brazenness in their disregard for human rights, which threatened to make human rights commitments a dead letter and turn regional organizations into meaningless forums for empty “dialogue”. In some countries such tendencies were evidenced in continuing state overreach...”.

For example, we will also indicate the following. Amnesty International (2022) notes that in 55% of states public authorities used excessive or unnecessary force against demonstrators, and arrested human rights defenders. “Following the global Pegasus investigations, the German government admitted to

the purchase and use of NSO Group's Pegasus spyware" (Amnesty International, 2022). This kind of espionage contributes to human rights violations around the world. Therefore, administrative authorities cannot violate the purpose of their powers – human rights ensuring when making decisions. Human rights limitation can occur only in compliance with three grounds: legality, legitimate purpose, necessity of such limitation in a democratic society.

If the public administration authority is not guided by the purpose of the discretionary power, then such actions should be interpreted as the abuse of the discretionary powers. Let us add that the requirement to act in accordance with the purpose of the powers obliges administrative authorities to be guided by the principles of administrative procedures. These principles determine the limits of powers, requirements for the content of administrative activities, etc.

At the same time, let's emphasize that when an administrative authority does not use the discretionary powers granted to it by law, this can be qualified as a failure to fulfill its powers and entail (depending on the circumstances of the case) bringing the official to legal responsibility. So, if a policeman, in the presence of legal grounds for the use of weapons, does not use them, which entailed serious consequences, then it is appropriate to consider the issue of the policeman's inaction and bring him to justice. A policeman cannot justify his inaction by the fact that using a weapon is his right, not his duty. The power to use weapons is also given to the police in order to use weapons by the policeman in cases defined by law. This provision fully applies to administrative procedures.

Thus, although the German law contains a norm that enshrines the institution of administrative discretion, however, the law does not define the concept of discretion; it only specifies how to use discretion. Accordingly, the administrative authority is empowered to independently decide which decision to make in the presence of several decision options:

*first*, to act or not to act;

*secondly*, if to act, then in what way (who are the addressees of the action, means of action, what measures to take, etc.).

In our opinion, this allows us to distinguish administrative discretion from legal interpretation, which is carried out in the presence of an undefined legal concept. In the latter case, such methods of legal interpretation as grammatical, systematic, historical, and teleological should be used. Interpretation is one of the methods of rationally reaching a consensus in law, a means of determining the meaning of legal terms that is, obtaining the ideas of facts, values and obligations. It is a legal methodology that describes an intellectual path to a correct understanding of a text (Nestler, 2018).

The analysis of the scientific literature also allows us to draw a conclusion about the following difference between administrative discretion and legal interpretation: in case of discretion application judicial control is carried out regarding the legality of the decision (whether the administrative authority did not exceed the limits of its discretion); and in other case, the court checks all the aspects of the decision.

### **3.3 Administrative discretion in the states of hybrid regimes (on the example of Ukraine)**

It should be noted that the institution of administrative discretion is relatively new to the Ukrainian legal system. During the period when Ukraine was part of the Soviet state, the concept of discretion was practically not used, and there were no scientific papers in which this issue was systematically covered. And this is an additional argument for the hypothesis of our study about the difference in administrative activity in democratic states and states with a non-democratic political regime.

In contrast to Germany, the main issues, covered in scientific literature, is understanding of administrative discretion in Ukraine. Scientists analyze the features of this phenomenon quite deeply and try to formulate the authors' de-

finitions. Generalization of these scientific papers allows us to combine them into the following groups.

The first group consists of scientific papers in which administrative discretion is understood as a choice made by a public administration authority in the process of creative activity during the exercise of powers (Hrin, 2019).

The second group consists of papers in which discretion is interpreted as a specific type of an administrative authority's activity, when this body independently resolves issues on the basis of analytical, creative, intellectual work (Semenii, 2016).

The third group consists of scientific papers in which administrative discretion is understood as a measure of freedom of an administrative authority official (Omelian, 2017).

The analysis of these papers allows us to draw a conclusion about the emphasis of scientists on understanding of discretion as creative activity, intellectual activity, analytical activity, etc., which indicates excessive dogmatization. This approach is not characteristic of German scientists who pay attention to the essential signs of discretion. Herewith, it is usually about administrative discretion as the right of an administrative authority to act strictly within the limits fixed by law. We emphasize that the right of an administrative authority is perceived as a possible behavior of an official, that is, that is carried out by the will of the official himself (if the person wishes, he exercises this right, if he does not wish, he does not exercise it). In this there is also a significant difference between the German and Ukrainian perception of the rights of public authorities, as well as powers. In Ukrainian legal doctrine, the powers of public authorities are understood as a set of rights and duties. Thus, for example, when defining the powers of the police, V. Mayorov (2020) indicates that "it is a set of rights and obligations enshrined in law, which are established for the performance of a specific task (field of activity) and/or the performance of certain actions or making administrative (procedural, etc.) decisions". In addi-

tion, rights are understood as the possible behavior of administrative authorities (which is implemented at the will of the administrative authority) enshrined in the law, and duties – as the proper behavior of the administrative authority. This understanding of powers is also reflected in the decisions of the Ukrainian courts.

In our opinion, this interpretation of powers is erroneous, based on the nature of public power, which is created to perform a number of tasks set before it by society, and not to choose whether to act or not to act. The powers of public authorities are derived from the power of the people. The people authorize the government to implement public interests, create conditions for free development of a human personality. Therefore, the rights of public authorities are their duties simultaneously. Human rights and the rights of a public authority are fundamentally different legal phenomena. At the same time, in the Ukrainian legal discourse, they are quite often perceived as one and the same phenomenon, and differ only in the bearer: in the first case, this is a person, in the second, this is a public authority.

Let us add that this understanding of powers as rights and duties (as possible and appropriate behavior) of public authorities is characteristic of states with a non-democratic political regime, where the public authority is the primary one, it makes legal norms, grants rights to a person (possible behavior of a person) and duties (proper behavior of a person). And here, legal normativism is the basis of jurisprudence. In contrast to Germany, the Law “On Administrative Procedure” was adopted only in 2022 (it will enter into force only at the end of 2023) in Ukraine. This Law (2022) provides a definition of an administrative authority’s discretionary power: “discretionary power is the power granted to an administrative authority by law to choose one of the possible decision options in accordance with the law and the purpose for which such power is granted”.



The given definition generally corresponds to the interpretation of administrative discretion in the European legal discourse. First, it is about the possibility of the administrative authority to choose one of several possible options for action. Secondly, the limit of discretion is indicated - the purpose of the power. Thirdly, the legitimate nature of discretion is noted.

However, in our opinion, this law has certain shortcomings. Thus, first of all, there is no article directly related to administrative discretion. Secondly, the analysis of the text of the law allows us to draw a conclusion about the establishment of “general discretion” (“an administrative authority initiates administrative proceedings on its own initiative at its own discretion, except in the case when, according to the law, the administrative authority is obliged to initiate and start administrative proceedings” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022)). And this does not meet the European standards of public authorities’ activities, as it creates conditions for abuse of power, and is a factor of possible arbitrariness. Thirdly, it is not clear what the legislator meant by stating that an administrative act adopted by an authority that used discretionary powers is illegal. If a discretionary power is provided by law, how can the exercise of that power be illegal? It would be appropriate to point out that an administrative act, adopted exceeding the limits of discretion, is illegal.

Currently, the only act that regulates administrative discretion is the Methodology of Anti-Corruption Expertise, approved by the Order of the Ministry of Justice of Ukraine dated April 24, 2017 No. 1395/5. According to this legal act, “discretionary powers are a set of rights and responsibilities of state authorities and local self-government, and persons authorized to perform the functions of the state or local self-government, which provide the opportunity to determine at their own discretion in whole or in part the type and content of an administrative decision, which is adopted, or the possibility of choosing at one’s own discretion of one of the several options for manage-

ment decisions provided for by the normative legal act, the draft normative legal act” (Methodology of anti-corruption examination No. 1395, 2017).

The analysis of this definition indicates the application of the “general discretion” concept (the shortcomings of which we indicated above) and the interpretation of the powers of administrative authorities as a set of rights and obligations (which was also emphasized above). Let us add that this interpretation of discretion really leads to the arbitrariness of public authorities and cannot be positively perceived in a democratic society. Especially in conditions when judicial practice indicates the limitation of judicial control over the verification of compliance with the discretionary powers limits. At the same time, for example, the Supreme Court (2022) refers to the practice of the European Court of Human Rights, however, without naming specific decisions: “Regarding the possibility of courts to evaluate the acts and actions of state authorities during their exercise of discretionary powers, the ECHR in its decisions made a legal conclusion that judicial review is restrained in such cases”.

Let us note that the general results of the national courts practice’s analysis regarding the control of discretionary powers are reflected in the Report “Discretion of Administrative Bodies and Judicial Control” (Zeller et al, 2021), prepared within the framework of Project PRAVO-Justice. In this document, it is stated, in particular, that the issue of control limits over the correctness of administrative discretion application is the most difficult for judicial practice.

#### **4. Conclusion**

Thus, administrative discretion is a way of exercising powers by an administrative authority. Discretion ensures the effectiveness of the administrative authority’s powers exercise, the adoption of balanced and fair decisions taking into account the peculiarities of a specific case, contributing human rights implementation. Discretion involves the administrative authority choosing one of the possible decision options in a specific case. In order to prevent the arbitrariness of public administration authorities, the following should be fixed in the

legislation: a) discretion exercise limits (as well as the very possibility of exercising discretion); b) judicial control over the legality of a decision made by an administrative authority using discretion.

In German legislation, administrative discretion was enshrined as long ago as the beginning of the second half of the 20th century. The long existence of the institution of discretion made it possible to develop means of control over the legality of the use of discretion based on the democratic society values. In the states of full democracies, the ability of administrative authorities to use discretion as a means of exercising their powers is enshrined in law. Moreover, the administrative authority is obliged to use discretionary powers (in cases defined by law) to resolve the case. The rights of the administrative authority are at the same time its responsibilities; therefore, a failure to exercise discretion is an illegal inaction.

Herewith, the following are recognized as the limits of discretion: the values of a democratic society – human rights, the rule of law; principles of administrative authorities' activity; the administrative authorities' powers purpose. One of the means that provides the possibility of judicial control is the legal requirement to justify the decision made by the administrative authority. In Ukraine, administrative discretion is not regulated at the legislative level. The definition and individual aspects of discretion exercise are determined by a subordinate legal act. During the period when Ukraine was part of the Soviet state, the institution of discretion was not applied practically. Judiciary practice on discretionary control is vague. The adoption of the law on administrative services containing norms on discretion, and study of discretion by lawyers is determined mainly by the European vector of Ukraine's development and the desire to harmonize its national legislation with the European Union standards.

This understanding of administrative discretion is characteristic of hybrid regime states, which is determined by the following factors. The basis of law system is legal normativism, according to which public authorities are reco-

gnized as the subject of law-making. They define their powers themselves, that are perceived as rights (the ability to act as they wish) and duties (the need to act in a certain way). Therefore, administrative discretion is practically not considered; it is identical to the rights of an administrative authority. Accordingly, the criteria for judicial control over the discretionary powers use, the limits of discretion, etc., have not been developed.

## **5. References**

Allars, M. (2000). The Rights of Citizens and the Limits of Administrative Discretion: The Contribution of Sir Anthony Mason to Administrative Law. *Federal Law Review*, 28(2), 187–211. Retrieved from: <https://doi.org/10.22145/flr.28.2.3>

Amnesty International Report 2021/22 (2022). The State of the World's Human Rights. Amnesty International Retrieved from: <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2022/03/POL1048702022ENGLISH.pdf>

Barak, A. & Kaufmann, Y. (1989). *Judicial Discretion*. New Haven and London: Yale University Press. 312 p.

Bundestag (1976). *Law on Administrative Procedures*. Retrieved from: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/index.html#BJNR012530976BJNE006002301>

Case of Moskal v. Poland (2009). Application no. 10373/05. Retrieved from: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94009>

Case of Rysovskyy v. Ukraine (2011). Application no. 29979/04. Retrieved from: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107088>

Case of the Former King of Greece and Others v. Greece (2000). Application no. 25701/94. Retrieved from: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59051>

Case of Thlimmenos v. Greece (2000). Application no. 34369/97. Retrieved from: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561>

Constitution of Ukraine No. 254k / 96-VR (1996). Verkhovna Rada of Ukraine. Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text>

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). Council of Europe.

Daintith, T. (2005). Contractual Discretion and Administrative Discretion: A Unified Analysis. *The Modern Law Review*, 68(4). Retrieved from: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2005.00551.x>

Dedov, D. (2014). The Rule of Law and Legal State Doctrines as a Methodology of the Philosophy of Law. *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, 38. Cham: Springer. Retrieved from: [https://doi.org/10.1007/978-3-319-05585-5\\_5](https://doi.org/10.1007/978-3-319-05585-5_5)

European Council conclusions on Ukraine, the membership applications of Ukraine, the Republic of Moldova and Georgia, Western Balkans and external relations (2022). European Council. Retrieved from: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/23/european-council-conclusions-on-ukraine-the-membership-applications-of-ukraine-the-republic-of-moldova-and-georgia-western-balkans-and-external-relations-23-june-2022/>

Goldschmidt, L. (2020). II. Nature and Scope of State Administrative Powers. *Band 1 (pp. 371-386)*. Berlin, Boston: De Gruyter. Retrieved from: <https://doi.org/10.1515/9783112378700-013>

Golovin, D., Nazymko, Y., Koropatov, O. & Kornienko, M. (2022). Electronic Evidence in Proving Crimes of Drugs and Psychotropic Substances Turnover. *Access to Justice in Eastern Europe*, 2(14), 156–166. Retrieved from: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-n000217>

Heath, J. (2020). Administrative Discretion and the Rule of Law. *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State*. New York: Oxford Academic. Retrieved from: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197509616.003.0006>

Hrin, A. A. (2019). *Executive Authorities' of Ukraine Discretionary Powers and Their Implementation*. Kyiv. 256 p.

Iemets, L. O., Pyshna, A. H. & Hridina, K.V. (2020). Right to freedom of expression in conditions of information technologies development. *Revista Género & Direito's Edition*, 9(4), 1031–1045.

In The New York Review of Books Retrieved from: <https://www.hrw.org/news/2020/04/03/how-authoritarians-are-exploiting-covid-19-crisis-grab-power>

Jacobs, F. G. & White, R. C. A. (1996). *The European Convention on Human Rights. 2nd Edition*. Oxford. 534 p.

Kirste, S. (2014). Philosophical foundations of the principle of the legal state (rechtsstaat) and the rule of law. *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (pp. 29–43)*. Cham: Springer. Retrieved from: [https://doi.org/10.1007/978-3-319-05585-5\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-319-05585-5_3)

Kivalov, S. V. (2020). Application of administrative discretion in conditions of counteraction the spread of the covid-19 pandemic. *Public administration under modern conditions: concept, features, challenges (pp. 1–15)*. Riga: Izdevniecība “Baltija Publishing”. Retrieved from: <https://doi.org/10.30525/978-9934-588-67-9.1>

Konstant, A. (2016). Rights, administrative discretion and Dawood. *South African Journal on Human Rights*, 32(1), 106–129. Retrieved from: <https://doi.org/10.1080/02587203.2016.1162441>

Kovalova, O., Korniienko & M., Postol, O. (2019). Ensuring of child's dignity as a principle of modern education: administrative and legal aspects. *Asia Life Sciences Supplement*, 21(2), 341–359.

Krumme, J.-H. (2018). *Discretion*. Retrieved from: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/ermessen-32994/version-256523>

Laski, H. J. (1923). The growth of administrative discretion. *The Journal of Public Administration*, 1(2), 92-100.

Mayorov, V. (2020). To the issue of connecting the concepts of “competence” and “authorization” of the National police of Ukraine. *Law and State Administration*, 1(1), 85–89. Retrieved from: <https://doi.org/10.32840/pdu.2020.1-1.13>

Methodology of anti-corruption examination No. 1395/5 (2017). Ministry of Justice of Ukraine

Nestler, N. (2018). Criminal offences interpretation: interpretation ways and methodology. *juristische ausbildung. Juristische Ausbildung*, 6, 568–576. Retrieved from: <https://doi.org/10.1515/jura-2018-0122>

Omelian, O.V. (2018). The essence of administrative discretion in the activity of public administration. *Administrative Law and Process*, 2(21), 23–33. Retrieved from: <https://doi.org/10.17721/2227-796X.2018.2.03>

On Administrative Proceedings. No. 2073-IX (2022). Verkhovna Rada of Ukraine. Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text>

Priel, D. (2010). Description and evaluation in jurisprudence. *Law and Philosophy*, 29(6), 633–667. Retrieved from: <https://doi.org/10.1007/s10982-010-9081-y>

Raschauer, B. (2009). *General Administrative Law*. Springer: Vienna, 485 p. Retrieved from: <https://doi.org/10.1007/978-3-211-99262-3>

Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium (Merits) (1968). Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. Retrieved from: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525>

Renner, H. (2021). *Discretion provided in Administrative Jurisprudence and in Administrative Court Proceedings. Legal Research*. München: GRIN Verlag.

Report on the Rule of Law (2011). Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session. European commission for democracy through law. Retrieved from: <http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29003rev-e.pdf>.

Resolution of June 16, 2022 in the case No. 9901/57/19 (2022). Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105168221>

Roth, K. (2020). How Authoritarians Are Exploiting the COVID-19 Crisis to Grab Power. In Human rights watch. Retrieved from: <https://www.hrw.org/news/2020/04/03/how-authoritarians-are-exploiting-covid-19-crisis-grab-power>

Scurich, N. (2018). Styles of argumentation in judicial opinions (legitimizing judicial decisions). *Annual Review of Law and Social Science*, 14, 205–218. Retrieved from: <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-101317-031050>

Semenii O. M. (2016). The problem of abuse of administrative discretion in the activity of public administration: foreign experience analysis and generalization. *Law and Society*, 3, 132–136.

Slosser, J. L. (2019). Components of legal concepts: quality of law, evaluative judgement, and metaphorical framing of Article 8 ECHR. *European Law Journal*, 25(6), 593–607. Retrieved from: <http://dx.doi.org/10.1111/eulj.12347>

Sunkin, M. (1983). Judicial review: rights and discretion in public law. *The Modern Law Review*, 46 (5), 645–653.

Treves, G. E. (1947). Administrative discretion and judicial control. *The Modern Law Review*, 10(3), 276–291.

Ukeje, I.O., Onele, J.C., Okezie, B.N., Ekwunife, R.A., Ogbonnaya, C.E. & Nwangbo, S.O. (2020). Public service ethics and accountability. In: Farazmand, A. (eds) *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, 1–12. Retrieved from: [https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5\\_4173-1](https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5_4173-1)

Wendel, M. (2019). *Administrative Discretion as a Multi-Level Problem*. Tübingen: Mohr Siebeck, XXIX, 511 p. Retrieved from: <http://dx.doi.org/10.1628/978-3-16-156688-2>

Zeller, E., Kuybida, R. & Melnyk, R. (2021). *Report "Discretion of Administrative Bodies and Judicial Control"*. Retrieved from:



[https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/602/690/8dd/  
6026908dd95a1826017060.pdf](https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/602/690/8dd/6026908dd95a1826017060.pdf)

Zhang, X. (2018). *Towards the Rule of Law: Judicial Control of Administrative Discretion in a Comparative Context*. Retrieved from: [http://dx.doi.org/10.2139/  
ssrn.3286207](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3286207)



IVANNA MATSELIUKH  
Department of Public Administration and Medical Law  
Taras Shevchenko National University of Kyiv  
*ivanna\_matseliukh@edu-knu.com*

OLESYA RADYSHEVSKA  
Department of Public Administration and Medical Law  
Taras Shevchenko National University of Kyiv  
*olesya\_radyshevska@edu-knu.com*

OLENA V. ARTEMENKO  
Department of Administrative and Financial Law  
National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine  
*29012021va@gmail.com*

YURII LISOHOR  
Department of Law  
Financial-Legal College  
*yurii\_lisohor@sci-academy.cc*

VIKTORIIA G. YATSENKO  
Faculty of Law  
National University of Life and Environmental Science of Ukraine  
*depposhta2022@gmail.com*

## **FEATURES OF THE ACTIVITIES OF EXECUTIVE GOVERNMENT BODIES WITH AUTHORITIES IN THE FIELD OF CONSTRUCTION IN UKRAINE**

### ABSTRACT

The purpose of the article is a comprehensive analysis of the main aspects of the activities of executive authorities in the field of construction. In order to carry out a full-fledged analysis of the main aspects of the activities of the executive authorities in the field of construction, a complex of general scientific, special and legal methods was used, which ultimately allowed the authors to form relevant conclusions and proposals. It has been proven that the concept of subjects of permitting activity in the field of urban planning covers primarily subjects of legal relations, the object of which is the issuance of a permit document. On the other hand, the subject of urban planning activity (individual or legal entity) participates in such legal relations. The authors consider

such a concept of the subjects of the specified legal relations to be narrow, since the specified legal relations constitute only one element of the system of legal relations, thanks to which the permission activity is carried out. It was concluded that the current state of administrative and legal regulation of the permit system is characterized by a gradual weakening of bureaucratic procedures by public administration entities, and this, in turn, contributes to the reduction of manifestations of corruption in the field of construction. The results of this study can be used for further analysis of the entire urban planning system in the context of administrative and legal regulation, as well as for revision by the legislative body in the process of making changes to the current legislation.

**KEYWORDS:** administrative procedure; bureaucracy; permit system; public administration; urban planning.

**INDEX:** 1. Introduction. - 2. Methodological framework. -2.1. Research methods. - 2.2. Stages of research. - 3. Results and Discussion. - 3.1. General characteristics of the permit and design system in construction. - 3.2. Entities implementing the permitting and design system in construction. - 3.3. Current state and trends in the development of administrative and legal regulation of the permit system in construction. - 4. Conclusion. 5. References.

## **1. Introduction**

Construction is recognized as one of the important areas of the national economy. At the same time, this industry provides a significant range of social, household and other needs of the population. Taking into account the great economic and social importance of the construction industry, legislators paid attention to the administrative and legal regulation of social relations in it. Since the independence of Ukraine, the legislative and executive bodies have adopted a significant number of laws and regulations relating to economic and industrial relations, engineering, investment in construction, capital construction at public expense, those liable for violations of urban planning legislation, etc.

Despite some attention of scientists to the issue of ensuring the legality of permitting activities in urban planning and related categories (primarily the provision of administrative services in this area), special central categories,

such as supervision, are currently virtually unexplored. In addition, the issue of administrative and legal regulation of the permitting system of urban planning has recently undergone significant changes. Also deserves a separate analysis of the creation of the Portal of electronic services in urban planning, including the renewal of public administration entities in this area, as well as the relationship between them and other public administration entities that have relevant functions and tasks for the implementation of permitting activities in a particular area.

It should be noted that from 2011 to the present there is an administrative reform aimed at including the permitting system in construction. During this period, bureaucratic procedures for obtaining permits and submitting construction projects by economic entities were significantly reduced. Key actors in the public administration in the field of urban planning have also been reformed. Namely, the State Architectural and Construction Inspectorate was liquidated and the State Inspectorate for Architecture and Urban Planning was established in order to reduce corruption in the field of urban planning.

Due to the fact that obtaining a building permit is an administrative service, the role and importance of administrative and legal regulation is growing. Thus, the need to improve the construction and urban planning of an important part of Ukraine's economy, as well as the many conflicts that arise between developers and the active community, allow scientists to explore ways to improve the situation to improve the state policy and legislation in construction and urban planning, by means of administrative and legal regulation.

Administrative and legal regulation of the permit system in construction has not been considered separately by domestic scientists. However, it is worth noting the works that objectively analyzed the administrative and legal regulation of the construction industry as a whole. These are the works by Miroshnychenko et al. (2013), Myronets (2012), Korol et al. (2022), Rezvorovych (2016), Semenko (2011), Dubinina et al. (2019), and other scientists.

It is worth noting the work by Rezvorovych (2016), “Administrative and legal support for the implementation of state policy in the field of construction,” which identified key elements of state policy in the field of construction. Analyzed the main features of administrative and legal relations in the field of construction. The scientist researched the administrative and legal mechanism for ensuring the state policy of the construction industry. In addition, Rezvorovych (2016) formulated her own definition of “administrative and legal mechanism for ensuring state policy in the construction industry.”

Neborsky (2019) studied the methods of activity of subjects of administrative and legal relations in the field of urban planning. The scientist came to the conclusion that the urban sphere should have the appropriate administrative tools. The scientist also defined the system of principles of activity of subjects of administrative and legal relations in the field of urban planning in two planes, namely general and special, which are important for construction legislation.

Among the many representatives of administrative law who addressed the issue of administrative regulation of urban planning and construction is worth noting the monograph by Stukalenko (2017), “Administrative and legal support of the construction industry: theoretical and legal principles.” This work was, in fact, the first comprehensive scientific analysis of construction and urban planning, key areas for administrative and legal regulation of the construction sector, taking into account international standards and positive international experience of European Union member states.

## **2. Methodological Framework**

### **2.1. Research methods**

In order to carry out a full analysis of the administrative and legal regulation of permitting and design systems in construction, a set of general scientific, special and special legal methods was used, which ultimately provided the

opportunity to form appropriate conclusions and proposals. In particular, the dialectical method, which is the methodological basis of the study, allowed students to learn the general patterns of development and regulatory regulation of relations in the field of administrative and legal regulation of the permit system in construction.

The method of system analysis helped to determine the place and role of the state and to clarify the legal nature of the administrative and legal regulation of the permit system in construction. With the help of the method of synthesis the place of administrative and legal norms regulating the relations of the permitting system in construction in the system of administrative law is established. Thanks to the formal-logical method, the conceptual and terminological apparatus of the research is formulated, in particular, the definition of the concept of “permit system”, “permit”, “administrative service”, “public administration”, etc.

The structural-logical method was used during the elucidation of the system of subjects of administrative and legal support of the permit system in construction, identifying features of their administrative and legal status. The formal-legal method made it possible to reveal in construction. Modeling and forecasting methods were used to clarify ways to improve the administrative and legal regulation of the permit system in construction and ways to improve public policy and administrative legislation in this area.

## **2.2. Stages of research**

The analysis of administrative and legal regulation of the permitting and design system in construction was carried out in three interrelated and following one by one stages. At the first stage, a general description of the permitting and design system in construction was provided. The definitions of “permit system”, “permit”, “administrative service”, “permit document” are formulated. The role and significance of permits for the construction industry of Ukraine are determined.

In the second stage, a general description of the entities involved in the construction permit system was provided. The main normative legal acts that determine the legal status of the subjects of the permitting and design systems in construction are analyzed. The classification model is formulated in the form of a separate table of entities that have the authority to issue building permits.

At the third stage, the administrative and legal regulation of the permitting system in construction was analyzed. The role and importance of the administrative component in issuing building permits are determined. The main ways to improve the administrative and legal regulation of the permitting system in construction are outlined and specific proposals are given, taking into account the latest legislative changes.

### **3. Results and Discussion**

#### **3.1. General characteristics of the permit and design system in construction**

The norms of guaranteeing and ensuring human rights and freedoms declared in the national constitutional provisions are the main responsibility of the state, as they are transformed into a highly effective human rights mechanism throughout the civilized world, determining the content and direction of public administration. At the same time, in Ukrainian society, there are stable tendencies to the perception of the authorities in the perspective of the bureaucracy, which mainly focuses on the development of restrictions, permits, prohibitions, prosecution and more.

Some scholars define the permit system in a broad and narrow sense. Accordingly, the broad concept should describe the special procedure for the competent authorities to take certain actions that require special permission. In a narrow sense, the permitting system applies only to facilities defined by the Regulations on the permit system (Bandurka, 2017). According to Likhachev (2001), narrow understanding of the permit system is defined as a kind of spe-



cial administrative activity, a broad understanding should describe the permit system, which is similar in type to licensing.

Karabut and Tkachenko (2007) broadly describe both a narrow understanding of the permitting system and a broad understanding of the studied category. Thus, a narrow understanding is the activities of law enforcement agencies and other specially authorized bodies (officials) to issue permits to individuals or legal entities to carry out relevant activities (actions) in the field of circulation of specially designated items, materials and substances, opening, operation, suspension and termination of certain enterprises, workshops and laboratories; supervision of their activities, as well as the application of measures of administrative coercion for violation of the rules established by this administrative institution.” In broad understanding, it is a regulated by administrative law the procedure for obtaining natural or legal persons in executive bodies or specially authorized executive bodies economic activity, as well as other actions (types of activity), which in accordance with the current legislation of Ukraine provide for the mandatory receipt of permits by individuals and legal entities for their implementation within the prescribed period provided they comply with certain rules ”(Karabut & Tkachenko, 2007). Thus, we see that most scientists always give definitions in two planes, namely wide and narrow.

Also, permissive legal relations in the field of the permitting system are important. Thus, Siverin (2010) believes that the licensing relationship should be considered in two perspectives: in the first - as the relationship between the state and the subjects of licensing services for the organization and control of such activities; in the second - as a relationship between permitting authorities and recipients of relevant services. Supporting the outlined position, Dzharfarova (2015) states that the permit-service relationship is an administrative-legal relationship that arises between public administration bodies, individuals

and legal entities to provide opportunities to implement certain rights in compliance with mandatory requirements.

In their entirety, these relations are realized through the permitting process, the characteristic features of which, according to Lysko (2013), include the following: a set of actions performed by an administrative body; mandatory sequence of such actions; all actions taken relate to resolving the issue of ensuring the realization of the right and legitimate interests of persons to perform certain actions or engage in certain activities; the result of such proceedings is the receipt by the applicant of a permit or refusal to issue it. Thus, the permitting procedure involves a set of actions taken by the permitting authorities during the approval or execution, consideration or issuance of opinions, etc., which should precede the receipt of the permit.

Having outlined in general the understanding of domestic scientists of the permitting system and permitting relations, it is now possible to consider them in the context of construction and regulatory understanding. Thus, Part 1 Art. 1 of the Law of Ukraine "On the permit system in the field of economic activity" is a set of relations regulated by law, which arise between permitting authorities, administrators and business entities in connection with the issuance of permits, reissuance, cancellation permitting documents" (Verkhovna Rada of Ukraine, 2005).

The same law defines the concept of a permit, which should be understood - "permit, opinion, decision, approval, certificate, other document in electronic form (record of the permit, conclusion, decision, approval, certificate, other document in the Unified State register of legal entities, natural persons - entrepreneurs and public formations), which the permitting body is obliged to issue to the business entity in case of granting it the right to carry out certain actions related to economic activity or types of economic activity and / or without which the entity management cannot implement certain actions re-

lated to the implementation of economic activity or types of economic activity” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2005).

Based on the provisions of the Law of Ukraine “On the List of permits in the field of economic activity,” the main permits in construction are permit for construction work, certificate of commissioning of the completed facility (Verkhovna Rada of Ukraine, 2011b). According to Order No. 523-r, “On the List of Administrative Services of Executive Bodies Provided Through the Center for the Provision of Administrative Services” (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2014), the issuance of permits in the construction industry is included in the list of administrative services. That is why this process is regulated, *inter alia*, by the Law of Ukraine “On Administrative Services” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2012) and other relevant regulations.

It is worth noting that in recent years there has been an active reform of the entire construction system, including the permit system. Thus, the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine “Some Issues of Ensuring the Functioning of the Unified State Electronic System in the Field of Construction” was recently adopted consideration, storage, protection, accounting and provision of information in the field of construction, as well as electronic interaction between legal entities and individuals, local governments and centers of administrative services in obtaining / providing administrative services and other services in the field of construction provided by this Procedure, implementation of measures for architectural and construction control and supervision (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2021).

It is worth agreeing with the position of Galunko et al. (2018), who note that the purpose of permitting procedures is to prevent possible harm to the interests of individual citizens or state interests as a result of certain, special activities that may have such consequences. Other goals of permitting procedures include: creating opportunities for the exercise of subjective rights in ca-

ses specified by law; exercising control over certain activities. Thus, it is the legal form of permitting activity that takes the form of a permitting document.

One of the main legal acts regulating the permitting system in Ukraine is the Law of Ukraine “On Regulation of Urban Development.” In particular, the customer has the right to perform construction work after:

- Submission by the customer of the notice of commencement of construction works to the relevant body of the state architectural and construction control - in respect of construction objects, which according to the class of consequences (responsibility) belong to objects with insignificant consequences (CC1), and in respect of objects carried out on the basis of a construction passport and which do not require a permit to perform construction work in accordance with the list of construction projects approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine. The Cabinet of Ministers of Ukraine shall determine the form of the notification on the commencement of construction works and the procedure for its submission;
- Issuance of a construction permit to the customer by the state architectural and construction control body - in respect of objects that by class of consequences (responsibility) belong to objects with medium (CC2) and significant (CC3) consequences or are subject to environmental impact assessment according to with the Law of Ukraine “On Environmental Impact Assessment.” Documents granting the right to perform construction work are valid until the completion of construction. The list of construction works that do not require documents entitling them to be performed, and after which the facility is not subject to commissioning, is approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2011a).

Therefore, the permits for the start of construction work are the notice or the permit itself. Thus, it is possible to conclude that permitting administra-

tive procedures are rules regulated by the norms of administrative law and the procedure for the implementation of competent public authorities consistently performed procedural actions and decisions due to the specifics of their legal status, aimed at implementing management and public service functions, consideration and resolution of individual-specific administrative cases. In the construction industry, permitting procedures are aimed at ensuring that public authorities exercise the rights and interests of legal entities and individuals to engage in certain activities.

### **3.2. Entities implementing the permitting and design system in construction**

In general, in accordance with Art. 6 of the Constitution of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 1996), state power is exercised on the basis of its division into legislative, executive and judicial branches of power. It was this principle that became an alternative and replaced the totalitarianism of the party-state power. Most of these administrative and legal relations arise at the stages of preparatory work and construction. The subjects of interaction on the one hand are the state architectural and construction control bodies and other representatives of public authorities (providers of administrative services), on the other - customers, general contractors and contractors (recipients of administrative services). Thus, service on obtaining permits can be obtained through the centers of administrative services in the regions, which operate in accordance with the Model Regulations on the center of administrative services (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2013). Administrative services are also provided directly by the subjects of administrative services or in electronic form through the Unified State Portal of Administrative Services, including through the information systems of public authorities integrated with it.

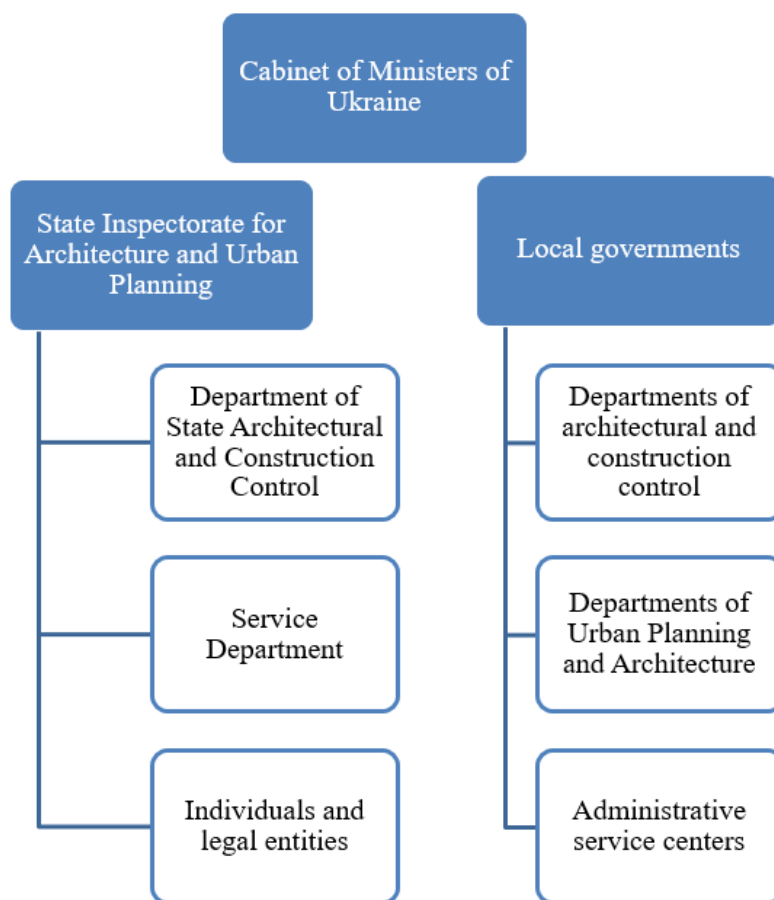
The leading role in the economy of any country, including in the field of construction, belongs to the state. The efficiency of construction management depends on the coordination of actions of regulatory bodies, determination of

their competence, and avoidance of duplication of functions. In addition, the clear organization of the activities of regulatory bodies helps to solve many problems related to the decentralization of the industry, compliance with construction legislation, combating corruption and more. It is possible to completely agree with the position of Belinsky (2012) who believes that it is more correct to divide the subjects of the permitting system into two groups, where there are recipients of permits - individuals and legal entities who, in accordance with applicable law, have expressed a desire to obtain, renew or revoke a permit.

Leshchinsky (2020), researching the system of subjects of legal relations in relation to permitting activities in the field of urban planning, conditionally divided them into two groups: the first group - are persons who realize their rights and legitimate interests; the second group is the entities that assist the first group in the realization of their rights and legitimate interests. Thus, the first group includes entities that organize the activities of permitting bodies (for example, the Verkhovna Rada, the Cabinet of Ministers, the National Civil Service Agency, administrative service centers). Accordingly, the second should include entities whose functions and tasks are the direct implementation of permitting activities (e.g., State Inspectorate for Architecture and Urban Planning, relevant departments of urban planning or architecture of the executive bodies of local councils) (Leshchinsky, 2020). Given some changes and reforms in the system of public administration in matters of urban planning and architecture guidance, the system is already outdated.

According to Art. 7 of the Law of Ukraine “On the Basics of Urban Planning” (Verkhovna Rada of Ukraine, 1992), state regulation in the field of urban planning is carried out by the Verkhovna Rada of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine, the Verkhovna Rada and the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea, local state administrations, local formation of state policy in the field of urban planning, the central executive body

implementing state policy in the field of urban planning, the central executive body implementing state policy on state architectural and construction control, other bodies in the manner prescribed by law. Based on this, we offer a schematic representation of the entities involved in the permit system in construction (Figure 1).



**Figure 1.** Entities involved in the construction permit system

Given that the field of urban planning is essential for the economy of the state and socio-economic development of the state, the issuance of permits in the field of urban planning by public authorities is a common phenomenon. Thus, the subjects of permitting activities in the field of urban planning

should be understood as participants in public relations, whose powers are the issuance of permitting documents, in which, on the other hand, the subject of urban planning (legal or natural person).

### **3.3. Current state and trends in the development of administrative and legal regulation of the permit system in construction**

The current state of development of administrative and legal regulation of the permitting system in construction is characterized by the fact that urban planning activities are complex: its implementation has an impact on all spheres of public life. This explains the exercise of public power in this area by entities of different sectoral affiliation (not only the authorized entities in the field of urban planning and architecture, but also structural units of city administrations, local governments, other statutory entities. On the other hand, urban planning activities have their own industry and professional specifics, which necessitates the implementation of appropriate control and supervision activities by a competent public authority.

According to the results of processing the positions of Stukalenko (2017), Dzhafarova (2015), and some other researchers of legal relations arising in connection with the implementation of permitting activities or the provision of administrative services in urban planning can indicate the full compliance of permitting relations in this area with such inherent features of permitting activities as a direction of public authority; variety of subjects and objects; focus on ensuring the safety of life, national interests, the environment; the public authority is a mandatory entity; focus on ensuring the rights of an indefinite number of people.

A key problem in the administrative and legal regulation of the building permit system is the existence of a large number of bureaucratic procedures, which ultimately often provoke corruption. It is possible to agree with scholars who believe that citizens who apply for services to public authorities should be exempt from bureaucratic actions by civil servants and officials. In this case, it



is necessary to introduce an international principle according to which, if civil servants are accused of corruption, they must be held accountable for their actions and be dismissed from office and never work again in similar positions in public authorities. Without ensuring openness and transparency of public authorities and creating an environment of intolerance, condemning any fact of corruption, it will be impossible to achieve a positive experience in the fight against corruption. In addition, in order to achieve effective results, it is necessary to unite and coordinate the actions of state bodies and civil society, adopt regulations, establish dialogue and interaction with the population (Lytvyn et al., 2021).

In addition, it is important to implement a coherent state policy in construction through administrative and procedural activities of the competent entity and by implementing organizational and legal principles aimed at construction efficiency, organization of its scientific, personnel, information and financial support, construction control and supervision (Stukalenko, 2017). It should be noted that the “manual” regime of these acts is now defined as a lack of legality of licensing activities in this area in the works of many researchers, it is almost universally accepted. Therefore, an important area of ensuring the legality of permitting activities in urban planning is the proper application of law in this area. Quite often Ukraine acquires certain skills and competencies in European countries, because in comparison you can find ways to solve problems faced not only by Ukraine (Artemenko et al., 2019). After all, the new reform in construction, the elimination of State Architectural and Construction Inspectorate and the launch of State Inspectorate for Architecture and Urban Planning with the appropriate new powers is the result of the development of the best foreign world practices in the regulation of urban planning.

If we consider foreign experience, the general characteristics of the construction management system in European countries are similar. Projects must

be prepared and submitted to the authority, which confirms their compliance with zoning requirements and building regulations. During construction, on-site inspections ensure that the structure is built according to the design and complies with building codes. If the construction is completed, a final inspection is carried out and a certificate of completion or a permit for use is issued. However, there are some differences between countries regarding the procedural aspects of building control (Pedro et al., 2011).

Control of planning requirements (i.e., aspects related to the use and location of construction works) and technical requirements of the building and site can be carried out in separate or combined procedures. In approximately half of the EU countries (Czech Republic, Cyprus, Ireland, Lithuania, Latvia, Sweden, Great Britain - Northern Ireland, - Scotland) there is a combined procedure for obtaining permission for planning requirements and technical requirements. In these countries, a building permit is not required before applying for a building permit. Preliminary consultations and step-by-step procedures can be used to obtain detailed information on planning and reaching informal agreements. In the other half of the EU countries, there is a separate procedure for obtaining permission for planning requirements and technical requirements. A building permit is the basis for project development, but it does not oblige the building authority to issue a building permit, as it only states that the designs submitted at this stage meet the planning requirements. A building permit does not give the right to start construction work. (Meijer & Visscher, 2008).

In almost all EU countries, there is a preliminary consultation in the processes of issuing permit documentation. This is regulated by law, happens frequently, and usually involves discussion of the tasks and responsibilities of the parties involved, planning requirements, as well as aesthetic and technical requirements. In some EU countries, local authorities adhere to agreements or information provided during prior consultations (e.g., Belgium, Cyprus, Hungary,

Italy, Latvia, Portugal and Sweden). In other EU countries, the information provided during the preliminary consultation is accurate and objective. Although advice and opinions on the merits of the proposal are given in good faith, they are not binding on the local authority or the applicant (e.g., Austria, Denmark, France, Malta, the Netherlands and England and Wales) (Pedro et al., 2010).

It should be noted that the Law of Ukraine “Law of Ukraine “On the Introduction of Changes to Some Legislative Acts of Ukraine Regarding the Reform of the Field of Urban Planning” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2022), adopted but not yet signed by the President of Ukraine, concerns the reduction of bureaucratic procedures, which generally meet European requirements in the field of permit documentation construction). Thus, it is worth summarizing that the administrative-legal component in the regulation of the permit system is an important component for the functioning of the entire construction system. At the same time, it is necessary to continue to reduce the number of bureaucratic procedures in the permit system at both the central and local levels, which are actively being implemented by the member states of the European Union.

#### **4. Conclusion**

Every year, Ukraine takes an active position on further European integration, which in turn necessitates legal reforms in all spheres of public relations. Therefore, today we can talk about active processes of reforming the system of urban planning and construction, which takes place in two main directions, namely: decentralization, i.e., transfer of powers from the central executive body in urban planning (State Inspectorate for Architecture and Urban Development of Ukraine) to local executive bodies and local governments; introduction of state architectural and construction supervision; minimization of permitting and registration procedures, including reduction of their time; personification of responsibility of subjects of town-planning activity, etc.

It was determined that the current state of administrative and legal regulation of the permitting system is characterized by a gradual weakening of bureaucratic procedures on the part of public administration entities, which in turn helps to reduce corruption in the construction sector. It is proved that the State Inspectorate of Architecture and Urban Planning of Ukraine has a wide range of powers compared to the liquidated State Architectural and Construction Inspectorate. However, the powers in general concern the expansion of the range of control and supervisory functions, without affecting the permitting functions of the newly created body.

Despite the reform of urban planning, the unresolved issues that need to be reviewed by the legislative and executive authorities remain issues: inconsistency of some legislative acts in the field of urban planning; the lack of a single unified mechanism for defining the concepts contained in various regulations; limited access to public information on urban planning; low level of involvement of the active community in the decision-making processes of public authorities in the field of urban planning.

Such shortcomings are the consequences of a large number of violations committed by urban planning entities in the field of urban planning legislation, building codes, rules and standards for the development of territories and settlements, design, planning and development, construction of new urban development activities, restoration and preservation of cultural heritage sites, etc.

## **5. References**

Artemenko, O.V., Goncharuk, L.Yu., Kachur, V.O., & Lytvyn, N.A. (2019). Environmental protection under the legislation of Ukraine and the Republic of Poland: A comparative analysis of the main features. *Bulletin of the National Academy of Sciences of the Republic of Kazakhstan*, 6(382), 178-183.

Bandurka, O.M. (Ed.). (2017). *Administrative activity of the police in questions and answers: A textbook*. Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs.

Belinsky, Yu.Ye. (2012). Bodies of internal affairs of Ukraine as a subject of realization of the permit system. *Law and Society*, 6, 108-114.

Cabinet of Ministers of Ukraine. (2013). Indicative Provision on the Center for the Provision of Administrative Services. Resolution No. 118. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/118-2013-p#Text>

Cabinet of Ministers of Ukraine. (2014). Order No. 523-r. "On the List of Administrative Services of Executive Bodies Provided Through the Center for the Provision of Administrative Services". Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/523-2014-p#Text>

Cabinet of Ministers of Ukraine. (2021). Some Issues of Ensuring the Functioning of the Unified State Electronic System in the Field of Construction. Resolution No. 681. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/681-2021-p#n40>

Dubinina, M., Luhova, O., & Kuznetsov, A. (2019). Application of fair value in the accounting, control and reporting for Ukraine in accordance with international financial reporting standards. *Financial and Credit Activity-Problems of Theory and Practice*, 4(31), 112-124.

Dzhafarova, O.V. (2015). Permitting activity of public administration bodies in Ukraine: Administrative and legal principles. Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs.

Galunko, V., Dikhtievsky, P., Kuzmenko, O., & Stetsenko, S. (2018). *Administrative law of Ukraine: Full course: A textbook*. Kherson: OLDI-PLUS.

Karabut, L.V. & Tkachenko, V.I. (2007). *Legal means of implementing the permit system by the internal affairs bodies of Ukraine*. Luhansk: Luhansk State University of Internal Affairs.

Korol, S., Nykyforuk, O., Pelekh, U., Barabash, N., & Romashko, O. (2022). Transfer Pricing Documentation: Globalization and Regional Optimization. *Universal Journal of Accounting and Finance*, 10(1), 219-230.

Leshchinsky, V.P. (2020). Systematization of subjects of legal relations concerning permitting activity in the field of town-planning. *Scientific Bulletin of the International Humanities University*, 44, 36-40.

Likhachev, S.V. (2001). Permitting system in Ukraine: Essence and correlation with the permitting policy. *Bulletin of the Kharkiv National University of Internal Affairs*, 14, 76-80.

Lysko, G.O. (2013). On the question of the nature of permitting proceedings and its place in the administrative procedure. *Bulletin of Lviv University*, 58, 152-156.

Lytvyn, N. A., Artemenko, O. V., Kovalova, S. S., Kobets, M. P., & Kash-tan (Grygorieva), E. V. (2023). Administrative and legal mechanisms for combating corruption. *Journal of Financial Crime*, 30(1), 154-166. <https://doi.org/10.1108/JFC-11-2021-0241>

Meijer, F., & Visscher, H. (2008). Building regulations from an European perspective. Paper presented at the *COBRA 2008 - Construction and Building Research Conference of the Royal Institution of Chartered Surveyors*, 1-11.

Miroshnychenko, A. M., Martyn, A., & Ripenko, A. (2013). Land privatization: From a corruption mechanism to a means of ensuring social justice. *Land Law of Ukraine*, 6, 36-50.

Myronets, I.M. (2012). *Administrative and legal regulation of construction activities in Ukraine*. Kyiv: Kyiv National University of Trade and Economics.

Neborsky, E. (2019). General characteristics of certain subjects of administrative and legal relations in the field of urban planning. *Actual Problems of Law*, 3(19), 54-58. <https://doi.org/10.35774/app2019.03.054>

Pedro, J.B., Meijer, F., & Visscher, H. (2010). Technical building regulations in EU countries: A comparison of their organization and formulation. Retrieved from <http://repositorio.lnec.pt:8080/jspui/bitstream/123456789/1004632/1/Ci18%20-%20Technical%20building%20regulations%20in%20EU%20countries.pdf>

Pedro, J.B., Meijer, F., & Visscher, H. (2011). Comparison of building permit procedures in European Union countries. Paper presented at the *COBRA 2011 - Proceedings of RICS Construction and Property Conference*, 356-375.

Rezvorovych, K.R. (2016). *Administrative and legal support for the implementation of state policy in the field of construction*. Kyiv: National Academy of Internal Affairs.

Semenko, B.M. (2011). Features of administrative liability of legal entities for offenses in the field of construction. *Law and Security*, 3, 114-117.

Siverin, V.I. (2010). *Administrative and legal principles of providing permissive services by subjects of public administration*. Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs.

Stukalenko, O.V. (2017). *Administrative and legal support of the construction industry: A monograph*. Kyiv: Kyiv Center for Educational Literature.

Verkhovna Rada of Ukraine. (1992). Law of Ukraine “On the Basics of Urban Planning”. No. 2780-XII. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2780-12#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (1996). The Constitution of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2005). Law of Ukraine “On the permit system in the field of economic activity”. No. 2806-IV. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2011a). Law of Ukraine “On Regulation of Urban Planning Activities”. No. 3038-VI. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2011b). Law of Ukraine “On the List of Permitting Documents in the Sphere of Economic Activity”. No. 3392-VI. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3392-17#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2012). Law of Ukraine “On Administrative Services”. No. 5203-VI. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2022). Law of Ukraine “On the Introduction of Changes to Some Legislative Acts of Ukraine Regarding the Reform of the Field of Urban Planning”. No. 5655. Retrieved from [https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=72212](https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72212)



## SEZIONE III



LUCA R PERFETTI  
Direttore Scientifico di PA Persona e Amministrazione  
*luca.perfetti@belex.com*

## IL VALORE DEL PRECEDENTE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

OSSERVAZIONI A PARTIRE DA DIANA SANTIAGO IGLESIAS, *LA JURISPRUDENCIA Y SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO UN ESTUDIO DESDE LA ÓPTICA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA*, MADRID, MARCIAL PONS, 2021

*STARE DECISIS AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE*  
ON DIANA SANTIAGO IGLESIAS, *LA JURISPRUDENCIA Y SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO UN ESTUDIO DESDE LA ÓPTICA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA*, MADRID, MARCIAL PONS, 2021

PAROLE CHIAVE: processo amministrativo – precedente – Spagna

KEYWORDS: administrative procedure – *stare decisis* – Spain

INDICE: 1. Perché recensire – 2. La funzione della giurisprudenza nell'ordinamento amministrativo. – 3. Problemi da discutere. – 3.1. Il problema del precedente nel diritto processuale amministrativo italiano. – 3.2. Il problema della legittimazione del giudice. – 3.3. Una trappola neoliberista non sempre avvertita; certezza e stabilità. La questione della retroattività. – 3.4. *Stare decisis* e ordinamenti continentali. Non solo una questione di tecniche di formazione del precedente (nella stagione del tramonto del legislatore). – 3.5. Il ruolo della dottrina.

### 1. Perché recensire

La recensione ad un libro – solitamente recente – è un genere letterario molto consolidato nella nostra letteratura e dal quale non ci si intende discostare. Tuttavia, sembra utile profittare di questa recensione per fissare un punto metodologico della *Rivista*.

Infatti, le recensioni possono – e molto meritevolmente – avere la funzione di aggiornare il lettore rispetto a tutti i libri rilevanti pubblicati o a molti di essi, ovvero rispetto ad un tema specifico che forma oggetto di attenzione

particolare di una determinata rivista, oppure per criticare le tesi proposte da un lavoro monografico, o altro ancora. Questa *Rivista*, pur nella meritevolezza di altri metodi e scelte editoriali, in questi anni (e sperabilmente per quelli a venire), ha scelto, invece, di utilizzare lo strumento della recensione allo scopo di trarre spunto da un libro ritenuto interessante per porre in luce temi che meritano di essere fatti oggetto di ulteriori riflessioni. Se si esaminano le recensioni ospitate fin dal volume II (1/2018), si comprende subito che lo scopo della recensione non consiste solo nel dar conto di volumi la cui lettura si raccomanda al lettore ovvero da fare oggetto di critica serrata, quanto, piuttosto, di trarre dall'occasione del volume lo spunto per porre questioni ulteriori che non vengono immediatamente affrontate ma indicate perché siano fatte oggetto di discussione; non si tratta di segnare il limite del volume, attraverso un'implicita critica che risiede nella mancata trattazione di alcune questioni, quanto – piuttosto – del contrario, vale a dire l'avvertire, attraverso la lettura del volume che si propone al lettore, l'esigenza di proseguire il discorso, di sollecitare il confronto e la discussione; il che spiega anche la ragione per la quale la quasi totalità delle recensioni riguarda libri stranieri o di autori che non appartengono ai settori disciplinari che interessano la *Rivista*. Anche queste poche pagine non fanno eccezione.

## **2. La funzione della giurisprudenza nell'ordinamento amministrativo**

**2.1.** Il volume su cui si intende spendere qualche considerazione <sup>(1)</sup> pone un tema assai significativo, vale a dire quello del precedente nel processo amministrativo e della funzione della giurisprudenza rispetto all'ordinamento amministrativo.

Questo secondo profilo, a dispetto del titolo del volume, resta sostanzialmente in ombra nella trattazione, anche in considerazione della recente pubblicazione di un importante contributo sul precedente amministrativo nella dottri-

---

1 D. SANTIAGO IGLESIAS, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2021

na spagnola <sup>(2)</sup>, sicché finisce per coincidere – venendone in buona parte assorbito – con la questione del valore del precedente; non si tratta di un problema nella nostra prospettiva, giacché il ruolo della giurisprudenza nella formazione dell'ordinamento amministrativo è un tema ben studiato dagli storici del diritto e facilmente percepibile dallo studioso e dal pratico – nonché molto più complesso da studiare scientificamente, perché occorre porre in luce i flussi di concetti, principi e regole che vanno dalla giurisprudenza al legislatore ed all'amministrazione. Il tema è affrontato analiticamente dal volume, ma nella prospettiva del perimetro entro il quale il precedente si forma ed è destinato a produrre effetto, sicché occorre fin da ora aggiungere che, circa il valore della giurisprudenza – in un diritto senza codice, come quello pubblico – si avverte anche in relazione alla formazione, nel contraddittorio giudiziale, di concetti ed istituti inesistenti nella legge e da essa tratti o legittimati, all'assegnazione di valore sistematico o di concreto contenuto a regole di diritto positivo, e via ragionando <sup>(3)</sup>.

Il volume, come anticipato, è concentrato sul problema del valore vincolante o meno del precedente giurisdizionale <sup>(4)</sup> e delle ragioni che militano a favore dell'una o dell'altra soluzione, sicché si colloca sul profilo puramente processuale della questione. Val la pena di premettere subito che si tratta di una monografia importante in sé e che merita l'attenzione del lettore in tutto il suo

2 S. DIEZ SASTRE, *El precedente administrativo : fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

3 Una recente considerazione di alcuni di questi profili è – sia pure in una prospettiva che deve essere collocata all'interno della polemica di cui l'autore è certamente protagonista (si veda, ad esempio, G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827) e, quindi, senza adesione alle posizioni sostenute in ordine alla giurisdizione amministrativa, alla giurisprudenza delle corti di Cassazione e Costituzionale e alla giurisdizione di TAR e Consiglio di Stato su diritti soggettivi – in G. VERDE, *Il riparto di giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi – interessi legittimi (storia di concetti cui si è data la sostanza di "cose")*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023, 358.

4 E' a tutti noto che il tema dello *stare decisis* è fondamentale negli ordinamenti di *common law* e largamente studiato. Non è questa la sede per una compiuta discussione del tema e della letteratura in argomento. In sintesi, basterà rinviare al recente volume T. ENDICOTT, H. D. KRISTJÁNSSON, S. LEWIS (a cura di), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, 2023 - anche per le utili considerazioni relative alla teoria dell'argomentazione, al fondamento di un simile potere, alle considerazioni sui sistemi di *civil law*, alle teorie positiviste e realiste dell'ordinamento.

rigoroso ed analitico svolgimento; in questa sede, tuttavia, premesso l'apprezzamento per il lavoro, si vorrebbero trarre spunti per una riflessione di diritto processuale italiano che la lettura del volume qui segnalato pone in evidenza e segnala come urgenti.

Il volume di Santiago Iglesias dichiara di trattarsi sul versante del diritto positivo interno, trascurando i profili che attengono al valore del precedente delle corti europee (rispetto alle quali, peraltro, la questione del precedente sarebbe in parte significativa mal posta, giacché (piuttosto) si tratta di fonti del diritto europeo) – dichiarazione alla quale l'autrice tiene fede, nonostante sia sostanzialmente impossibile trattare il diritto interno senza considerarlo parte di quello dell'Unione, sicché il volume non trascura gli ovvi profili rilevanti; questo stesso sforzo sarebbe richiesto anche nel diritto italiano.

**2.2.** Il primo profilo che occorre porre in luce è quello della discussione in ordine alla funzione normogenetica <sup>(5)</sup> della giurisprudenza <sup>(6)</sup>.

Il tema richiede una premessa per il lettore italiano. La legge 30 aprile 1992, n. 10, *de medidas urgentes de reforma procesal* e la legge 13 luglio 1998, n. 29, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (ormai abrogata, per la parte che interessa), dettavano norma in merito al *Recursos de casación en interés de la Ley*. L'art. 100 della *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (o anche solo LJCA) prevedeva che la sentenza risultante dal giudizio di Cassazione sarebbe stata inserita nel Bollettino ufficiale dello Stato ed avrebbe avuto valore vincolante per tutte le Corti di grado inferiore appartenenti allo stesso ordine giurisdizionale.

---

5 Sul tema, da noi, per alcuni ma decisivi profili del problema, non con la stessa prospettiva ma tutti severi in ordine al “creazionismo” giudiziario, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1997, 3; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 764; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 391; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, fra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 889 – oltre, ovviamente, alla monografia dello stesso Autore, *L'abuso del processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

6 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, che, in modo diffuso, affronta il tema da 142 dopo averlo posto in apertura.

Con le modifiche introdotte dalla Ley organica 21 luglio 2015, n. 7 – “*que modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en lo relativo al recurso de casación en este orden jurisdiccional*”, secondo la premessa XII alla stessa legge organica – si è inteso a “*reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*” (cfr. premessa XII). Sempre le premesse alla legge chiariscono che “*Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo*” <sup>(7)</sup>. Si tratta di previsioni specifiche del diritto spagnolo che il lettore italiano deve tenere in debita considerazione – così come il fatto che il ricorso di *amparo* rende il giudizio di costituzionalità non perfettamente coincidente al nostro.

La questione della funzione normogenetica della giurisprudenza costringerebbe ad affrontare le questioni dell'identificazione del concetto di norma, della fondazione di un simile potere, delle relazioni con gli altri poteri dello Stato che pongono in essere disposizioni o norme, dei suoi caratteri e limiti <sup>(8)</sup>, essendo, peraltro, difficile pensare ai nostri sistemi di diritto positivo come ordinamenti nei quali non vi sia una fisiologica creazione di norme da parte della

---

7 Con riferimento alla giurisprudenza italiana, quanto al rischio di vedere nella Cassazione un generalizzato terzo grado di giudizio – e conseguente unificazione della giurisdizione – si deve comunque leggere, R. VILLATA, “*Lunga marcia*” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“*dimenticando*” *Part. 103 della Costituzione*)?, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 324.

8 Temi che vengono accennati in D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 144.

giurisprudenza – se la questione è del tutto evidente ed istituzionale per le corti costituzionali, essa non è meno chiara per quelle amministrative, non fosse altro per il caso fin troppo evidente dell'annullamento di disposizioni di carattere generale, come (non solo) i regolamenti <sup>(9)</sup>.

Il tema diviene più complesso nel caso in cui si sostenga – ed è questo il caso del volume del quale si discute – una massiccia espansione della natura vincolante del precedente, giacché è fin troppo evidente che la corte dovrà decidere il caso sulla base di una serie di precetti tra i quali i precedenti vincolanti (sicché questi ultimi sono norme). Il che, tra l'altro, pone (da noi) il problema della legittimazione costituzionale di una simile previsione, non sembrando sufficiente una semplice previsione di legge, ove non sia coerente con il sistema delle disposizioni costituzionali. Da questo punto di vista, la legittimazione della funzione normogenetica viene proposta attraverso il principio democratico, che viene declinato sia nella prospettiva della legittimazione indiretta per ragione del meccanismo rappresentativo che, quindi, per via organizzativa – sicché vengono in rilievo i sistemi concorsuali e di nomina dei magistrati del Tribunal Supremo e della Sala del contenzioso amministrativo <sup>(10)</sup> – sia per ragione della ragionevolezza e controllabilità delle decisioni attraverso una dettagliata discussione delle regole per la creazione di giurisprudenza <sup>(11)</sup> e delle relazioni con gli altri poteri dello Stato intestati del potere di produzione giuridica <sup>(12)</sup> e della dottrina <sup>(13)</sup>.

**2.3.** Le riflessioni del volume di cui si discute si collocano in questo contesto di diritto positivo, sicché se ne traccia un profilo soggettivo (relativo, cioè, agli organi giurisdizionali che pongono in essere giurisprudenza nella prospetti-

---

9 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 136.

10 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 153.

11 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 170.

12 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 195, con significativi esempi di rinvio del legislatore alla giurisprudenza – come in materia di responsabilità civile dell'amministrazione o di immigrazione –, e viceversa – come accaduto in relazione alla notificazione degli atti o al concetto urbanistico di “maglia urbana” –.

13 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 208.



va del libro, vale a dire quella di formare precedente giuridicamente rilevante)<sup>(14)</sup> ed oggettivo – relativamente, cioè, agli elementi della decisione in ordine ai quali si forma il precedente<sup>(15)</sup>, con particolare attenzione alla *ratio decidendi*<sup>(16)</sup>, ed alla rilevante questione della reiterazione nell'affermare un principio giurisprudenziale, stante che il codice civile spagnolo, all'art. 1, co. VI<sup>(17)</sup>, prevede che la giurisprudenza consolidata sia fonte complementare del diritto, ponendosi, così, il grave problema di stabilire sotto quali condizioni si possa ritenere che un principio giurisprudenziale possa dirsi “*reiterado*”<sup>(18)</sup>.

Le ipotesi di precedente che il volume prende particolarmente in considerazione – nella prospettiva che sempre v'è sottesa di misurare la possibilità di affermarne la natura vincolante – sono quella della decisione del Tribunale Costituzionale – la cui efficacia vincolante è osservata nella prospettiva del principio di eguaglianza di fronte alla legge e nell'applicazione della stessa<sup>(19)</sup>, in quella dell'indipendenza dell'organo decidente<sup>(20)</sup>, dell'effettività della tutela<sup>(21)</sup> e della certezza e sicurezza del diritto<sup>(22)</sup>, le quattro direttrici che reggono l'analisi circa il valore del precedente in tutto il volume; e della Corte di Cassazione (il *Tribunal Supremo*), le cui decisioni hanno effetto vincolante in ragione delle disposizioni già rammentate in materia di ricorso *en interés de la ley*<sup>(23)</sup>, sicché l'abrogazione che ha colpito la previsione di cui all'art. 100, co. VII, della LJCA apre la questione se sia venuto meno il valore vincolante delle decisioni

---

14 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 40.

15 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 47.

16 Sulla questione resta attuale W. SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesoberstergerichtes*, München, Beck, 1973.

17 Testualmente, “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”.

18 Interessante ai nostri fini M. TARUFFO, *Precedente y jurisprudencia*, in *Precedente - Anuario jurídico*, 2007, 85, che, nell'affrontare le questioni della topica, del valore, direzione e forza del precedente, tiene in considerazione profili anche di diritto italiano.

19 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 69.

20 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 71.

21 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 73.

22 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 74.

23 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 75.

*en interés de la ley* ovvero se sia da intendersi come estensione di quest'efficacia giuridica anche alle restanti ipotesi di giudizio reso dal Tribunal Supremo. La seconda delle due tesi è sostenuta come una necessità costituzionale, alla luce dei già rammentati principi di eguaglianza, effettività, certezza del diritto <sup>(24)</sup> e ritenuta compatibile con l'indipendenza del soggetto giudicante – sulla base del suo inserimento nell'istituzione giudiziaria e nella sua organizzazione <sup>(25)</sup> – con una forte sottolineatura delle esigenze di effettività <sup>(26)</sup> e di certezza del diritto <sup>(27)</sup>.

2.4. Altro profilo rilevante della questione è quello dell'efficacia del precedente rispetto all'organo giudiziale che ha emanato la decisione, tema rispetto al quale l'ordinamento spagnolo (come il nostro) non detta previsioni positive sicché la questione viene affrontata attraverso il confronto con la giurisprudenza del Tribunal Constitucional – che assegna priorità all'indipendenza della corte e quindi, alla libertà interpretativa, salvo i casi in cui ciò determini una palese violazione dell'uguaglianza a fronte di decisioni differenti sulla identica questione e con la possibilità di discostarsi dai precedenti motivatamente – e del Tribunal Supremo – molto più sensibile alle esigenze della certezza e stabilità del diritto, sicché la casistica segnala una molto maggiore sensibilità circa la motivazione dell'*overruling* <sup>(28)</sup>. Anche in questa prospettiva si ritorna sul tema centrale dell'efficacia vincolante del precedente, argomentando anche circa le prospettive di riforma del sistema del giudizio di cassazione, dell'adattamento del diritto vigente, ovvero del suo integrale superamento – fondando il nuovo sulla cer-

---

24 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 78.

25 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 84.

26 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 74 e, in particolare sia quanto alla lettura del principio di eguaglianza che all'economicità della decisione e della motivazione (85), esponendosi, però, in questa prospettiva, alla funzionalizzazione del singolo giudizio ad esigenze di economicità del “servizio giustizia” rispetto alle quali si avvertono molti motivi di perplessità, per i quali si rinvia, per tutti, a R. VILLATA, *op. ult. cit.*

27 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 86; per una discussione dei profili rilevanti per chi scrive, della distinzione tra certezza del diritto e stabilità ed i rilevanti profili di ispirazione neo-liberale, sia consentito il rinvio alle riflessioni contenute in *Diafora della buona fede: Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in questa *Rivista*, XI (2/2002), 223.

28 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 89.

tezza del diritto, l'effettività e la coerenza del sistema –, oppure dell'introduzione di sistemi di garanzia dell'unitarietà della giurisprudenza <sup>(29)</sup>.

2.5. Un ulteriore problema critico è quello dell'efficacia del precedente vincolante nel tempo <sup>(30)</sup>. È noto che la Costituzione spagnola, all'art. 9, co. III, garantisce “*il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli o restrittive dei diritti soggettivi, la sicurezza giuridica, la responsabilità e il divieto dell'arbitrio dei pubblici poteri*”; si tratta di una previsione che non può essere trascurata in un discorso sul precedente (vincolante), giacché quest'istituto si pone in evidente tensione con alcuni di questi principi fondamentali (vale a dire, con legalità, irretroattività e – almeno tendenzialmente – pubblicità, o conoscibilità, dei precetti). Quanto, almeno, al principio di irretroattività di disposizioni sfavorevoli, si pongono non pochi problemi in relazione alla regola dello *stare decisis*, a tacer d'altro il fatto che l'affermazione della regola giurisprudenziale impegnerà i giudici di livello inferiore anche nella decisione di controversie i cui fatti sono anteriori all'affermazione di una simile regola (sicché la retroattività è incontrovertibile) ovvero al diverso caso dell'*overruling* giurisprudenziale, sicché una vicenda formatasi alla luce di una data regola giurisprudenziale sarà regolata da una successiva ed imprevedibile. Il tema non sfugge all'Autrice, che cerca di delimitarne la portata affidandosi a considerazioni che però non sembrano superare la criticità in modo convincente <sup>(31)</sup>, per affrontarlo, poi, affidandosi alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, che ha fissato – in ordine al problema in questione – le garanzie della prevedibilità della formazione o superamento del principio, della reiterazione della sua affermazione e della necessità di adeguata motivazione per discostarsene. Di per sé si tratta di attenuazioni sensate dell'effetto retroattivo, che comunque innegabilmente resta tale – sicché per superarlo occorrerebbe sancire che la regola di formazione giurisprudenziale si applica solo

---

29 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 113.

30 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 173.

31 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 176.

ai casi occorsi dopo la sua affermazione, con il che ponendo uno strutturale problema di disequaglianza del caso nel quale la regola è affermata (giacché, quanto a questa controversia almeno, i fatti sono necessariamente precedenti alla sua affermazione).

Nel diritto spagnolo, come già accennato, il *Tribunal Constitucional* è passato dall'affermazione della necessaria applicazione solo prospettica all'accettazione della retroattività a fronte della natura consolidata della giurisprudenza, ponendo così un delicato problema di accertamento, essendo evidente che non esiste una regola quantitativa o temporale che consenta di affermare con certezza la natura consolidata di un determinato orientamento (stante che le pronunzie variano per quantità e qualità a seconda delle materie e dei casi, che purchessia consolidata la giurisprudenza su una data questione, essa può soffrire smentite senza che venga meno la sua natura e si de-consolidi, e così via). Il volume, secondo la sua generale intonazione a favore dell'espansione dello *stare decisis*, considera la retroattività un'esigenza logica di carattere generale<sup>(32)</sup>, ammettendo una sua attenuazione nel caso in cui ciò determini una sanzione in capo al cittadino o la compressione di suoi diritti – eccezione che, per il vero, sembra avere portata generalissima e tale da rendere la regola generale solo residuale, stante che chi impugni la decisione dell'autorità amministrativa o un comando che esprime potere pubblico, per definizione, deve avervi interesse e, quindi, deve avere subito una lesione.

### **3. Problemi da discutere**

Il volume di Santiago Iglesias, al netto del suo notevole interesse per il diritto nazionale spagnolo, pone questioni che non sembrano, nel nostro Paese, essere state fatte oggetto di una riflessione adeguata, che invece sarebbe utile.

Le discussioni, sempre vive e di recente utilmente riprese, sulla capacità della giurisprudenza di creare norme, si sono concentrate su profili storici<sup>(33)</sup> o

<sup>32</sup> D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 190.

<sup>33</sup> Ad esempio, P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giudiziario e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2021.

teorici ed anche le preziose riflessioni sulla discrezionalità del giudice <sup>(34)</sup>, con rigoroso ed importante impianto teorico, non si sono occupate di questi profili – fortemente esposte all'evoluzione del diritto positivo.

### 3.1. *Il problema del precedente nel diritto processuale amministrativo italiano.*

E' proprio dal punto di vista del diritto positivo che meriterebbe fare una riflessione sul nostro sistema processuale nella prospettiva del valore del precedente.

Non è dubbio che nel nostro ordinamento non siano presenti norme come quelle spagnole già rammentate, prima tra tutte quella di cui all'art. 1, co. VI, *Codigo civil*. Il valore normogenetico della giurisprudenza non trova fondamento nella legge e non si rinvencono disposizioni come quella di cui al – pre-  
vigente – art. 100 LJCA che sanciscano il valore di alcuni precedenti.

Tuttavia, una serie di disposizioni nel nostro ordinamento processuale hanno alterato questo quadro, che avrebbe concesso di trattarsi nel perimetro di una discussione puramente teorica, con il risultato di rendere impellente una riflessione di taglio dogmatico.

In questo senso, sembra trascurabile la discussione relativa alla natura vincolante del precedente fissato dalla Corte Costituzionale: è, infatti, evidente che la Corte Costituzionale, avendo per compito istituzionale quello di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di disposizioni di rango primario, per statuto costituzionale è un organo di produzione giuridica – né la questione dell'assunzione del diritto vivente come parametro può dirsi un tema sul quale manchi la riflessione <sup>(35)</sup>; inoltre, il tema della natura vincolante del suo precedente semplicemente non si pone perché se l'incostituzionalità venga pronunciata la disposizione costituzionalmente illegittima cessa di avere applicazione

---

34 F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

35 Basteranno i riferimenti, non recentissimi, ad A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesi, uso e implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994 e L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, vol. VI, Torino, Utet, 1990, 445.

nell'ordinamento e, per l'ipotesi opposta, nessuno dubita che non si formi un "auto-precedente" (negativo, quello positivo è semplicemente impossibile perché la disposizione di legge sarà stata caducata) e che la questione di legittimità costituzionale possa essere riproposta – né, del resto, avrebbe alcuna coerenza sistematica l'opinione inversa, stante che la questione viene decisa dalla Corte sulla base dell'ordinanza di rimessione ed è interesse primario dell'ordinamento che una disposizione non conforme a Costituzione non resti in vigore per il solo fatto che le questioni poste in sede di rimessione siano incomplete o mal poste, fermo che la percezione della contrarietà a Costituzione può evolvere nel tempo.

A conclusioni non troppo diverse si deve pervenire anche con riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione, stante che i principi in esse enunciati sono diritto dell'Unione che si impone agli Stati; il che non val quanto dire che siano poco rilevanti i problemi, trattati con profonda sensibilità dalla dottrina<sup>(36)</sup>, del confine della doverosità della rimessione ovvero del perimetro entro il quale i principi contenuti nelle pronunzie della Corte costituiscono diritto dell'Unione che vincola gli Stati (e i suoi giudici)<sup>(37)</sup>. Tuttavia, per la comprensione del rilievo di un discorso sulla rilevanza del precedente, si può trascurare il valore di quelle decisioni, qualificate come sentenze, che per ruolo istituzionale sono fonti del diritto.

Stante il ruolo del tutto peculiare della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, il tema della vincolatività del precedente si pone – effettivamente –

---

<sup>36</sup> Per queste questioni, G. PESCE, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE e le torsioni interpretative del giudice nazionale: riflessi sulla tutela cautelare e sul processo in tre casi limite*, in *Judicium*, 2022, e ID., *La Corte di Karlsruhe e l'insostenibile rinvio pregiudiziale*, *ivi*, 2020.

<sup>37</sup> Naturalmente non è questa la sede per una discussione più approfondita del tema. Infatti, la considerazione nel testo è evidentemente riferita alla Corte di Giustizia; più articolato è il discorso quanto alla CEDU. La Corte in questione ha fatto ampio riferimento al precedente – in senso orizzontale o, se si vuole, auto-precedente – per accrescere la sua legittimazione (emblematica è CEDU, 18 gennaio 2001, *Chapman vs. United Kingdom*, ove di legge che nell'interesse di sicurezza giuridica, prevedibilità ed uguaglianza davanti alla legge la Corte non dovrà discostarsi dai propri precedenti senza un valido motivo). Inoltre, per quanto la decisione della CEDU non disponga del rango di quella della Corte di Giustizia, il suo precedente – in senso, questa volta, verticale – entra spesso nel percorso argomentativo del giudice nazionale.

solo con riguardo alle corti ordinarie (ed al Consiglio di Stato ed ai TAR per quel che qui interessa, nonché, per alcuni versi alla Corte di Cassazione). La questione merita di essere osservata lungo due percorsi distinti e con una considerazione generale.

**3.1.1.** Anzitutto, nel nostro diritto processuale positivo non può dirsi più che non vi siano norme che danno rilievo al precedente.

Il problema – a mio modo di vedere – è che queste disposizioni sono state introdotte nell'ordinamento sulla base di esigenze diversificate ed in tempi diversi, sicché ci si trova innanzi ad una pluralità di previsioni che non sono state fatte oggetto di una considerazione unitaria, per misurarne la coerenza a Costituzione ed al sistema.

Bastano alcuni riferimenti.

3.1.1.1. La disposizione di cui all'art. 99 del Codice del processo amministrativo costruisce un sistema di precedente in parte vincolante ed in parte parzialmente vincolante – e la questione, che pure ha interessato dottrina sempre sensibile ed attenta <sup>(38)</sup>, ha lasciato sostanzialmente indifferenti la maggioranza degli interpreti.

Infatti, sulla base della disciplina di legge il “*principio di diritto*” enunciato dall'Adunanza Plenaria vincola i giudici di primo grado – che non hanno il potere di deferire nuovamente la questione all'Adunanza Plenaria come previsto dall'art. 99, co. III, C.P.A. Quanto alle sezioni del Consiglio di Stato il vincolo è solo parziale, ma molto consistente, stante che non è previsto il potere di discostarsi motivatamente (come nel diritto spagnolo) ma solo quello di rimettere nuovamente la questione all'Adunanza Plenaria. Nella sostanza, il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria ha un valore vincolante molto significativo su tutto il sistema della giustizia amministrativa, sicché sulla base del nostro diritto positivo vigente non si può dire che manchi una regola di legge che introduca la regola dello *stare decisis* nel nostro processo. Per quanto l'esigenza

---

38 A. BARONE, E. FOLLIERI (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, Padova, CEDAM, 2015.

di uniformità nella giurisprudenza del Consiglio di Stato non sia nuova <sup>(39)</sup> ed il regime sia in parte simile a quello dettato dall'art. 374 C.P.C., non pare che la novità introdotta dall'art. 99 C.P.A. sia di poco rilievo.

La pronunzia diretta a “risolvere questioni di massima di particolare importanza” ovvero “dirimere contrasti giurisprudenziali” è chiaramente pensata dal legislatore come (una delle tante) parziale deroga al principio del processo di parti – e, quindi, nell'interesse pubblico alla certezza – perché se l'Adunanza Plenaria può non solo “enunciare il principio di diritto” per poi decidere l'intera controversia ovvero restituirla alla Sezione, ma – ed è questo il profilo più significativo – potrà anche enunciare il principio di diritto “nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio”,

39 Nel sistema della legge 5992/1889, con una sola sezione giurisdizionale, si prevedeva che la questione di diritto che avesse dato luogo in precedenza ad orientamenti discordanti della Sezione fosse decisa in “seduta plenaria”, con il concorso di nove magistrati in luogo dei sette ordinariamente necessari all'epoca. L'autorevolezza ed il ruolo del Consiglio di Stato, la sua funzione nella sistematizzazione ed anche creazione del diritto vivente dell'amministrare per fini pubblici, erano fin da allora avvertiti chiaramente, sicché era necessario che la giurisprudenza del Consiglio di Stato offrisse orientamenti sufficientemente chiari. L'Adunanza Plenaria, sorse in sostituzione della “seduta plenaria” con l'istituzione della Quinta Sezione, disciplinata dall'art. 37 del testo unico 638/1907, per assicurare omogeneità a fronte di decisioni difformi assunte “in sede giurisdizionale”, composta da quattro magistrati per ciascuna delle due sezioni giurisdizionali e dal Presidente del Consiglio di Stato. La differenziazione di competenze tra le Sezioni è venuta meno con il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, implicitamente abrogando le disposizioni del regolamento di procedura che si riferiscono al conflitto (su questo profilo, A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, Jovene, 1963, 576). I criteri di composizione dell'Adunanza Plenaria, nel silenzio della norma, dettero luogo a discussioni – in dottrina ed in giurisprudenza (sulle quali E. FERRARI, *sub art. 45*, in A. Romano, R. Villata (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, III ed., Padova, Cedam, 2009, 1576) – successivamente risolti dalla legge espressamente. La l. 27 aprile 1982, n. 186, art. 5, espressamente prevede che l'Adunanza Plenaria sia presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato e “composta da dodici magistrati del Consiglio di Stato scelti dal consiglio di presidenza in ragione di quattro per ciascuna delle sezioni giurisdizionali”; secondo le medesime modalità sono “designati i membri supplenti, in modo da assicurare in ogni caso la presenza di quattro consiglieri per ciascuna sezione giurisdizionale”. La questione della presidenza dell'Adunanza Plenaria è anch'essa risolta espressamente dalla legge, giacché lo stesso art. 5 dispone che “in caso di assenza e di impedimento, il presidente del Consiglio di Stato è sostituito dal Presidente di sezione giurisdizionale più anziano nella qualifica”. Si tratta di disposizioni non abrogate o modificate dal cod. proc. amm. e che continuano a regolare la composizione dell'Adunanza Plenaria. Quel che importa notare è che l'esigenza dell'omogeneità, prevedibilità ed univocità delle decisioni del Consiglio di Stato è stata avvertita fin dappprincipio, è caratteristica del giudizio del Consiglio di Stato fin da una stagione nella quale più chiara era l'idea positivista che la legge fosse tutto il diritto ed esso fosse interamente contenuto nella legge scritta. A maggior ragione oggi, che con coscienza metodologicamente più raffinata guardiamo al precedente delle giurisdizioni superiori come diritto esso stesso, come precetto in grado di segnare il contenuto della legge vigente.



se la “*questione è di particolare importanza*”. E’ evidente che la pronuncia “*nell’interesse della legge*” non solo determina un caso di giurisdizione oggettiva – o, propriamente, di non giurisdizione, stante che il “*principio di diritto*” è enunciato senza effetto sulla causa decisa con la medesima sentenza; più ancora, però, la previsione in questione rende – in prospettiva sistematica – il tono della disciplina complessiva di questo tipo di decisioni giurisdizionali, essendo evidente la funzione di creazione di norme (principi, nella specie) cui è destinata la pronuncia.

Si tratta di una disposizione che – con tutta evidenza – pone i problemi della garanzia del ricorso al giudice naturale precostituito per legge, della sottoposizione del giudice solo alla legge, dell’irretroattività delle norme, della salvaguardia del principio di uguaglianza. E, nella nostra prospettiva, introduce con nettezza lo *stare decisis* nel nostro ordinamento processuale.

3.1.1.2. Solo per limitarsi ad esempi macroscopici, basterà poi rammentare la disciplina della sentenza in forma semplificata <sup>(40)</sup>, che come a tutti noto può limitarsi al richiamo di precedenti. Infatti, come a tutti noto, sulla base dell’art. 74 C.P.A., a fronte della “*manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza*” la causa potrà essere decisa in forma semplificata, con motivazione consistente nel richiamo “*ad un precedente conforme*”. Varrà la pena di osservare come la legge neppure si riferisca ad un precedente che possa dirsi giurisprudenza consolidata e la giurisprudenza ha inteso la conformità come riferita <sup>(41)</sup> alle questioni sollevate con il ricorso (e che abbiano formato l’oggetto dell’approfondimento effettuato con altra sentenza). A prima vista non sembrerebbe trattarsi di evocare il precedente in quanto vincolante, ma di semplificare l’obbligo di motivare attraverso il rinvio alla decisione assunta su un caso identico; poiché, naturalmente, non è facile che due casi

---

40 Sul tema, esaustivamente, A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel «giusto» processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2009 ma, necessariamente anche M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l’obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 103.

41 Ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I , 5 marzo 2014 , n. 2566.

si presentino identici né argomentati nello stesso modo, resta il tema di definire adeguatamente la conformità e di discutere il tema in generale, giacché se la si intende in senso stretto una decisione difforme dal precedente sarebbe in violazione del principio di uguaglianza, sicché – in questa prospettiva – la questione del valore del precedente riemerge.

3.1.1.3. Quanto al problema del precedente in senso stretto e della sua natura vincolante, gli esempi appena proposti sono sicuramente macroscopici. Tuttavia, una serie di disposizioni (di semplificazione e per certo verso coartazione della funzione giurisdizionale) recentemente introdotte non possono essere considerate irrilevanti.

Si pensi alla notevole concentrazione di competenza funzionale in capo al TAR di Roma, che si aggiungono a quelle già non piccole che derivano dal criterio della sede che si accompagna alla localizzazione romana delle principali autorità statali; è piuttosto evidente il rilievo del precedente in senso orizzontale in una giurisprudenza concentrata sempre presso lo stesso organo giudicante: chiunque ponga mente – o abbia minima esperienza – dei giudizi in materia di concorrenza (ma è solo uno dei tanti casi) sa bene come il fatto che la giurisprudenza si formi solo all'interno di due collegi (uno in primo e l'altro in secondo grado) condizioni in modo non piccolo il diritto vivente, l'attribuzione di significato al precetto di legge – sicché, sempre per esemplificare, il concetto di “mercato rilevante” contenuto nella legge ha il reale significato che, di tempo in tempo, le sezioni competenti del TAR di Roma e del Consiglio di Stato hanno determinato. Anche l'insieme delle regole processuali di accelerazione di taluni processi (tipicamente quelli relativi alle gare contrattuali degli enti pubblici) o di estrema contrazione del giudizio (come per le grandi opere, l'emergenza, il PNRR) e limitazione della cognizione determinano una sopravvalutazione (di fatto) del rilievo del precedente, tanto che in queste materie si è significativamente ampliato il ricorso del giudice alla menzione del precedente (o della giu-

risprudenza consolidata) in funzione di motivazione ed affermazione della regola del caso.

**3.1.2.** Non minore importanza, rispetto al tema che si prova a porre, hanno i concreti usi giurisprudenziali. La giurisprudenza, con sempre maggiore frequenza ed ampiezza, nell'affermare e motivare la regola da applicare al caso controverso ricorre ai suoi stessi insegnamenti per come consolidati o scegliendo motivatamente tra orientamenti contrastanti; il testo stesso delle decisioni tende a standardizzarsi nella citazione dei precedenti rilevanti, che divengono, nell'uso giurisprudenziale, delle vere e proprie regole tralatizie, espresse sempre con gli stessi enunciati.

Se si osserva con attenzione la giurisprudenza si coglierà, poi, una sempre più ampia argomentazione per principi. De per sé, si tratta di una tendenza che dovrebbe essere salutata con favore, perché esprime una coscienza metodologica più avvertita e prospetta un ordinamento caratterizzato da maggiore certezza (perché l'interpretazione per principi determina la formazione di intorni concettuali che presentano limitati margini di opinabilità e che, nel combinarsi in termini sistematici, riducono ulteriormente lo spazio di incertezza, mentre la pura esegesi del precetto non univoco lascia margini di variazione assai più consistenti) <sup>(42)</sup>; tuttavia, se si esce dalla ricognizione superficiale o dal discorso puramente astratto e si esamina per bene la nostra giurisprudenza amministrativa, non si tarderà a cogliere come l'uso delle clausole generali si accompagni per lo più ad enunciazioni generiche, con abbondante utilizzo di sinonimi, richiamo sistematico ad altri principi anch'essi evocati in modo impre-

---

42 Non è questa la sede per discutere un tema così noto ed oggetto dell'impegno di tanta dottrina. Il tema è stato di recente ripreso con la solita maestria da A. SCHIAVELLO, *Conoscere il diritto*, Modena, Mucchi, 2023, cui basterà rinviare (per l'argomentazione per principi, ma solo per i rinvii alla letteratura rilevante, per semplicità sia consentito rinviare a, di chi scrive, *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori nell'interpretazione*, in *Jus*, 1993, 171; *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, 73; *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1213; *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195.

ciso, il tutto a determinare un ampio intorno concettuale grigio, nel quale il nucleo definito appare assai piccolo e l'area di rilevanza molto estesa. Si tratta di una tecnica – che ho provato a discutere altre volte <sup>(43)</sup> – che consente al giudice di ampliare o limitare i margini del sindacato (e, quindi, della tutela), pur a fronte di enunciati ripetuti in modo per lo più identico. La forza argomentativa di precedenti evocati in modo esteso ma, a loro volta, imprecisi, costituisce non solo un diffuso uso giurisprudenziale, ma anche uno strumento che – nelle prassi che si sono criticate – tutt'altro che elemento di certezza del diritto.

In altri termini, se si esce dal perimetro del ragionamento astratto e si esaminano diffusamente, con attenzione anche alla fattispecie che stanno dietro le massime, segmenti della giurisprudenza, non sarà disagevole rendersi conto che l'evocazione del precedente, se per un lato fornisce maggiore legittimazione alla decisione, per l'altro non necessariamente aumenta il grado di certezza e rispetto dell'uguaglianza – e tutto questo a tacere dei casi (non rarissimi) nei quali l'evocazione della catena dei precedenti è tralozia ed a guardare bene non coerente con la fattispecie in esame o la conclusione intorno ad essa.

**3.1.3.** A ben guardare, quindi, il tema del precedente nel nostro diritto processuale nazionale è molto ingiustamente trascurato dalla riflessione dogmatica (e, con minori responsabilità, da quella teorica). Infatti, non solo si rinvengono disposizioni che determinano il vincolo (assoluto o relativo) dello *stare decisis*, ma la stessa giurisprudenza vi fa ampio ricorso in funzione argomentativa e, tuttavia, con larghissime imprecisioni sicché invece di presentarsi come elemento di certezza dell'ordinamento agisce come ulteriore fonte di discrezionalità giudiziaria, senza che la dottrina vigili simili usi.

### **3.2.** *Il problema della legittimazione del giudice.*

Come già rammentato, l'Autrice si pone il problema della legittimazione nomogenetica del giudice e propone una giustificazione fondata soprattutto sul

---

<sup>43</sup> Sia consentito il rinvio al lavoro di chi scrive, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 428.

principio democratico – argomentando, quindi, principalmente lungo un percorso organizzativo. La questione non è di piccolo momento, in due direzioni.

Anzitutto – profilo ben còlto nel volume – in relazione ad altri poteri dello Stato; è chiara l'opzione per il principio democratico <sup>(44)</sup> se si guarda al problema da questo punto di vista, per almeno due ragioni: in primo luogo, i regimi di *common law* (ai quali non può non guardarsi in relazione allo *stare decisis*) fondano esattamente in questa direzione il dovere del giudice di attenersi ai precedenti, non di rado – però – in ragione di un'ampia partecipazione popolare diretta all'esercizio della funzione giurisdizionale ed all'elettività di alcune cariche giurisdizionali (elementi assenti nei nostri sistemi continentali); in secondo luogo – e maggiormente – poiché la regola nei sistemi continentali è quella dell'elezione popolare delle assemblee legislative ed, in generale della legittimazione popolare (almeno indiretta) dei soggetti che hanno il potere di dettare norme giuridiche (sicché esecutivi ed altre autorità indipendenti si fondano sulla fiducia parlamentare o la nomina diretta dal Parlamento), è ovvio che se si voglia legittimare il potere giudiziario a fissare norme che si applicano a generalità di casi si sia tentati si seguire il medesimo percorso. Dico subito, per correttezza di ragionamento, che non condivido questa soluzione.

In secondo luogo, la regola dello *stare decisis* contrasta con altri principi (anche di rango costituzionale) tipici dei nostri sistemi continentali, che riguardano l'indipendenza del giudicante, la sua sottoposizione solo alla legge, la regola del giudice naturale precostituito per legge, della garanzia del contraddittorio tra le parti, tutti largamente incisi dallo *stare decisis*. Non si tratta, in questa seconda prospettiva, del problema di legittimare il potere del giudice di fissare norme che si applichino ad una generalità di casi (e non solo di determinare la regola del caso) rispetto ai poteri istituzionalmente titolari di questa capacità, ma di fondarla rispetto ad altri giudici (sicché il contraddittorio sviluppatosi in

---

44 Quanto alla tesi del volume in questione, s'è già detto in questo senso. Sul problema, però, è certamente utile anche A. BARAK, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, 227.

un altro giudizio determinerà le sorti di svariati altri; il giudice naturale, quanto alla definizione della regola del giudizio, sarà sostituito da quello che ha dettato il precedente vincolante; la corte non sarà soggetta solo alla legge, ma anche alla regola dettata da un'altra giudice; il collegio non sarà davvero indipendente perché la sua decisione dipenderà da una gerarchia tra le corti che, nella nostra tradizione, non è tale). Rispetto all'insieme di questi problemi, la semplice legittimazione democratica, ammesso che la tesi sia convincente, non aiuta.

Conseguentemente, al netto della sua fondatezza, la tesi della legittimazione democratica del giudice non basta a superare il problema del fondamento del potere del giudice di dettare regole vincolanti per altri giudici.

Alla tesi della legittimazione democratica mi sentirei di contrapporre un'altra, non nuova per me. Infatti, se di prende sul serio il tema della sovranità popolare prevista in Costituzione (così come in quella spagnola)<sup>(45)</sup>, ne risulterà che tutti i poteri dello Stato sono funzionali al godimento dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione e permanentemente trattenuti nella sfera della sovranità; a questo schema non fa eccezione il giudice.

Tuttavia, se si guarda al diritto fondamentale di agire in giudizio innanzi ad un giudice naturale ed indipendente per conseguire pienezza della tutela giurisdizionale delle proprie pretese tutelate dall'ordinamento, la questione diviene quella di fondare il vincolo del precedente su questa pretesa fondamentale. In questa prospettiva, la pienezza della tutela e la certezza del diritto sono certamente esigenze non irrilevanti quanto al godimento del diritto fondamentale al processo.

Tuttavia, merita chiarirsi.

Anzitutto, il termine pienezza della tutela è ambiguo nei suoi usi correnti. Per un lato, infatti, v'è il significato – cui aderisco pienamente – che intende riferirsi al fatto che il giudice, nell'ambito di un processo retto da regole pienamente imparziali, disponga dei poteri di cognizione e decisione adeguati per

---

<sup>45</sup> Sia consentito per brevità il rinvio al mio, *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, cit.

fornire una soddisfazione piena ed effettiva alla posizione soggettiva sostanziale sofferente. Altri, tuttavia, alludono alla pienezza della tutela in termini di efficienza del processo come servizio pubblico <sup>(46)</sup>, che evoca con sé una selezione delle domande meritevoli di tutela e innesca il problema delle limitazioni all'abuso del processo <sup>(47)</sup>; in questa prospettiva, quindi, si pone un filtro autoritario alla protezione delle posizioni soggettive, perché sarà il giudice dello Stato a determinare la meritevolezza della tutela della pretesa in relazione anche all'efficienza del sistema – interpretazione, questa, che fortemente contrasto. Occorre, quindi, innanzitutto chiarire quale sia l'esigenza che si intende proteggere e quale interpretazione si dia di questo principio. Ma anche ad assumere l'interpretazione che io ritengo corretta, non è detto che l'affermazione della natura vincolante del precedente sia funzionale a questo obiettivo. Un processo interamente e solamente nell'interesse delle parti, che abbia la sola funzione di assicurare protezione ai diritti fatti valere in giudizio innanzi ad un giudice che disponga di tutti i poteri di cognizione e decisione di cui necessita per assicurare una simile tutela, non richiede necessariamente lo *stare decisis*. Certamente, non tollera la violazione del principio di uguaglianza; tuttavia, sono ben note a tutti le tecniche interpretative della giurisprudenza anglosassone relativamente alle possibilità di scostamento dal precedente <sup>(48)</sup>, sicché le stesse tecniche ermeneutiche che si applicano alla legge nel diritto continentale trovano spazio, rispetto allo *stare decisis* <sup>(49)</sup>. Sulla questione della certezza del diritto – che sicuramente non può essere trascurata dal punto di vista del diritto fondamentale al processo – si tornerà tra un momento.

---

46 R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai "Cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, 106.

47 G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, ESI, 2015, ma anche ID., *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, Saggio sullo Stato costituzionale, Torino, 2015)*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 1063

48 Tra gli altri, D.N. MACCORMICK, SUMMERS R.S. (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1997.

49 Per maggiori considerazioni, sia consentito di nuovo rinviare al mio *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori nell'interpretazione*, cit.

Se si esamina la questione dello *stare decisis* dal punto di vista della sovranità popolare e, quindi, della protezione del diritto fondamentale al processo (in Italia, quindi, nella prospettiva dell'art. 24 Cost) <sup>(50)</sup>, è difficile sottrarsi all'idea che un simile diritto non abbia tra le sue componenti essenziali quelle del poter disporre di una corte imparziale, giudice naturale, soggetta solo alla legge, senza vincoli gerarchici – elementi tutti che entrano in contrasto con la regola del precedente vincolante.

**3.3.** *Una trappola neoliberista non sempre avvertita; certezza e stabilità. La questione della retroattività.*

In realtà, le esigenze di certezza del diritto ed eguaglianza di fronte alla legge che certamente sono costitutive della regola dello *stare decisis* trovano protezione all'interno di una disciplina ed organizzazione adeguate del processo in quanto tale, sicché si tratta di esigenze che debbono trovare protezione e che, tuttavia, non necessariamente sono curate solo dallo *stare decisis*.

Tuttavia, non possiamo non cogliere la tendenza degli ordinamenti – compreso il nostro – a circondare il processo (e quello amministrativo, che si occupa del rapporto con l'autorità, specialmente) con una serie di presidi tipicamente neoliberisti. Il giudizio è il luogo nel quale si confrontano diritti e pretese che possono influire su interessi rilevanti dal punto di vista neoliberista, come la celerità ed effettività del giudizio (rilevante per gli interessi delle imprese) ma, soprattutto, la stabilità delle decisioni. La protezione della stabilità delle decisioni amministrative e della ripetitività delle stesse, più che funzionalmente all'uguaglianza (che certamente è rilevante e non può essere trascurata) si vanno affermando in conseguenza della pretesa neoliberale alla indiscutibilità della decisione relativa ad operazioni imprenditoriali che si accompagnano ad investimenti.

---

50 Per una discussione dei temi rilevanti e l'opinione di chi scrive, sia consentito rinviare a *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2004 – e, più recentemente, anche per gli aggiornamenti circa la dottrina, B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2020.



Si tratta di temi che ho recentemente discusso più approfonditamente in questa rivista <sup>(51)</sup>, sicché non è questa la sede per una ripresa che affatichi questo breve discorso.

Tuttavia, è difficile sottrarsi alla sensazione che l'insieme di queste misure limitative del contraddittorio, della libera azione delle parti, del margine di azione del giudice rispetto alla fattispecie in considerazione delle pronunzie a sua disposizione (tipicamente il divieto di annullare, affidando solo al risarcimento monetario la protezione dei diritti), dell'abuso del processo, siano – come lo *stare decisis* – limitative del diritto fondamentale di agire in giudizio a protezione delle proprie pretese ed a vantaggio delle esigenze neoliberiste (sicché il non infrequente eco di queste nella disciplina dell'Unione).

**3.4.** *Stare decisis e ordinamenti continentali. Non solo una questione di tecniche di formazione del precedente (nella stagione del tramonto del legislatore).*

Tuttavia, proprio perché il volume in rassegna pone con serietà questioni che per certo sono molto serie e considerando che si tratta di profili che fanno ormai parte del nostro diritto processuale positivo, non sembra possibile trascurare ulteriori problemi di fondo dei nostri ordinamenti continentali.

S'è detto di come sia frequente da noi la polemica in ordine ai margini eccessivi di libertà creativa del giudice. Allo stesso modo, ponendo problemi che non mi sembrano eludibili nella relazione tra libertà e potere <sup>(52)</sup>, ho spesso registrato repliche intrise di nostalgia del passato, dell'esigenzialismo di chi intende reagire alla crisi del presente con l'esigenza di un corretto funzionamento di presidi rispetto ai quali, tuttavia, appare chiaro il venire del tutto meno delle condizioni istituzionali e sociali per il loro corretto funzionamento. Così come la risposta al problema della capacità normogenetica del giudice non può essere la critica al presente cui sottostà l'idea delle corti come *bouche de la loi* – metodologicamente insostenibile – allo stesso modo la replica al pericolo insito nelle

---

51 Sia consentito il rinvio a *Diafora della buona fede: Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit.

52 Intendo riferirmi alle riflessioni che ho consegnato, tra l'altro, al mio volume *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021.

trasformazioni strutturali dell'ordinamento ed al suo rimedio funzionalizzando i poteri ai diritti non può risiedere nell'evocazione di una *Rule-of-Law* cui i Parlamenti per primi sono del tutto insensibili ed inadeguati.

L'inadeguatezza dei Parlamenti, la cattiva qualità della produzione normativa, la sua natura frequentemente derogatoria o emergenziale, sono problemi che non possono che influenzare il processo ed il ruolo del giudice – che a quelle stesse norme è chiamato a dare applicazione.

In altri termini, pur a fronte dello scetticismo di chi scrive rispetto all'espansione dello *stare decisis* (e, per vero, anche alla sua limitata previsione) nella prospettiva del diritto fondamentale della persona al processo ed alla pienezza della tutela giurisdizionale, le questioni che il volume pone non possono essere trascurate soprattutto nella prospettiva – non tanto della legittimazione democratica del giudice, quanto, piuttosto – della crisi della democrazia, del ruolo della legge, dei Parlamenti (cui trova razionale porre rimedio con la centralità dei diritti fondamentali).

### **3.5. *Il ruolo della dottrina.***

Infine, uno dei motivi per i quali occorre ringraziare l'Autrice per il suo lavoro risiede nel rammentare il ruolo della dottrina nel flusso della produzione giuridica. Per certo, si deve trattare di uno sforzo dottrinale che non rinuncia alla sua funzione di controllo critico del potere – incluso quello giurisdizionale, inclusa la critica aperta alle decisioni giurisdizionali quando sia ritenuto opportuno – ed all'elaborazione, che non può trattenersi nell'esegesi o nella ricapitolazione dei dati, confine in cui troppa letteratura nazionale, invece, negli ultimi decenni, si rinchiusa.

GIOVANNI D'ELIA  
Cultore della materia in Diritto amministrativo  
Università del Salento, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali  
*giovannidelia81@gmail.com*

**I BENI CULTURALI IMMATERIALI  
DEMOETNOANTROPOLOGICI: UN'INDAGINE GIURIDICA**

**DEMO-ETHNO-ANTHROPOLOGICAL INTANGIBLE CULTURAL  
HERITAGE: AN INQUIRY INTO THE LEGAL SCIENCE**

SINTESI

Il Patrimonio culturale immateriale Demoetnoantropologico (DEA) è un ecosistema complesso, composto da elementi che di per sé non sarebbero culturali, ma in determinati contesti e secondo certe strutture, lo sono. Dopo un lungo percorso di riconoscimento da parte delle scienze giuridiche ed extragiuridiche, hanno ricevuto consacrazione nel Codice dei Beni culturali e del Paesaggio. Il presente scritto mira ad evidenziare gli strumenti di tutela, valorizzazione e promozione alla luce di una lettura innovativa del rapporto tra materialità ed immaterialità dei beni folklorici, in conformità con l'art. 9 della Carta Costituzionale ed i contributi del diritto internazionale, in particolare degli sforzi profusi dall'UNESCO in detta materia. L'articolo si prefigge anche di fornire strumenti pratici di salvaguardia del Patrimonio DEA attraverso l'analisi del processo amministrativo di riconoscimento, conservazione e tutela dei beni materiali su cui si riflette il valore immateriale del complesso patrimonio folklorico nazionale.

ABSTRACT

The Demoethnoanthropological Intangible Cultural Heritage is a complex ecosystem, composed of elements that in themselves would not be cultural, but in certain contexts and according to certain structures, they are. After a long process of recognition by legal and extra-legal sciences, they received consecration in the Italian Cultural Heritage and Landscape Code. This paper aims to hi-

ghlight the protection, valorisation and promotion tools in the light of an innovative reading of the relationship between materiality and immateriality of folklore assets, in compliance with the art. 9 of the Italian Constitutional Charter and the contributions of international law, in particular the efforts made by UNESCO in this matter. The article also aims to provide practical tools for safeguarding the Intangible Cultural Heritage through the analysis of the administrative process of recognition, conservation and protection of material assets which reflect the intangible value of the complex national folk heritage.

PAROLE CHIAVE: beni culturali, folklore, codice dei beni culturali, UNESCO

KEYWORDS: cultural heritage, folklore, cultural heritage code, UNESCO

INDICE: 1. Introduzione. - 2. La definizione giuridica del concetto di bene culturale Demoetnoantropologico (DEA). - 3. Bene immateriale DEA vivo o desueto?. - 4. L'evoluzione politica e giuridica del concetto di bene culturale. - 4.1. Dalla Legge Bottai alla concezione del bene culturale come "testimonianza materiale avente valore di civiltà". - 4.2. Le evoluzioni successive. 4.3. Il tentativo di scorporare il bene dalla materialità. - 5. I beni DEA nel Codice dei Beni culturali - 5.1. Il requisito della materialità nel riconoscimento dei beni culturali DEA. - 5.2. La catalogazione come presupposto per il riconoscimento dei beni DEA. - 5.3. Tutela e valorizzazione del Patrimonio culturale in ottica dinamica. - 6. La salvaguardia dei beni DEA nel panorama internazionale. - 7. Il difficile rapporto tra art. 7/bis del Codice dei beni culturali e il requisito della materialità. - 8. La tutela riflessa dei beni immateriali DEA, una proposta. - 9. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Come sostiene autorevole dottrina<sup>1</sup>, il nostro ordinamento non contempla una disciplina espressamente dedicata ai beni culturali immateriali, anche se è innegabile che nel tempo il legislatore abbia posto in essere tentativi di affrancare i beni culturali dal riferimento alla materialità.

Nel concetto di beni culturali immateriali rientra a pieno titolo anche il Patrimonio culturale immateriale DemoEtnoAntropologico (d'ora in avanti "DEA"), meglio noto come *folklore*, il quale rappresenta una fetta importante di siffatti beni. Per comprendere meglio il concetto, pare opportuno riportare in questa sede qualche esempio chiarificatore.

Estate 1959. L'antropologo Ernesto De Martino, accompagnato da un'equipe di esperti, giunge in terra di Salento per acquisire dati e informazioni

---

1 A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, su Aedon Mulino n. 1/2019, <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2019/1/gualdani.htm>

sul cosiddetto *tarantismo*, un fenomeno che costringeva chi era stato “pizzicato” dal ragno (elemento simbolico) ad uno stato di prostrazione e di crisi generale della persona, guaribile sono attraverso la danza ed un complesso schema coreutico-musicale<sup>2</sup>. In relazione al fenomeno ruotava «la grande molteplicità di modelli musicali utilizzati per la terapia del tarantismo»<sup>3</sup>, oggi giunti a noi in modo disarticolato e pressoché frammentato. Il fenomeno del tarantismo è ormai scomparso, per diverse ragioni e con esso si è progressivamente assottigliato il complesso di saperi e conoscenze riguardanti quel fenomeno, a causa, tra l'altro, di quella che Pasolini definiva *la scomparsa delle lucciole*<sup>4</sup>.

Un altro esempio può essere il *Canté i env* (Canto delle uova), un rito di questua che prevede percorsi notturni tra le case del paese e delle colline per raccogliere uova e altri doni richiesti con strofe canoniche, rimesso in vita dal gruppo spontaneo di Magliano Alfieri (Cuneo), impegnato fin dagli anni '60 del secolo scorso in un'attività di riproposta della tradizione contadina e preindustriale. L'attività ha avuto un successo inaspettato, ma molti degli elementi caratteristici di questo rito sono stati modificati rispetto al passato (ad es. l'inserimento delle donne nel rito, originariamente riservato agli uomini). Ciò per dire

---

2 E. DE MARTINO, *La terra del rimorso*, Net, Milano, 2002 (1961), p. 112.

3 Tratto da <http://www.vincenzosantoro.it/dblog/articolo.asp?articolo=313>, che cita Bizio Montinaro, *Danzare col ragno. Musica e letteratura sul tarantismo dal XV al XX secolo*, Lecce, 2007.

4 P. P. PASOLINI, *Il vuoto di potere in Italia*, in “Corriere della Sera”, 1 febbraio 1975. È opportuno, per comprendere meglio il pensiero di Pasolini sull'argomento, citare uno stralcio del suo articolo: «Nei primi anni sessanta, a causa dell'inquinamento dell'aria, e, soprattutto, in campagna, a causa dell'inquinamento dell'acqua (gli azzurri fiumi e le rogge trasparenti) sono cominciate a scomparire le lucciole. Il fenomeno è stato fulmineo e folgorante. Dopo pochi anni le lucciole non c'erano più. (Sono ora un ricordo, abbastanza straziante, del passato: e un uomo anziano che abbia un tale ricordo, non può riconoscere nei nuovi giovani sé stesso giovane, e dunque non può più avere i bei rimpianti di una volta). Quel 'qualcosa' che è accaduto una decina di anni fa lo chiamerò dunque 'scomparsa delle lucciole'. Dopo la scomparsa delle lucciole si ha la falsificazione e l'abbandono dei «valori nazionalizzati... del vecchio universo agricolo e paleocapitalistico... Chiesa, patria, famiglia, obbedienza, ordine, risparmio, moralità non contano più. E non servono neanche più in quanto falsi... A sostituirli sono i 'valori' di un nuovo tipo di civiltà, totalmente 'altra' rispetto alla civiltà contadina e paleoindustriale». L'industrializzazione degli anni Settanta e il comportamento coatto del potere dei consumi ha realizzato una 'mutazione' profonda, decisiva ricreando e deformando la 'coscienza' del popolo italiano, «fino a una irreversibile degradazione. Non siamo più di fronte, come tutti ormai sanno, a 'tempi nuovi', ma a una nuova epoca della storia umana, di quella storia umana le cui scadenze sono millenaristiche».

che spesso l'attività di riproposta comporta una modificazione di elementi propri di un rito; inoltre «tali iniziative di riproposta talvolta passano da un obiettivo comunitario al riferimento a un pubblico esterno e a possibili flussi turistici; ciò ha portato tra l'altro a iniziative fondate più sull'imitazione di casi di successo che sul radicamento e l'interrogazione della memoria virtuale»<sup>5</sup>.

Un terzo esempio è relativo alla festa di S. Rocco a Torrepaduli (Lecce) che si svolge nella notte tra il 15 e il 16 agosto. Si tratta di un rito unico nel suo genere e suggestivo, grazie ai suoi moduli tradizionali del tutto particolari. Esso è strutturato in due fasi: una religiosa e una pagana, in cui i suonatori di strumenti tradizionali (in particolare tamburello e armonica a bocca) e i ballerini della “pizzica-scherma” (una danza tra uomini in cui si mima un combattimento coi coltelli, retaggio – forse – delle usanze in voga tra le comunità nomadi insediate anticamente nel territorio) si ritrovano davanti al sagrato della chiesa per eseguire un rito pagano dalle antiche radici storico-mitologiche. Ma le regole del rito vogliono che si suoni subito dopo l'ingresso della statua in chiesa e non oltre i rintocchi delle campane che annunciano la messa mattutina.

Le molteplici conoscenze che ruotavano intorno al fenomeno del tarantismo sono finite nell'oblio della cultura, ossia sono scomparse quasi del tutto; il *Canté i ewv* ha modificato diverse sue caratteristiche, pur restando un rito fortemente apprezzato dai suoi esecutori-fruitori; la notte di S. Rocco a Torrepaduli è un rito profondamente trasformato nelle sue caratteristiche essenziali<sup>6</sup> e que-

<sup>5</sup> Su questo V. G.L. BRAVO – R. TUCCI, *I beni culturali demoetnoantropologici*, Roma, 2006, pp. 19-22.

<sup>6</sup> Oggi la festa è diventata un richiamo turistico di forte impatto, in cui a tratti si nota la somiglianza con i cosiddetti rave-party e in cui debole è il rispetto per le regole tradizionali del rito, sia sul versante sacro che su quello profano. Questo comporta diverse criticità (o, se vogliamo, mutamenti): innanzitutto la scomparsa degli anziani dal rito pagano, che non si riconoscono più in questa nuova ri-esecuzione; la presenza di suonatori di strumenti musicali provenienti da altre culture (es. djembè) che spesso disturbano la funzione sacra, data la loro presenza nei pressi del Santuario, nonché la presenza di suonatori improvvisati di strumenti tradizionali (in particolare tamburello), che, non potendo mantenere il ritmo lento e costante necessario per l'esecuzione musicale, impediscono lo svolgimento del rito; la presenza di ballerini improvvisati nelle ronde (cerchi di suonatori e spettatori al cui interno si esegue la danza), i quali spesso non conoscendo le regole di esecuzione del ballo e di composizione della ronda, la impoveriscono dal punto di vista coreutico, nonché rovinano l'unicità del ballo della scherma (la quale si esegue, da parte dei danzatori tradizionali, solo in quest'unica occasione); la presenza

ste sue trasformazioni da un lato fanno la fortuna del settore turistico, ma dall'altro suscitano aspre critiche in merito alla spoliazione identitaria del rito.

Questa *congerie* di conoscenze, di cui abbiamo fatto un breve cenno attraverso tre esempi, appartiene a quella che viene definita *cultura orale*, la quale si caratterizza per una veicolazione delle conoscenze mediante la prevalente trasmissione orale; in quanto il linguaggio è considerato il sistema privilegiato di trasmissione del sapere e l'imitazione rappresenta il miglior modo di apprendimento<sup>7</sup>.

Proprio perché destinato ad essere trasmesso oralmente e necessitando quindi una continua riappropriazione e rielaborazione, questo complesso di saperi è sempre “a una generazione dalla scomparsa”<sup>8</sup>.

Se una delle preoccupazioni dell'UNESCO è stata quella di tutelare sia le diversità delle espressioni culturali, sia il patrimonio immateriale mondiale, significa che c'è un concreto rischio di estinzioni o gravi alterazioni; ciò a causa, tra l'altro, dei “processi legati alla globalizzazione, agevolati dalla rapida evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione”<sup>9</sup>. Si aggiunga che i continui flussi turistici, la pressante domanda del cosiddetto *etnoturismo* e la riscoperta del “localismo” stanno provocando, soprattutto negli ultimi anni sia fenomeni virtuosi di rivalutazione delle tradizioni locali, sia “effetti di clonazione e di reinvenzione”, difatti «quando nella tradizione si frutano possibilità di business, la contraffazione degli originali (se mai si può parlare di “originali” nella tradizione) diventa conseguenza immaneabile. Falsificazione e duplicazione indebita saranno tra gli effetti dell'apprezzamento di certe espressioni cultu-

---

poi di chioschi e bancarelle nei pressi delle ronde con i loro strumenti di amplificazione, i quali disturbano il canto e il suono di strumenti non amplificati (come le armoniche a bocca).

<sup>7</sup> [http://it.wikipedia.org/wiki/Tradizione\\_orale](http://it.wikipedia.org/wiki/Tradizione_orale)

<sup>8</sup> Tratto da <http://www.vincenzosantoro.it/dblog/articolo.asp?articolo=265>, il virgolettato appartiene a P. G. ALLEN, una delle più note esponenti della letteratura nativa americana.

<sup>9</sup> Così nelle due Convenzioni UNESCO “per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale” conclusa a Parigi il 17 ottobre 2003 in occasione della sua 32° sessione e “sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali” conclusa a Parigi il 21 ottobre 2005 in occasione della sua 33° sessione.

rali»<sup>10</sup>. «In Italia è solo di recente che la politica dei beni culturali è divenuta nella coscienza dei decision makers anche una voce economica. In antropologia ciò compare secondo due direzioni: da un lato l'aspetto comunicativo del bene, dall'altro l'interesse per il turismo<sup>11</sup> hanno fatto richiudere il cerchio mediante il seguente sillogismo: il bene deve produrre mercato, il turismo produce mercato, dunque il bene può produrre mercato se combinato al turismo»<sup>12</sup>.

Sarebbe eccessivamente gravoso tentare di riportare in questa sede tutte le motivazioni (endogene ed esogene) che hanno contribuito, nel corso degli ultimi decenni, alla rivalutazione delle culture popolari, alla loro diffusione, al loro crescente interesse da parte di studiosi ed appassionati e alla loro ricontestualizzazione (spesso forzata). Basti qui prendere atto che ormai la tendenza alla riappropriazione delle identità culturali locali si è consolidata in politiche di valorizzazione e di promozione che vedono come protagonisti gli Enti territoriali ed i privati, nell'ottica di offrire prodotti culturali “etnici”, spesso tagliati sulle esigenze dei fruitori. Difatti «l'elemento del ritorno economico introdotto dalla comparsa di soggetti privati e dal nuovo concetto di patrimonio come giacimenti/risorse ha in alcuni casi fatto ripiegare su fenomeni di spettacolarizzazione del folklore, aspramente criticati dagli addetti ai lavori»<sup>13</sup>.

Proprio per questo occorre una disciplina che si concentri sulla tutela dell'immateriale, capace di distinguere tra naturale evoluzione dei beni immateriali e “il condizionamento esterno sempre più pesante dello *show business*, dei media, della moda e dell'attuale stile di consumo del tempo libero”<sup>14</sup>. A tal fine pare opportuno delimitare il campo d'indagine attraverso una definizione extra-giuridica.

---

10 Così scrive G.M. GALA, *Tenere l'impredibile, ossia la tutela dell'immateriale*, in Rivista Melissi, n° 14 – 15, Besa editrice, Modugno (BA), 2007, p. 26.

11 Si veda, ad esempio, A. SIMONICCA, *Per una lettura antropologica del turismo*, in Ossimori, 1994, pp. 13-37 e *Antropologia del turismo*, Roma, NIS, 1998.

12 Così scrive I. CANDELORO, a partire dagli studi di PIETRO CLEMENTE, *I beni culturali demo-etno-antropologici*, in Manuale dei Beni Culturali, Assini-Francaleari (a cura di), Padova, 2000, p. 211.

13 Ivi, p. 210.

14 G. BRAVO – R. TUCCI, cit., p. 107.



## 2. La definizione del concetto di bene culturale *Demoetnoantropologico*

All'interno del patrimonio culturale italiano occupa un posto importante l'insieme di quei beni non prodotti dalla cultura d'*élite*, ma legati alle culture locali e alla vita della gente comune, e che costituiscono le tradizioni oggetto di studio degli antropologi<sup>15</sup>.

L'origine del termine si deve ad Alberto Mario Cirese, coniata negli anni settanta per riunificare l'ambito di studio delle tre discipline: demologia, etnologia e antropologia, le quali sono materie di studio che, “a causa delle profonde trasformazioni che hanno investito il nostro paese e l'intero pianeta, soprattutto negli ultimi decenni del secolo scorso, hanno portato a una revisione degli statuti scientifici delle tre discipline e a una progressiva fusione delle stesse in un'unica area disciplinare, caratterizzata dal metodo più che dall'oggetto di studio, riflesso di ciò è la denominazione del settore scientifico disciplinare universitario M-DEA/01 - “Discipline demoetnoantropologiche”<sup>16</sup>”.

Il 22 maggio 2007 l'Associazione Italiana per le Scienze EtnoAntropologiche (AISEA)<sup>17</sup> e la Società Italiana per la Museografia e i Beni DemoEtnoAntropologici (SIMBDEA)<sup>18</sup> hanno concordato una definizione del concetto di Bene DEA.

«Si riconoscono come “beni demoetnoantropologici” tutti quei prodotti culturali, materiali e immateriali, che non appartengono alla “tradizione euroccidentale *culta*” dominante e attengono ai gruppi sociali portatori di “tradizioni”

---

15 I. CANDELORO, *ibidem*, pag. 191.

16 V. Associazione Italiana per le Scienze EtnoAntropologiche (AISEA) e Società Italiana per la Museografia e i Beni DemoEtnoAntropologici (SIMBDEA), in *Rivista Melissi*, cit., pp. 14-15.

17 L'AISEA è una ONLUS con lo scopo di promuovere gli studi e di favorire lo sviluppo della comunità scientifica nel campo delle scienze demo-etno-antropologiche. L'Associazione persegue esclusivamente finalità di solidarietà sociale e svolge la propria attività nei seguenti settori: ricerca scientifica, istruzione. Lo Statuto dell'associazione è rinvenibile in: <http://www.aisea.it/>

18 SIMBDEA è una associazione la cui missione è quella di riunire tutti gli operatori impegnati in ambito museale e nel campo dei beni demoetnoantropologici per far crescere e valorizzare questo settore attraverso attente valutazioni degli interventi delle istituzioni pubbliche e private e attraverso lo sviluppo e il consolidamento di conoscenze e competenze antropologiche applicate al museo in campo scientifico e nelle relative espressioni professionali. Tratto da: <http://www.simbdea.it/>

localizzate, socializzate e condivise presenti nei diversi contesti europei ed extra-europei. Tali attività e prodotti, nei quali si riconoscono le tracce specifiche, tangibili, simboliche ed identitarie delle differenti culture, testimoniano delle attività culturali passate e attuali, osservate in modo sincrono attraverso il rilevamento sul campo. I beni DEA si riflettono, da un lato, nelle collezioni museali storiche di carattere nazionale (italiane, europee, extra-europee), dall'altro lato nei musei locali, nelle documentazioni conservate presso gli archivi audio-visivi e soprattutto sul territorio, dove essi appaiono come parte integrante della vita stessa della comunità che li esprimono e li producono.

Nel loro complesso, i beni DEA riguardano una molteplicità di attività e prodotti materiali mobili e immobili (abitazioni e arredi, abbigliamento, attrezzi da lavoro, mezzi di trasporto e di comunicazione, oggetti d'uso comune e rituale, strumenti musicali, etc.) e immateriali (cerimonie, riti, feste sacre e profane, musiche e canti, danze, poesie, fiabe, miti e leggende, proverbi, giochi, memorie, storie di vita, dialetti e parlate, saperi, pratiche, etc.). La componente immateriale, da un lato, consente di attribuire pieno significato ai beni DEA mobili e immobili, che altrimenti resterebbero inconoscibili, e al tempo stesso individua una categoria di beni in sé, sicuramente specifica di questo settore del patrimonio culturale, che può essere in varia misura connessa con le produzioni materiali oppure da esse del tutto slegata. Tale componente immateriale trova riscontro nell'attuale attenzione verso l'*Intangible Heritage* da parte dell'UNESCO, che ha attivato intorno ad essa una pluralità di azioni fra cui la *Proclamation of Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity* e, successivamente, la *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (...).

A parte le collezioni storiche e gli archivi documentali audio-visivi, il patrimonio demoetnoantropologico riflette una temporalità riferita all'epoca contemporanea e, di regola, è il prodotto di una comunità e non di uno specifico "autore" (nel senso che al termine "autore" viene dato in campo storico-artistico); si compone, inoltre, in gran parte di beni immateriali. Pertanto la salvaguardia, la tutela e la valorizzazione di tale patrimonio non sempre si adattano all'impostazione delineata nel Codice dei beni culturali e del paesaggio: quella cioè di beni come "cose" e di "cose" definite da parametri di antichità (il limite dei cinquanta anni in ordine alla loro manifestazione) o d'autore<sup>19</sup>».

---

19 Per approfondire si v. R. TUCCI, ICCD, Servizio Beni etno-antropologici, *Introduzione all'applicazione delle normative per la catalogazione dei beni culturali demoetnoantropologici*, maggio 2015 su <http://www.iccd.beniculturali.it/getFile.php?id=4036>

### 3. Bene immateriale DEA “vivo” o desueto?

Dopo aver analizzato il contesto in cui il bene DEA è situato e dopo aver specificato il concetto di immaterialità nei beni DEA, occorre ora distinguere tra beni immateriali DEA “vivi” in un determinato contesto e beni ormai desueti, perché non più identificati nella comunità d'appartenenza. «Quando il canto, la festa, l'uso rituale, la danza perdono il rapporto con la tradizione, la mentalità, l'energia simbolica riplasmatrice, diventano oggetti del passato, buoni per teche e per memorie, ma non più attivi nel presente. Per essi servono le pratiche museali, in alcuni casi virtuose, che attivano processi di tipo conoscitivo, informativo, comunicativo, pedagogico. A niente invece valgono interventi di rivitalizzazione che portino a forme di spettacolarizzazione del bene. O meglio, a qualcosa valgono: offrire al pubblico un'idea contemporanea, una tra le tante, del “passato”. Ma non a rimettere nelle vene del presente il suo palpito vivo, a restituire al presente una eterogeneità multitemporale. Ogni spettacolarizzazione, poi, è sempre decontestualizzazione. Per esempio, se da una festa si ricava uno spettacolo, si passa da un evento basato su un'integrazione comunitaria tra protagonisti e partecipanti a una performance fondata su separazione attori/pubblico»<sup>20</sup>.

In poche parole, la rievocazione di un evento storico o il già citato esempio del “tarantismo” possono essere beni immateriali importanti da conoscere e studiare, ma ormai non fanno più parte del contesto di riferimento, in quanto nella comunità di appartenenza hanno perso la loro funzione e il loro simbolismo, mentre una sagra storica o la già citata festa di S. Rocco di Torrepaduli sono beni “vivi”, inseriti pienamente nel tessuto sociale di cui fanno parte. Per entrambi questi beni debbono essere previsti strumenti di tutela da parte dell'Ordinamento.

---

<sup>20</sup> Così si esprime P. APOLITO, *Dalla convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale all'Agenzia per le tradizioni. Alcune osservazioni e una proposta*, in *Rivista Melissi*, n° 14 – 15, Besa editrice, Modugno (BA), 2007, pag. 18.

#### 4. L'evoluzione politico-giuridica del concetto di “bene culturale”

##### 4.1. Dalla Legge Bottai alla concezione di bene culturale come “testimonianza materiale avente valore di civiltà”

L'antropologia si sviluppò in Italia intorno alla fine dell'Ottocento, tuttavia una prima menzione dei beni relativi al folklore era già apparsa in un editto dello Stato Pontificio, a firma del Cardinal Pacca, nel 1820; ma nella legislazione dello Stato Italiano di patrimonio etnografico si comincia a parlare diffusamente solo con la L. 1089/1939 (Tutela delle cose di interesse artistico e storico, nota anche come Legge Bottai). Tuttavia la considerazione dei beni etnografici è solo parziale: venivano definiti “beni” soltanto i documenti di “rarietà e pregio”, secondo un'accezione elitaria, estetizzante ed idealista della cultura. La considerazione delle sole “cose”, inoltre, era necessariamente limitativa nei riguardi di un patrimonio che è fatto, oltreché di beni non mobili (oggetti e testimonianze materiali) e immobili (edifici, siti), anche di quei beni immateriali definiti da Cirese come “volatili”: «canti o fiabe, feste o spettacoli, cerimonie e riti che non sono né immobili, né mobili, in quanto per essere fruiti più volte devono essere “ri-eseguiti” o rifatti»<sup>21</sup>.

Il vuoto normativo sui beni DEA e, più in generale, sul concetto di “bene culturale” arrivò fino al 1967, anno in cui si riunì la Commissione Franceschini. Ma prima di parlare dei lavori della Commissione occorre gettare lo sguardo al debutto della locuzione “bene culturale”, la quale avvenne sulla scena del diritto internazionale, esattamente nella Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato firmata a L'Aia il 15 maggio 1954; ma in realtà tale espressione si trovava già impiegata in un volume pubblicato da Grisolia del 1952<sup>22</sup>, e quest'ultimo a sua volta la riprendeva dal Rapporto de-

---

21 V. I. CANDELORO, cit., 2000, pp. 202-203 che riprende A.M. CIRESE, *Cultura egemonica e culture subalterne. Rassegna degli studi sul mondo popolare tradizionale*. Seconda edizione accresciuta. Palermo, Palumbo, 1973.

22 M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952: v. ad esempio p. 143 e pp. 146 ss.

gli esperti stilato nell'immediato dopoguerra dal consulente dell'UNESCO Georges Berlia<sup>23</sup>.

Ad ogni modo il primo ingresso ufficiale del termine avvenne nella Convenzione del 1954<sup>24</sup>, il quale si rivelò subito una formula riassuntiva che soddisfaceva un'esigenza di sintesi universalmente percepita, per questo successivamente la locuzione venne ripresa nella X<sup>o</sup> Conferenza generale dell'UNESCO svoltasi a New Delhi e in diverse altre convenzioni internazionali<sup>25</sup>.

Torniamo ai lavori della Commissione Franceschini. Essa fu istituita dalla L. 26 aprile 1964, n. 310, la quale, all'Art. 1 così recitava:” (...) condurre una indagine sulle condizioni attuali e sulle esigenze in ordine alla tutela e alla valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio e di formulare proposte concrete (...)”. La Commissione recepì la richiesta e, dopo due anni di lavoro, consegnò al Governo un vasto materiale documentario insieme ad un ventaglio di proposte redatte sotto forma di dichiarazioni<sup>26</sup>; e

---

23 Il rapporto fu redatto a conclusione di una riunione di esperti convocati dall'UNESCO nell'ottobre 1949, per discutere dei problemi posti alla protezione del patrimonio culturale mondiale dall'eventualità di un conflitto bellico: v. in proposito M. GRISOLIA, *ivi*, p. 124.

Entrambe le citazioni (note 23 e 24) sono prese da: M. AINIS, *Cultura e politica, il modello costituzionale*, CEDAM, 1991, pp. 79-80.

24 La quale, all'Art. 1, include tra i beni culturali, a prescindere dalla loro origine o dalla loro proprietà: a) les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, religieux ou laïques, les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les oeuvres d'art, les manuscrits, livres ou autres objets d'intérêt artistique, historique ou archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus;

b) les édifices dont la destination principale et effective est de conserver ou d'exposer les biens culturels meubles définis à l'alinéa a), tels que les musées, les grandes bibliothèques, les dépôts d'archives, ainsi que les refuges destinés à abriter, en cas de conflit armé, les biens culturels meubles définis à l'alinéa a);

c) les centres comprenant un nombre considérable de biens culturels qui sont définis aux alinéas a) et b), dits «centres monumentaux».

25 Per una esauriente esposizione in merito al concetto di “bene culturale” nelle convenzioni internazionali, V. A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Editoriale Scientifica (Collana ricerche giuridiche), Napoli, 2004.

26 L'attività della Commissione e la documentazione raccolta da quest'ultima si trovano illustrati – insieme alle relazioni conclusive – nei tre volumi pubblicati a cura di un comitato di redazione nominato dalla Commissione medesima, *Per la salvezza dei beni culturali in Italia*, Roma, 1967. In argomento V. anche F. CAPUANO, *Sui lavori della Commissione d'indagine prevista dalla legge 26 aprile 1964, n. 310*, in *Annali PI.*, 1966, pp. 471 ss.; M. Pallottino, *La stagione della*

nella dichiarazione I si legge per l'appunto che sono beni culturali quelli d'interesse storico, archeologico, artistico, ambientale, archivistico, librario ed in genere qualsiasi altro *bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà*<sup>27</sup>. Si noti che nella definizione non si fa riferimento al concetto di bene etnografico, ma che quest'ultimo potrebbe ricomprendersi nella generalissima definizione di "testimonianza materiale avente valore di civiltà".

La definizione proposta dalla Commissione Franceschini fa leva infatti sulla storicità del concetto di bene culturale<sup>28</sup>, e per questo aspetto segna quindi il passaggio dal criterio estetico a quello storico come metro di riconoscimento della categoria in questione. In questo passaggio v'è senz'altro un elemento di progresso: in fatto di beni culturali ogni età vanta concezioni proprie, sicché pretendere d'imporre una legge imperitura costituirebbe un imperdonabile atto di superbia<sup>29</sup>.

---

Commissione Franceschini, in AA.VV., *Memorabilia: il futuro della memoria, I, Tutela e valorizzazione oggi*, a cura di F. Perego, Bari, 1987, pp. 7 ss.; nonché la testimonianza di F. Franceschini (che ne fu il presidente e dal quale prese quindi nome la Commissione d'indagine), *L'impegno della Costituzione Italiana per la salvaguardia dei beni culturali*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, II, spec. pp. 236.

27 L'operato della Commissione non si risolse nella definizione del concetto di bene culturale. Sul piano delle strutture burocratiche, quest'ultima propose di formare un'Amministrazione autonoma dei beni culturali, posta alle dipendenze del ministro della pubblica istruzione ed un consiglio nazionale dei beni culturali presieduto dal medesimo ministro. Nei propositi della Commissione, si trattava d'introdurre una vera e propria amministrazione di tipo aziendale (retta da un consiglio d'amministrazione a tempo pieno e con larghi poteri) cui devolvere la direzione dell'attività di tutela sui beni culturali; ma proprio l'opzione verso modelli centralistici, e lo scarso peso assegnato al decentramento regionale, hanno finito per destare le perplessità maggiori: v. fra gli altri M. BESSONE, *Sul ruolo delle Regioni nell'amministrazione dei beni culturali. Prospettive di riforma*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1975, p. 203.

28 Questo tratto della nozione di bene culturale affacciata dalla Commissione Franceschini è particolarmente evidente in merito ai beni archeologici. Si legga infatti la dichiarazione XII: "si intendono per beni archeologici, indipendentemente dal loro pregio artistico, le cose mobili o immobili costituenti testimonianza storica di epoche, di civiltà, di centri od insediamenti, la cui conoscenza si attua preminentemente attraverso scavi e rinvenimenti". Come è stato osservato, nel caso di specie l'elemento giuridicamente rilevante viene rintracciato nella conoscibilità della cosa per mezzo di scavi o rinvenimenti, e non più nel suo eventuale valore artistico: N. Greco, *Stato di cultura e gestione dei beni culturali*, Bologna, 1981, p. 193.

29 Per tale ragione sarebbe necessario conservare ogni documento, a prescindere dalla sua singolarità o dal suo pregio estetico: A. Villani, *Per una politica dei beni culturali*, in *Aggiornamenti sociali*, 1978, p. 365.

Premesso che la definizione di bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà continua ad essere tra le più accreditate nella pubblicistica corrente va considerato che v'è un'enfasi eccessiva sugli aspetti materiali della cultura: come se quest'ultima s'attagli unicamente alle cose dotate d'un supporto tangibile e corporeo, e non costituiscono invece altrettante espressioni culturali quelle affidate al canto, al suono, al gesto mimico o teatrale. Un altro equivoco sta nell'uso della parola *civiltà*, il cui valore semantico non è del tutto coincidente con l'area coperta dal termine *cultura*: sicché dovrebbero considerarsi beni culturali soltanto quelli ereditati dalle culture progredite, lasciando prive di tutela le sopravvivenze culturali<sup>30</sup>.

Altri in dottrina sostengono che l'espressione *bene culturale* voluta dalla Commissione Franceschini poggia su un'accezione lata, derivativa, descrittiva e sociale delle varie attività umane proiettanti un contesto storico e la sua civiltà<sup>31</sup>. Il bene culturale diventa, così, oltre che testimonianza di civiltà, “strumento di incivilimento”<sup>32</sup>, racchiudendo le eterogenee manifestazioni di civiltà dell'uomo, indipendentemente dal fatto che queste raggiungano o meno le dimensioni dell'arte, a prescindere dal fatto, cioè, che siano, tecnicamente, cose d'arte. Pertanto se tutte le cose d'arte sono beni culturali, non è valida la proposizione inversa, dato che rispetto alla civiltà dell'uomo, l'arte rappresenta soltanto una delle componenti espressive, alta, nobile, raffinata e – quando è vera arte, per definizione – eterna, ma certamente non l'esclusiva. La sostituzione della nozione di cose d'arte con quella di bene culturale soddisfaceva l'esigenza di superare la concezione materiale ed estetizzante degli anni trenta in favore di una visione che privilegiasse il valore culturale che si impregna, saldandosi, in una determinata *res*, con significative conseguenze<sup>33</sup>: (...) La variazione termi-

30 I riferimenti alla Commissione Franceschini e le relative critiche sono prese da: M. AINIS, cit., 1991, pp. 79 ss.

31 T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè Milano 2001, p. 26.

32 F. SANTORO PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in Studi in memoria di Carlo Esposito, Cedam, Padova, 1973, vol. I, p. 1422.

33 “Non più la cosa in sé si rivelava meritevole di tutela, ma la testimonianza di civiltà radicata in profili materiali (o anche immateriali) della cosa stessa. In ciò era il nucleo del bene culturale (P. STELLA RICHTER – E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali*, in Trattato di Diritto Ammi-

nologica da cosa a bene mostra che l'*in sé* della nuova categoria non è costituito dall'oggetto materiale, bensì dall'immateriale funzione di accrescimento delle conoscenze e di miglioramento della personalità dell'individuo<sup>34</sup>.

In particolare sui beni DEA, nonostante la nozione della Commissione abbia dimostrato di aver avuto maggiore sensibilità antropologica<sup>35</sup>, è innegabile che la definizione contenuta nella I dichiarazione non fa riferimento ai beni DEA, mentre nel seguito del Documento si dà rilievo al patrimonio demologico inteso come “insieme di documenti, materiali e non materiali, che si riferiscono alla storia della cultura popolare italiana”. Al di là delle questioni terminologiche, comunque, il vero problema è che quanto auspicato dalla Commissione Franceschini è stato solo in parte realizzato e lo scontento manifestato da

---

nistrativo, Vol. XXXIII, "I beni e le attività culturali", a cura di A. Catalani - S. Cattaneo, Cedam, Padova, 2002, p. 387). Sul tema, vedi fin da ora S. CATTANEO, *Cultura e patrimonio culturale*, cit., 3 e ss., part. 27 e ss. Secondo P. CARPENTIERI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 1017 e ss., 1022, sub nota n. 18 (pubblicata altresì in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) con il titolo *Le Regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali ma ai soli fini della valorizzazione*), «in questa materia, il rapporto tra “cose di interesse storico-artistico” e “beni culturali” travalica la distinzione civilistica tra “beni materiali” (che sono “cose”, come porzioni separate di materia) e “beni immateriali”, per assumere una connotazione propria, espressiva, nella nozione di “bene culturale” contrapposta a quella di “cosa d’arte”, del valore di testimonianza storica di civiltà dell’oggetto della tutela, che va oltre il suo intrinseco pregio artistico». Nello stesso senso, V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, cit., vol. I, p. 140, il quale - posta la distinzione tra beni culturali e beni immateriali - fa notare che il concetto di patrimonio culturale della Nazione cui si riferisce l'art. 9, comma 2, Cost., è più ampio dell'insieme dei beni culturali, dal momento che riunisce oltre alle “cose” d’interesse culturale anche le opere dell’ingegno tutelate, appunto, come beni immateriali (si pensi alle creazioni letterarie, musicali, industriali o alle stesse “creazioni delle arti figurative o plastiche, intese in quanto tali e non in quanto identificate nelle cose nelle quali si esprimono”: V. CERULLI IRELLI, op. loc. ult. cit.).

34 Così A. L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale, oltre agli autori su citati, richiama per quest'ultima espressione: G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, cit., vol. II, p. 575. Come sostenuto da G. PAGANETTO, *La Regione sarda e la cultura: limiti del d.P.R. 19 giugno 1979 n. 348*, in *L'autonomia regionale sarda: problemi e prospettive della specialità*, Napoli, 1984, 255, “il bene è culturale non se rappresenta un determinato oggetto ma se assolve ad una determinata funzione”. Si tali concetti, v. amplius S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Giuffrè, Milano, 1962, nonché, dello stesso Autore, *Beni (Teoria generale)*, cit., 175 e ss.

35 I. CANDELORO, cit., 2000, p. 204 richiama la definizione Tayloriana secondo cui “la cultura è il complesso unitario che include la conoscenza, la credenza, l'arte, la morale, le leggi e ogni altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro della società” (da *primitive culture*, London, 1871, p. 5).



M. S. Giannini all'inizio degli Anni Settanta potrebbe essere sottoscritto anche per le discipline demotnoantropologiche<sup>36</sup>.

Ad ogni modo la terminologia adottata dalla Commissione Franceschini ha finito per entrare nel linguaggio del legislatore, dando origine a una serie d'aggiustamenti semantici che hanno scandito la successiva evoluzione del concetto. Essa intanto suscitò un'eco pressoché immediata nei lavori delle due commissioni Papaldo, incaricate di tradurre le conclusioni della Commissione Franceschini in norme legislative dello Stato<sup>37</sup>; a tale proposito lo schema Papaldo recepì la definizione del bene culturale come testimonianza materiale di civiltà, ma corresse la portata ricomprendendovi espressamente i beni d'interesse audiovisivo, paleontologico, palenologico, nonché le singolarità geologiche, botaniche e faunistiche. Permaneva dunque l'equivoco d'includere i beni ambientali fra quelli culturali; nello stesso tempo veniva però temperato in qualche modo il principio in base al quale le opere d'arte contemporanea e le più recenti acquisizioni della tecnica restano prive di tutela<sup>38</sup>.

Nonostante negli anni successivi ai lavori della Commissione Franceschini sia emerso all'interno della società italiana un nuovo interesse per la politica di salvaguardia dei beni culturali<sup>39</sup>, il legislatore non è comunque uscito al di

---

36 I. CANDELORO, cit., 2000, p. 204 che richiama M.S. Giannini in *Uomini, leggi e beni culturali*, in "Futuribili", 1971, p. 37, in cui l'Autore dice che "la vigente disciplina (quella del '39) non è né pessima né eccellente ma è solo una tappa di uno sviluppo che avrebbe dovuto comportare un seguito che però è venuto a mancare". In seguito - sostiene Candeloro -, e insieme a queste critiche, vi è stato un vasto movimento di opinione e dibattiti che ha visto fra i più impegnati associazioni come Italia Nostra e istituzioni come l'Accademia dei Lincei.

37 La prima Commissione presieduta da Papaldo fu insediata dal ministero della Pubblica Istruzione il 9 aprile 1968, ed approntò uno schema di disegno di legge sulla tutela e valorizzazione dei beni culturali (presentato al Ministero l'11 marzo 1970) il cui testo - unitamente alla relazione generale - può leggersi in Riv. trim. dir. pubbl., 1970, pp. 905 ss. Invece la seconda Commissione Papaldo - istituita con d.m. 31 marzo 1971 - non concluse i propri lavori con una relazione scritta.

38 I riferimenti sulla successiva Commissione Papaldo sono presi da M. AINIS, cit., 1991, pp. 88 ss.

39 Per restare in tema di beni DEA, si può citare quella "museografia spontanea" che ha visto il costituirsi di raccolte, centri di documentazione, piccoli musei, gestiti tutti a livello comunale: si è trattato di ex contadini (affiancati e spesso sollecitati da giovani scolarizzati) che avendo assistito all'avanzare della società industriale, hanno sentito l'esigenza di preservare la memoria della loro condizione tradizionale. La cultura popolare, prima rimossa in vista di un miglioramento di status, è così anch'essa divenuta un bene, istituzionalmente riconosciuto. Così si

fuori di una politica episodica e localizzata territorialmente, principalmente finalizzata, come nei secoli scorsi, a fare fronte all'emergenza<sup>40</sup>.

Qualche proposta è intervenuta negli anni Ottanta ed all'inizio degli anni Novanta, sul piano legislativo, in merito a beni DEA, ma non si è mai trasformata in atto<sup>41</sup>.

#### 4.2. Le evoluzioni successive

Nel corso degli anni Novanta avvenne una secca inversione di tendenza rispetto all'inerzia del passato. Ciò si verificò attraverso il concorso di due fattori. Innanzitutto per la forte spinta innovativa esercitata dalle fonti comunitarie; a ciò va aggiunta la consapevolezza della necessità di una nuova disciplina dei beni culturali, improntata all'apertura nei confronti della società civile e ad un modello di relazione c.d. *cooperativa* (o di “*leale collaborazione*”) tra centro e periferia. Poiché ogni intervento diretto ad incrementare la fruizione dei beni culturali esercita un'indiscutibile incidenza a livello locale, dalle istanze provenienti da questi ambiti territoriali non si può in alcun modo prescindere: si imponeva

---

esprime I. CANDELORO, cit., 2000, pp. 205-206.

40 La L. 44/1965 ha accresciuto le competenze dei sovrintendenti, le attività di restauro e la prevenzione dei furti; la L. 1062/1971 ha formulato le norme penali sulla contraffazione o alterazione delle opere d'arte; la L. 171/1973 e il D.P.R. 20 settembre 1973, sono intervenuti per la salvaguardia di Venezia. Così M. AINIS – M. FIORILLO, *L'Ordinamento della Cultura*, II ed., Milano, 2008, p. 155.

41 Nella proposta di legge n. 3252 del 1982, ad esempio, presentata dall'allora Partito Comunista Italiano, si fa riferimento a “tutti quei beni che, considerati singolarmente o nel loro insieme, costituiscono un significativo documento dell'ambiente storico e naturale in cui l'uomo è vissuto e vive, dello sviluppo culturale, scientifico e tecnico della civiltà umana, del costume, della lingua, delle arti e delle tradizioni popolari”. Su questa linea si muove anche il disegno di legge n. 1974 del 1984 (Camera dei Deputati), che considera come beni: “le cose di interesse archeologico, audiovisivo, musicale, ambientale, demoantropologico che rappresentino – sia singolarmente che in aggregazione – manifestazioni significative della civiltà umana o documento dell'ambiente storico e naturale”. Per la prima volta si introduce il bene musicale e viene riconsiderato il bene audiovisivo. Accanto a questi anche i valori della natura e dell'ambiente. Si sottolinea inoltre l'appartenenza di beni non oggettuali, che una volta non sarebbero stati dichiarati come beni culturali (...). V. I. CANDELORO, cit., p. 206. La proposta di Legge n. 2946 del 1995, denominata “Norme per la valorizzazione e la tutela delle feste tradizionali”, mai trasformata in legge, si proponeva di riconoscere le feste come beni culturali, ma solo se “organizzate continuativamente almeno dall'anno 1900”. Si legga più diffusamente R. TUCCI, *Come salvaguardare il patrimonio immateriale? Il caso della scherma di Torrepaduli*, in [www.vincenzosantoro.it](http://www.vincenzosantoro.it), pp. 2 ss.

pertanto un differente, e più moderno, riparto di competenze in materia fra Stato ed enti locali<sup>42</sup>.

Dopo l'istituzione della "Commissione Cheli" (con un d.m. del 5 dicembre 1996) si procedette al varo del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 112 ("Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59"), il quale ha apportato diverse novità: a) nuova definizione di "beni culturali" (Art. 148, lett. a)); b) nuova disciplina delle attività culturali (artt. 148 e 153-155 del Capo V); c) distinzione fra le funzioni di tutela, gestione, promozione, valorizzazione del patrimonio culturale (art. 148 lett. c), d), e)); d) conferimento – a costituzione invariata - di funzioni e compiti amministrativi, fino ad allora svolti dallo Stato, a favore del sistema delle autonomie territoriali.

Per quanto riguarda il primo punto (Nuova definizione di "beni culturali"), l'art. 148 lett. a) stabilisce che sono "beni culturali" "quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge". La definizione «è estremamente ampia ed unisce nella stessa formulazione le principali categorie finora individuate di beni culturali con il riferimento agli altri beni che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà, categoria residuale e per definizione aperta»<sup>43</sup>.

---

42 AINIS – FIORILLO, cit., pp. 155-156, che così continuano: «Sicché, dopo decenni di letargo, l'evoluzione del quadro normativo, ha assunto, a cavallo del secolo, uno slancio irresistibile. Dopo che la L. 8 ottobre 1997 n. 352 ha delegato il governo ad adottare un testo unico in materia di beni culturali ed ambientali, viene conferita autonomia organizzativa, scientifica, amministrativa e finanziaria alla sovrintendenza di Pompei, ed è costituita la Sibec (Società italiana per i beni culturali), società di capitali avente ad oggetto la promozione e il sostegno di progetti finalizzati al restauro e alla valorizzazione dei beni culturali. Successivamente viene approvata la L. 20 marzo 1998 n. 88, che disciplina ex novo le azioni per la restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro dell'Unione europea, prevedendo anche la creazione di una banca dati dei beni culturali illecitamente sottratti».

43 Così M.P. CHITI, nonostante le forti perplessità: «Se dunque è difficile al momento immaginare quali esattamente siano tali possibili beni immateriali, rimane apprezzabile l'eliminazione del limite della materialità del bene, che assicura una necessaria flessibilità all'evoluzione della categoria generale dei beni culturali», contenuto in: *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lg. 112/1998: prime note esegetiche*, in Aedon, n. 1, 1998. In dottrina si veda anche: M.

Due sono essenzialmente le novità introdotte dalla lett. *a*) del D.Lgs. 112: L'inserimento del termine *demoetnoantropologico* e l'espunzione del concetto di materialità.

L'omissione del riferimento alla materialità dei beni culturali, sembrerebbe consentire in sé per sé di ricomprendere sotto questa definizione anche i beni culturali immateriali o volatili ed i beni culturali c.d. *minori*, «cioè quelle testimonianze materiali di civiltà che, pur meritevoli di protezione e conservazione, sono prive di un corpo materiale o comunque sono disponibili in quantità non unica o particolarmente rara»<sup>44</sup>; il D.Lgs. sembra dunque accogliere la visione sociologico-antropologica del bene culturale più nuova, che aveva già informato di sé lavori della Commissione Franceschini<sup>45</sup>.

In buona sostanza l'espunzione del carattere di materialità dal concetto di bene culturale è vista con notevole entusiasmo dalla dottrina, sin dai primi commenti al D.Lgs. 112<sup>46</sup>.

Il secondo punto, ossia la nuova definizione di *attività culturali*, che ha aperto la strada alla nuova denominazione del Ministero di settore avvenuta con D.Lgs. n. 368 del 1998, va letto unitamente con il terzo, ossia le definizioni di *tutela, valorizzazione, gestione e promozione*. In quanto la quarta funzione ora citata (promozione) attiene specificatamente alle attività culturali.

L'Art. 148 del D.Lgs. 112, alle lettere *f*) e *g*) definisce rispettivamente attività culturali e promozione in questo modo: "attività culturali", quelle rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte; "promozione", ogni attività diretta a suscitare e a sostenere le attività culturali.

---

MESCHINO, *Beni e attività culturali nel d.lg. 112/1998: una proposta di lettura*, in Aedon, n. 1, 1998.

44 Così si esprime A.L. TARASCO, cit., il quale cita G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. Caia (a cura di), *Il Testo unico sui beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 7.

45 Ancora A.L. TARASCO, il quale cita P. CARPENTIERI., *Le Regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione*, in Urb. App., n. 9, 2003, p. 1025.

46 M. P. CHITI, cit.: «Se dunque è difficile al momento immaginare quali esattamente siano tali possibili beni immateriali, rimane apprezzabile l'eliminazione del limite della materialità del bene, che assicura una necessaria flessibilità all'evoluzione della categoria generale dei beni culturali». Inoltre si veda anche: MAURIZIO MESCHINO, *Beni e attività culturali nel d.lg. 112/1998: una proposta di lettura*, in Aedon, n. 1, 1998.

Il legislatore sembra aver recepito la necessità che occorre sviluppare «misure, incentivi, iniziative che consentano la libera emersione e diffusione della creatività culturale»<sup>47</sup>.

Ma la scissione delle attività culturali dal concetto di bene culturale non sembra essere del tutto condivisibile in dottrina, infatti alcuni sostenevano che la distinzione tra beni ed attività culturali avrebbe frustrato «l'aspirazione della migliore dottrina a costruire una nozione unitaria di beni culturali, comprensiva anche delle attività culturali»; anche se il legislatore si fosse rivolto alle «opere di ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, finora disciplinate distintamente dalla l. 633/41», non pareva accettabile abrogare «implicitamente» una «tradizionale peculiarità del nostro ordinamento» con una «semplice eliminazione di un aggettivo da una formulazione normativa». Il problema di fondo non riguardava, a ben vedere, la distinzione tra beni ed attività culturali, quanto il “riempire di contenuto” una definizione di attività culturali lasciata vuota dal legislatore.

Interpretando unitariamente l'Art. 148, soprattutto in relazione alla distinzione tra “beni” ed “attività culturali”, e considerando che dalla definizione di “beni culturali” è stato espunto il riferimento alla materialità, si può dire che sono “beni” le memorie ereditate dal passato, la cui custodia resta affidata allo Stato centrale, che si impegna a riconoscerle, conservarle, proteggerle: in sintesi ad occuparsi della loro tutela. E dove attività culturale diventa tutto quanto sia rivolto al futuro, perché diretto a formare ed a diffondere le espressioni più avanzate della cultura e dell'arte: vale a dire quella cultura contemporanea che lo Stato, insieme agli enti autonomi territoriali, dovrà farsi carico di promuovere, e cioè sostenere e suscitare<sup>48</sup>.

Le lett. *c)*, *d)* ed *e)* dell'art. 148 così dispongono: "tutela", ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali; "gestione", ogni attività diretta, mediante l'organizzazione di risorse umane e mate-

---

47 Così scrive M. MESCHINO, cit.

48 Così sintetizzano M. AINIS – M. FIORILLO, cit., 2008, pp. 173-174.

riali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione; "valorizzazione", ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione.

Parte della dottrina ha commentato molto criticamente la formulazione dell'art. 148, evidenziando innanzitutto che non è stata data una precisa definizione, ma una sorta di rimando implicito «al senso che tali termini assumono nelle problematiche di settore e nelle relative scienze»; inoltre le definizioni sembrano in qualche modo irrigidire le «attività considerate ad un dato momento di una evoluzione continua», «basti pensare che la stessa valorizzazione dei beni culturali ha avuto solo recentemente dignità legislativa, per il lungo prevalere di una concezione aristocratica delle cose d'arte che sembrava non necessitassero di iniziative a rilevanza economica e sociale»; infine «la definizione implica di per sé specificare e distinguere, con il rischio di una moltiplicazione di definizioni e di conseguenti confusioni». In effetti, la distinzione posta nella citata disposizione tra gestione e valorizzazione ha evidenti sovrapposizioni: se la gestione è diretta ad "assicurare la fruizione dei beni culturali ed ambientali" è evidente che contiene elementi di valorizzazione, tanto che la stessa lettera *d*) continua affermando che la gestione "concorre al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione". Così come viceversa vale per la valorizzazione (lett. *e*) che da un lato ha aspetti conservativi ("ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali"), apparentemente connessi alla "tutela"; dall'altro, ha aspetti collegati alla fruizione che pure sembrava aspetto essenziale della politica di gestione. Insomma, «l'anelito definitorio del legislatore delegato finisce per dar vita ad un vero pasticcio verbale», che, in mancanza di coordinamento tra Stato e Regioni, finisce per creare confusioni in ordine alle rispettive competenze. Alcuni in dottrina hanno sostenuto che tale distinzione ha finito per far prevalere «una prospettiva centralistica per la quale tutte le attività di tutela sono riservate allo Stato, e

molte altre funzioni sono egualmente assicurate allo Stato nei settori della gestione e della valorizzazione dei beni culturali»<sup>49</sup>.

Altri in dottrina non sostengono una tesi così critica, difatti ritengono che «lo scopo della distinzione delle attività non sta "nell'esigenza di assicurare allo Stato una ingente massa di funzioni" (Chiti) ma è opposto; sta in quello di determinare funzioni e compiti per dare fondamento alle attività da trasferire o da svolgere in cooperazione». Mettendo proprio l'accento sul principio di cooperazione, guardano alle nozioni di tutela e valorizzazione sotto un'altra luce: non si tratta di subordinare alla tutela ogni altra attività, ma di «cogliere la loro interazione in concreto dove, di fatto, l'una interferisce sull'altra, potendo ciascuna essere svolta in reciproca integrazione strumentale»; poiché il D.Lgs. 112/1998 getta le basi per una visione del tutto nuova del rapporto tra poteri istituzionali «rafforzando, anche in questo modo, le premesse per uno scenario cooperativo»<sup>50</sup>.

Infine, nonostante il D.Lgs. 112/1998 abbia mostrato segni di oscurità in qualche passaggio, soprattutto in merito alle definizioni, è indubbio che si sia rivelato un notevole passo in avanti sul riconoscimento dei beni DEA; inoltre l'espunzione del requisito della materialità ha rappresentato il primo vero intervento legislativo sulla tutela dei beni immateriali. Tale "passo in avanti" è stato poi riconosciuto nel successivo T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, non senza qualche sostanziale modifica.

### **4.3. Il tentativo di scorporare il bene dalla materialità**

Nell'intento di coordinare formalmente e sostanzialmente le innumerevoli disposizioni succedutesi nel tempo (attuando la delega contenuta nell'art. 1 della legge 8 ottobre 1997 n. 352), il T.U. per i beni culturali e ambientali emanato con D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 non ha operato una ridefinizione del concetto di bene culturale, limitandosi a mediare la nozione accolta nel D.Lgs.

---

49 Il virgolettato appartiene a M. P. CHITI, cit.

50 Il virgolettato è di M. MESCHINO, cit.

112/1998 (che riproduce, a sua volta, quella elaborata dalla Commissione Francheschini, fatto salvo il riferimento al carattere materiale della “testimonianza di civiltà”) con l'elencazione delle cose d'arte previste negli artt. 1 e 2 della legge n. 1089/1939<sup>51</sup>.

Da come si può facilmente notare, il legislatore delegato del 1999, coerentemente alla delega del 1997, che autorizzava un mero coordinamento delle disposizioni e non una loro innovazione sostanziale, si è limitato ad accogliere una nozione reale e normativa, che fa perno sul complesso di disposizioni normative che già disciplinavano talune cose come beni culturali. Così facendo, il D.Lgs. n. 490/1999 ha considerato come nucleo centrale dei beni culturali le cose regolate nell'art. 2 della Legge Bottai del 1939, “senza però rinunciare ad

51 Così scrive A. L. TARASCO, cit. Il T.U. sui beni culturali e ambientali è stato emanato in base all'art. 1 della legge di delega 8 ottobre 1997 n. 352, che fissava al 31 ottobre 1998 il termine entro cui esercitare quella stessa delega. Tuttavia, il decreto delegato n. 490 è stato emanato soltanto il 29 ottobre 1999, venendo pubblicato in Gazzetta ufficiale il 27 dicembre 1999 ed entrando in vigore nel successivo anno 2000. Per scongiurare l'illegittimità del decreto delegato (emanato oltre il termine del 31 ottobre 1998), è stata proposta un'interpretazione nel senso che il T.U. potesse coordinare la produzione normativa entrata in vigore fino alla scadenza del termine per l'esercizio della delega. Ciò ha comportato, però, il fatto che il T.U. non tenesse conto di importanti interventi legislativi, come il D.Lgs. 20 ottobre 1998 n. 368, recante l'istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, ovvero l'art. 32 della legge 23 dicembre 1998 n. 448, in tema di alienazione del demanio culturale. Tali norme, benché emanate entro il termine predetto, non erano ancora entrate in vigore a causa del termine di vacatio legis. Sul T.U. sui beni culturali emanato con D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, cfr. N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2002; A. CROSETTI, *La tutela ambientale dei beni culturali*, Cedam, Padova, 2001; P. G. FERRI – M. PACINI (a cura di), *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, Il sole 24-ore, Milano, 2001; G. CAIA, (a cura di), *Il Testo unico sui beni culturali e ambientali*, cit.; M. CAMMELLI, *Il Testo unico, il commento e ... ciò che resta da fare*, in Aedon, n. 2, 2000; N. ASSINI – P. FRANCALACCI (a cura di), *Manuale dei beni culturali*, Cedam, Padova, 2000; G. CHIARANTE, *Introduzione alla lettura del Testo unico*, in Annali dell'Associazione Ranuccio Bianchi Bandinelli fondata da G. C. Argan, fasc. 9, I/2000, 7 e ss.; R. CUONZO, *Il testo unico dei beni culturali e ambientali* (d.lg. n. 490 del 1999), in Dir. e società, 2000, pp. 333 e ss.; R. DAMONTE, *Il nuovo testo unico delle disposizioni legislative in materia dei beni culturali e ambientali*, in Riv. giur. edil., 2000, III, 189 e ss.; F. LEMME, *Testo unico delle norme in tema di beni culturali ed ambientali* (comm. a d.lg. 29 ottobre 1999 n. 490), in Dir. pen. e processo, 2000, 205 e ss.; D. RAVENNA, *Il nuovo testo unico dei beni culturali*, in Studium juris, 2000, pp. 644 e ss.; A. ROCCELLA, *Il testo unico dei beni culturali: contesto, “iter” formativo, lineamenti, conferme, innovazioni*, in Dir. Pubbl., 2000, pp. 555 e ss.; M. SANTOLUCCI, *Il nuovo “testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali”*, in Riv. pen., 2000, 435 e ss.; G. SEVERINI, *Il “restauro” nel t.u. dei beni culturali*, in Urbanistica e appalti, 2000, pp. 827 e ss.; F. ROCCA, *Beni culturali: alcune note sulla disciplina dettata dal nuovo testo unico*, in Arch. locazioni, 2000, pp. 211 e ss.; M. D'AMICO, *Il nuovo testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali: disciplina sanzionatoria e principio di legalità in materia penale*, in Arch. locazioni, 2000, pp. 391 e ss.



includere nella nozione altre categorie di cose già normate con finalità riconducibili alle aree della tutela e della valorizzazione”. In tal modo, il legislatore delegato è partito dal presupposto che «ovunque si ravvisi una norma che tutela in qualsiasi modo un determinato bene in considerazione del suo valore storico, artistico, archeologico, etc., si è in presenza di un bene culturale»<sup>52</sup>. Altri in dottrina, invece, sostengono che «dietro l'apparente neutralità della tecnica di riunificazione normativa» il D.Lgs. 490 «sembra introdurre più di una sostanziale innovazione: così con l'art. 3, che estende la nozione di bene culturale oltre i confini tradizionali riferendola a categorie speciali espressamente menzionate<sup>53</sup> – tra le quali gli *studi d'artista*<sup>54</sup>, difficilmente riconducibili al tradizionale concetto di cosa d'interesse storico-artistico –, e con il successivo art. 4, che rinvia al futuro legislatore il compito di individuare nuove categorie, ove gli si rivelino testimonianze avente valore di civiltà<sup>55</sup>». Considerando tali disposizioni, sembra quasi che il T.U. abbia accolto la più ampia nozione di bene culturale, comprendendo anche i beni non materiali e le mere attività<sup>56</sup>.

Ma non tutti concordano, difatti «pur essendo stato escluso il riferimento alla materialità della testimonianza di civiltà, per la configurazione di un bene culturale è sempre necessario un rapporto di immedesimazione tra la (materiali-

---

52 Così sostiene A.L. TARASCO, cit. In questo senso, il parere del Consiglio di Stato, Ad. gen., 11 marzo 1999 n. 33/99 (consultabile in M. CAMELLI, *Il nuovo Testo unico*, cit. pp. 561 e ss., part. 564 nonché in *Gazzetta Ambiente*, n. 2/1999) reso sullo schema del T.U. del 1999, poi emanato con d.lgs. n. 490/99.

53 Così sostiene P. STELLA RICHTER – E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Vol. XXXIII, I beni e le attività culturali, A. Catalani – S. Cattaneo (a cura di), pp. 390 ss.

54 Gli studi d'artista, non qualificati beni culturali né sottoposti alla relativa disciplina, erano esclusivamente tutelati dall'art. 4/bis del D.L. 9 dicembre 1986 n. 832 (conv. con mod. dalla L. 6 febbraio 1987 n. 15), il quale ne escludeva la soggezione ai provvedimenti di rilascio previsti dalla normativa in materia di locazione d'immobili urbani ove fosse intervenuto un provvedimento ministeriale di inamovibilità dallo stabile e di divieto di modificazione della destinazione d'uso. La norma è poi confluita nell'art. 52 del T.U.; si v. ancora S. RICHTER – E. SCOTTI, cit., p. 391.

55 In tal modo, raggiungendo un risultato innovativo di dubbia costituzionalità, il T.U. (art. 4) fa propria, generalizzandola, la definizione prevista dall'art. 148 del D.Lgs. 112/1998, ma ai soli fini della distribuzione in senso verticale delle competenze tra Stato ed autonomie territoriali.

56 In tal senso si veda ancora S. RICHTER – E. SCOTTI, cit., p. 391.

tà della) *res* e l'immaterialità del valore culturale, cioè l'incorporazione del valore tutelato nel substrato materiale. E ciò anche nelle ipotesi di categorie speciali di beni culturali non espressamente elencate nello stesso T.U.»<sup>57</sup>.

In coerenza con tale linea di pensiero è anche chi, analizzando il T.U. dal punto di vista dei beni DEA, ritiene che «il patrimonio di beni include anche quello demo-etno-antropologico, ma ancora una volta ricade nell'errore di considerare solo cose mobili e immobili, nonostante il Ministero abbia allargato i propri orizzonti già nella stessa denominazione alle “attività culturali” e nonostante vengano considerate come categorie di beni “speciali” (art. 3) “le fotografie e gli esemplari delle opere cinematografiche, audiovisive o sequenze di immagini in movimento o comunque registrate, la cui produzione risalgia ad oltre venticinque anni” di cui però non si specifica la sfera di interesse (antropologia, storia o altro)»<sup>58</sup>.

Ad ogni modo il T.U., nonostante abbia «dovuto abbandonare la definizione di diritto positivo (quella offerta dal D.lgs. 112/1998) di bene culturale più aggiornata e condivisa, optando per la vecchia “coseità”»<sup>59</sup> ha avuto il pregio di inserirsi nel percorso di riconoscimento dei beni DEA<sup>60</sup> e di attribuire, seppur indirettamente, valore agli aspetti immateriali della cultura grazie

---

57 Secondo S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 24, la disciplina contenuta nel D.Lgs. 112/98 delle attività culturali, cioè di quelle attività “rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte” (art. 148, lett. f), D.Lgs. 112/98), non consente di includere anche queste nella nozione di bene culturale; infatti, «l'impianto normativo del decreto [112/98] distingue formalmente la disciplina delle attività culturali da quella dei beni, sicché riesce difficile comprendere quale caratteristica fondi il loro tratto distintivo se non l'individuabilità materiale».

58 I. CANDELORO, cit., 2000, pp. 206-207.

59 M. CAMMELLI, *La semplificazione normativa alla prova: il Testo Unico dei beni culturali e ambientali. Introduzione al commento del d.lgs. 490/1999*, in *Aedon*, n. 1, 2000. Va aggiunto, però, che non tutti in dottrina sostengono che il T.U. abbia “abbandonato” la definizione prevista dal D.Lgs. 112/1998, infatti «quest'ultimo riguardava un campo materiale diverso da quello del Testo Unico. Infatti, mentre la disciplina ora in esame riguarda la tutela dei beni culturali e quindi immediatamente coinvolge gli interessi dei soggetti privati proprietari dei beni, il d.lgs. 112/1998 poteva adottare, senza eccessive preoccupazioni, una definizione unitaria che era funzionale esclusivamente alla ripartizione delle competenze tra centro e periferia». Così G. PITRUZZELLA, *La nozione di bene culturale (artt. 1, 2, 3 e 4 d.lgs. 490/1999)*, in *Aedon*, n. 1, 2000.

60 Difatti l'art. 2 al comma 1 lett. a) stabilisce: “Sono beni culturali disciplinati a norma di questo Titolo: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico, o demo-etno-antropologico”.

all'inserimento dell'art. 3 lett. d)<sup>61</sup>. Inoltre l'aver confermato la cosiddetta nozione mista di bene culturale (adottata dall'art 148 del D.Lgs. 112/1998), ossia comprendente sia le tipologie di beni culturali indicate nelle disposizioni normative, sia tutti quei beni individuati dalla legge o in base alla legge quali “testimonianze aventi valore di civiltà”<sup>62</sup>, può essere considerata una notevole apertura verso tutta una tipologia di beni che, altrimenti, non potrebbe ricevere tutela.

## 5. I beni DEA nel Codice dei Beni culturali

Con il D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 è stato emanato, in attuazione della delega di cui all'art. 10, L. n. 137/2002, il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Dopo un secolo dalle prime leggi italiane in materia ed a meno di cinque anni dal testo unico del 1999, si apre così un nuovo importante capitolo della legislazione sui beni culturali.

La struttura del codice è lineare: i principi; la tutela dei beni culturali; la fruizione e la valorizzazione; i beni paesaggistici. Ognuno di questi aspetti presenta significative novità rispetto alla previgente normativa. In particolare, si segnalano la nozione di *patrimonio culturale* e le definizioni “sostanziali” di *tutela* e di *valorizzazione*; la “verifica” dell'interesse culturale e le norme sull'alienazione; il rapporto tra la valorizzazione e la fruizione e le forme di gestione della valorizzazione; le relazioni tra pianificazione paesaggistica e pianificazione territoriale ed urbanistica e le modalità di rilascio del nullaosta paesaggistico. Nel complesso, il codice, dando attuazione al Titolo V parte II Cost., ridisegna il quadro delle funzioni amministrative di beni culturali (sono così abrogati i relativi articoli del D.Lgs. 112/1998); aggiorna gli strumenti di tutela, risalenti al 1939, offrendo al contempo maggiori garanzie ai privati proprietari, definisce

---

61 Art. 3 lett. d): Indipendentemente dalla loro inclusione nelle categorie elencate all'articolo 2 sono altresì beni culturali ai fini delle specifiche disposizioni di questo Titolo che li riguardano: le fotografie e gli esemplari delle opere cinematografiche, audiovisive o sequenze di immagini in movimento o comunque registrate, nonché le documentazioni di manifestazioni sonore o verbali comunque registrate, la cui produzione risalgia ad oltre venticinque anni.

62 V., ad esempio, A. L. TARASCO, cit.

in modo più compiuto le attribuzioni e le attività dello Stato e delle Regioni in tema di valorizzazione; detta una nuova disciplina del paesaggio<sup>63</sup>.

Un aspetto importante del Codice è l'inserimento del concetto di *patrimonio culturale*, “che [già] qui lascia intuitivamente intendere la sua portata più ampia rispetto alla tradizionale locuzione di “patrimonio storico e artistico”, di rilievo costituzionale<sup>64</sup>. Essa sembra così acquistare maggior forza evocativa, avendo ad oggetto un insieme unitario ed organico – ancorché complesso ed articolato – di realtà culturali, indifferentemente prodotte dall'attività umana o dall'azione della natura<sup>65</sup>. Ma la locuzione in argomento anticipa anche il principio espresso al comma 2: il patrimonio culturale, in quanto “eredità dei padri”, custodisce in sé la memoria della comunità nazionale e delle sue radici ideali e materiali, in particolare del territorio sul quale le varie componenti della comu-

63 L'introduzione è estratta da Il codice dei beni culturali e del paesaggio, in *Giornale di diritto Amministrativo* n. 5/2004, p. 469.

64 Come scrivono G. FAMIGLIETTI E D. CARLETTI, «Detta espressione dà innanzitutto dignità normativa alla felice intuizione dell'On. Rosadi, relatore alla Camera della prima, significativa legge di tutela (20 giugno 1909, n. 364), per il quale “una maggiore attenzione alle glorie del bel paese e una particolare esperienza occasionata dai fatti hanno persuaso un po' tutti che non sono monumenti di una nazione soltanto le mura e gli archi e le colonne e i simulacri ma anche i paesaggi e le foreste e le acque e tutti quei luoghi che per lunghe tradizioni ricordano gli atteggiamenti morali e le fortune storiche di un popolo”. (...) Intuizione che - continuano nella nota 1 - tradotta in formula normativa all'art. 1, comma 3, del disegno di legge, (ove tra le cose immobili di interesse storico, archeologico o artistico erano anche ricompresi “i giardini, le foreste, i paesaggi, le acque e tutti quei luoghi ed oggetti naturali che abbiano l'interesse sovraccennato”), non venne tuttavia riprodotta nel testo finale della legge perché, nel corso dell'esame del d.d.l. da parte del Senato, emerse l'opportunità di “statuire...con la legge apposita” sulla “tutela delle bellezze naturali in Italia” (v. relazione finale sul testo del Ministro dell'istruzione pubblica, Luigi Rava)». Per la lettura dei documenti citati nel testo ed in nota, nonché degli atti relativi al complessivo dibattito che precedette e accompagnò l'approvazione della legge n. 364/1909, v. *Per le antichità e le belle arti. La legge n. 364 del 20 giugno 1909 e l'Italia giolittiana*, a cura di R. Balzani, Bologna, 2003. *Il codice dei beni culturali e del paesaggio: Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, commento coordinato da Raffaele Tamiozzo, Giuffrè, 2005, commento all'Art. 1 a cura di G. FAMIGLIETTI E D. CARLETTI, pp. 4-5.

65 In tal senso V. anche G. SEVERINI, cit., p. 470, il quale ritiene che «Il riferimento ad un “patrimonio” nazionale, a un insieme complesso ma unitario, comporta l'idea di una sua formazione progressiva, di un'aggregazione consolidatasi nel tempo, della quale la cosa non necessariamente fa parte fin dalla sua genesi; e comporta la considerazione dei beni come complesso d'insieme organico, non come sommatoria casuale di individualità: coerentemente, del resto, al riferimento soggettivo della sua appartenenza all'intera Nazione». Cfr. anche T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano 2001, p. 58, i quali evidenziano che, «dato il carattere storicistico della nozione, non è l'origine dell'opera, né il fatto della sua aggregazione a qualificarla come parte del patrimonio nazionale, ma come nel decorso del tempo essa abbia espresso la sua influenza nei confini nazionali».

nità si sono sviluppate. Conservare e valorizzare quel patrimonio, dunque, significa mantenere vivo ed accrescere e diffondere il senso di identità della collettività nazionale<sup>66</sup>”.

Il patrimonio culturale, si legge nella Relazione illustrativa al Codice, «viene considerato quale criterio identificativo della comunità: esso, infatti, è indicato come “*elemento costitutivo e rappresentativo dell'identità nazionale*”. In tal senso è l'enunciato del comma 1 dell'art. 1 del codice, che rappresenta la pietra angolare di fondazione dell'intero impianto normativo»<sup>67</sup>.

La novità consiste nell'aver «esplicitato in una norma di legge una realtà e una verità che ormai, sul piano scientifico non veniva più posta in discussione»<sup>68</sup>.

La scelta del legislatore è stata quella di “non prendere una posizione netta e definitiva nell'ambito della risalente e mai sopita disputa dottrinarica sulla nozione di “bene culturale”, giudicandosi più opportuno, in linea peraltro con l'orientamento già seguito dal Testo Unico del 1999, accogliere una nozione “mista” di bene culturale, risultante dalla sintesi della nozione elencativa offerta dall'art. 2 della L. 1089 del 1939 con la nozione “aperta” già proposta dalla nota Commissione “Franceschini” nel 1966. Oltre alle cose, immobili e mobili, individuate in base all'elenco tipologico dell'art. 10 o indicate direttamente dalla Legge (all'articolo 11), resta aperta la possibilità che “altri” beni vengano individuati dalla legge – o in base alla legge (anche regionale, ancorché ai soli fini della valorizzazione) – quali “*testimonianze aventi valore di civiltà*”<sup>69</sup>.

E' interessante notare che il Legislatore ha utilizzato il termine “etnoantropologico” in luogo della locuzione (già utilizzata nel D.Lgs. 112/1998) “demoetnoantropologico”: la Relazione introduttiva ha motivato tale sostituzione con la scelta di un aggettivo “scientificamente più corretto e, peraltro, già pre-

---

66 G. FAMIGLIETTI E D. CARLETTI, cit., p. 5

67 Relazione illustrativa al Codice dei beni culturali e del paesaggio, p. III.

68 R. TAMIOZZO, commento all'art. 2, in AA.VV., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio: Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, Giuffrè, 2005., p. 7.

69 Rel. Ill. Cod., p. III.

sente nel sistema normativo” (v. art. 48 D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616)<sup>70</sup>. Ma non tutti concordano con questa semplificazione concettuale, poiché ad essa osta la denominazione del settore scientifico-disciplinare universitario M-DEA/01, ma soprattutto il termine demotnoantropologico «è largamente conosciuto e utilizzato in Italia anche al di fuori dell'ambito degli addetti ai lavori, costituendo di fatto un'espressione normalizzata sul cui contenuto vi è ampia convergenza. L'introduzione di un aggettivo più snello può rappresentare una semplificazione terminologica, soprattutto nei confronti dei paesi esteri dove il suffisso “demo” appare spesso di non chiaro significato»<sup>71</sup>. Ad ogni modo, nonostante la diversa prospettiva del Codice, continueremo ad utilizzare l'acronimo DEA, poiché è su tale termine che AISEA e SIMBDEA hanno realizzato una definizione compiuta.

### **5.1. Il requisito della materialità nel riconoscimento dei beni culturali DEA**

I principi espressi dall'art. 2 vengono poi esplicitati nell'art. 10, il quale è ubicato nella Parte Seconda del Codice, dedicata ai beni culturali in senso stretto, suddivisa in due Titoli, concernenti, rispettivamente, la tutela e la valorizzazione. Il Titolo I si presenta a sua volta ripartito in sette Capi, il primo dei quali tratta dell'“Oggetto della tutela”. Rubrica appropriata (e recuperata dalla normativa previgente: era così intitolato il Capo I del Titolo I del TU del 1999), in quanto nei sette articoli che compongono il Capo I si trovano le disposizioni afferenti la funzione amministrativa di “riconoscimento” del bene culturale, che logicamente e cronologicamente precede tutte le altre.

*Riconoscimento* è termine polisenso. In una prima accezione che attiene al piano scientifico, esso è riferibile all'esito dell'attività di ricerca e di studio che ha condotto al rinvenimento, in un oggetto, di determinate caratteristiche (periodo di produzione, autore, fattura, rappresentatività del contesto culturale,

<sup>70</sup> Ivi, p. XVI.

<sup>71</sup> V. G.L. BRAVO – R. TUCCI, cit., 2006, pp. 73-74. V. anche V. PADIGLIONE, intervento al “forum di Omegna” il 21 maggio 2004, in [www.ecomusei.net/User/workshop/seminari/2004Padiglione.pdf](http://www.ecomusei.net/User/workshop/seminari/2004Padiglione.pdf)

etc.) che ne implicano l'interesse culturale. In una seconda accezione che attiene al piano giuridico, riconoscimento è individuazione formale del bene secondo i modi e per gli effetti di legge. Ambedue i significati sono pertinenti alla funzione *de qua*, poiché descrivono due indefettibili momenti di un unico percorso, al termine del quale l'oggetto acquisisce quel particolare status di “bene culturale” che ne connoterà le successive vicende<sup>72</sup>.

Il Codice ha voluto mettere al centro della nozione di Bene culturale il requisito della materialità, discostandosi così dall'orientamento seguito dal T.U., in quale, all'art. 4 (“nuove categorie di beni culturali”) si riferiva a Beni culturali individuati dalla legge come tali in quanto testimonianza avente valore di civiltà. Il mancato riferimento alla materialità del T.U., che ha ingenerato non poche incertezze unite a future aspettative<sup>73</sup>, è stato così superato dal Codice dei Beni culturali.

Il primo comma dell'articolo in questione dà una definizione di bene culturale, per così dire, generale. L'utilizzo del termine “che presentano interesse” è esplicitato nel successivo art. 12, disciplinante la verifica dell'interesse culturale. Ciò significa quindi che questi beni “non sono beni culturali in forza di una presunzione *iuris tantum*, ma lo diventano se e quando ne sia stata accertata la rilevanza culturale”<sup>74</sup>.

Lo stesso avviene per tutti i beni riportati nel comma 3, solo che in questo caso occorre la dichiarazione dell'interesse culturale prevista dall'art. 13. La differenza con l'istituto della verifica sta nel profilo soggettivo, poiché i beni indicati al comma 3 sono quelli appartenenti a “privati” o, più in generale, a “soggetti diversi da quelli indicati al comma 1”.

Il comma 2 dell'art. 10 non prevede alcuna dichiarazione per l'elevazione a beni culturali delle cose ivi citate. Infatti le raccolte sono beni culturali *ope legis*, riconosciuti come tali non all'esito di un procedimento amministrativo di

---

72 G. FAMIGLIETTI E D. CARLETTI, Commento all'art. 10, op.cit., 2005, pp. 32-33.

73 V. ad es. G. PITRUZZELLA, La nozione di bene culturale, cit., in Aedon, n. 1, 2000.

74 Ivi, p. 35.

individuazione ma *direttamente dalla norma in commento*, sulla base del presupposto costituito dalla loro condizione giuridica di raccolte: di insieme di oggetti, cioè, che siano stati acquisiti ed ordinati dagli istituti museali nei modi previsti dal regolamento “per la custodia, conservazione e contabilità del materiale artistico, archeologico, bibliografico e scientifico” di cui al R.D. 26 agosto 1927, n. 1917<sup>75</sup>. Gioverà precisare, proprio sulla scorta delle disposizioni contenute nel citato regolamento, che è ascrivibile alle raccolte ospitate presso le strutture espositive pubbliche tutto e solo il materiale che sia stato iscritto nell'apposito “registro cronologico generale di entrata” e, quindi, catalogato, numerato e schedato ai sensi del regolamento medesimo<sup>76</sup>.

Il comma 2 inserisce tra i beni culturali *ope legis* anche gli archivi e i singoli documenti dello Stato e degli Enti territoriali, nonché di ogni altro ente o istituto pubblico. Anche in questo caso la valutazione sull'interesse culturale è fatta *a monte*, ossia precedentemente alla catalogazione e all'archiviazione<sup>77</sup>.

Per fare un esempio circa i beni DEA, l'Istituto centrale per i beni sonori ed audiovisivi (ICBSA), subentrato nel 2008 alla Discoteca di Stato, ossia un organismo pubblico del MIBAC, ospita presso di sé l'Archivio Etnico-Linguistico Musicale (AELM), che rappresenta senza dubbio una delle collezioni più interessanti e l'unico fondo organico dell'ICBSA<sup>78</sup>.

---

75 Il regolamento n. 1927/1917 riguarda, a rigore, i soli “uffici ed istituti governativi”, ma rappresenta a tutt'oggi la normativa di riferimento per la disciplina di tutte le pubbliche raccolte.

76 G. FAMIGLIETTI E D. CARLETTI, cit., pp. 35-36.

77 Come nota opportunamente G. MORBIDELLI, il legislatore in questo ambito ha voluto abbondare: «Non v'è nessun riferimento alla dimensione culturale o alle caratteristiche o all'epoca di esecuzione: anche il più piccolo museo comunale (per es. degli attrezzi agricoli o degli utensili domestici) o anche la raccolta comunale di immagini fotografiche delle feste del paese sono beni culturali»: G. MORBIDELLI, *Sub art. 10*, in AA.VV., Codice dei beni culturali e del paesaggio, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2006, p. 118. Richiamato da Ainis – Fiorillo, op.cit., p. 179.

78 Oltre ai documenti editi relativi al folklore italiano e internazionale, esiste un fondo di documentazione inedita, l'AELM, che rappresenta senza dubbio una delle collezioni più interessanti e l'unico fondo organico dell'Istituto Centrale per i beni sonori ed audiovisivi. L'AELM, nato nel 1962 per opera di Diego Carpitella, etnomusicologo e Antonino Pagliaro, glottologo, è caratterizzato da una impostazione dialettologico-musicale. La collezione comprende musica etnica e folklorica, narrativa di tradizione orale e favolistica, spettacolo e rappresentazioni popolari, musica liturgica e rituale, dialetto delle isole alloglotte italiane, comunità



Inoltre, l'Istituto Centrale il Patrimonio Immateriale (già Istituto Centrale per la Demoetnoantropologia) gestisce uno dei più importanti archivi nazionali di antropologia visiva<sup>79</sup>.

Infine le Regioni hanno istituito nel corso del tempo diversi archivi locali; tra i più noti, l'*Archivio di etnografia e storia sociale* (AESS) della Regione Lombardia<sup>80</sup> o, ancora, l'*Archivio etnomusicale del Mediterraneo*, il quale dispone di una serie di registrazioni audio/videografiche su nastro analogico, prodotte nell'arco di quarant'anni, che documentano (e talvolta sono la sola testimonianza rimasta) le dimensioni poetiche, coreutiche e musicali connesse ai vari ambiti della cultura folklorica siciliana<sup>81</sup>. Ma numerosi sono gli archivi regionali costituitisi nel corso degli anni.

## **5.2. La catalogazione come presupposto per il riconoscimento dei beni DEA**

Un'attività che ha importanza nell'ambito dei beni DEA e che costituisce un passo decisivo verso una loro possibile tutela è la catalogazione, disciplinata all'art. 17 del codice.

“La catalogazione è l'attività di registrazione, descrizione e classificazione di tutte le tipologie di beni culturali. Si tratta di individuare e conoscere i beni, documentarli in modo opportuno e archiviare le informazioni raccolte secondo precisi criteri”<sup>82</sup>.

---

italiane all'estero (...). Dalla metà degli anni sessanta alla metà degli anni ottanta è stato pubblicato un bollettino di informazione dell'Archivio Etnico Linguistico-Musicale. Tratto da <http://www.icbsa.it/index.php?it/911/aelm-archivio-etnico-linguistico-musicale>

<sup>79</sup> L'archivio fu costituito dall'antropologa Annabella Rossi; comprende più di 800 titoli ed è costantemente implementato dalla rassegna *Materiali di antropologia visiva*, fondata da Diego Carpitella nel 1985. Bravo – Tucci, op.cit., 2006, p. 46. Inoltre si veda anche: <http://www.antropologiavisuale.org/>

<sup>80</sup> <http://www.aess.regione.lombardia.it/index.htm>

<sup>81</sup> [www.cidim.it/archivio%20etnomusicale.PDF](http://www.cidim.it/archivio%20etnomusicale.PDF)

<sup>82</sup> Fonte: <http://www.iccd.beniculturali.it/it/Catalogazione>. L'Istituto Centrale per il Catalogo e la Documentazione (ICCD), all'interno del Ministero per i Beni e le Attività Culturali (MIBAC), definisce gli standard e gli strumenti per la Catalogazione e la Documentazione del patrimonio archeologico, architettonico, storico artistico e etnoantropologico nazionale in accordo con le Regioni; gestisce il Sistema Informativo Generale del Catalogo e svolge funzioni di alta formazione e ricerca nel settore della catalogazione. Fonte: <http://www.iccd.beniculturali.it/>

Questa disposizione venne introdotta dal T.U. Del 1999, all'art. 16, mentre in precedenza era inserita nell'ambito delle disposizioni organizzative o come obiettivo di interventi a carattere straordinario, evidenziandone esclusivamente il profilo strutturale, in quanto sequenza di operazioni di natura tecnico-scientifica<sup>83</sup>.

Il D.Lgs. 112/1998, all'art. 149, comma 4 stabiliva che “Spettano altresì allo Stato, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera *a*), della legge 15 marzo 1997, n. 59, le seguenti funzioni e compiti (...)” e, alla lett. *e*) continuava in questo modo: “la definizione, anche con la cooperazione delle Regioni, delle metodologie comuni da seguire nelle attività di catalogazione, anche al fine di garantire l'integrazione in rete delle banche dati regionali e la raccolta ed elaborazione dei dati a livello nazionale”. Così conferisce alla catalogazione, seppur incidentalmente, “dignità di funzione amministrativa, che sottomette ad un abbozzo di disciplina giuridica quanto a finalità e procedure”<sup>84</sup>.

L'art. 16 del T.U. Ha implementato la definizione data dal D.Lgs. 112, consentendo alle Regioni e agli altri enti territoriali di acquisire un ruolo fondamentale nell'attività di catalogazione, ma ciò ha comportato un problema di competenze. Infatti sia il D.Lgs. 112/1998, sia, più a monte, l'art. 1, comma 3, lett. *d*) della legge 59/1997 hanno assorbito il compito di catalogazione

---

83 Si veda D. CARLETTI – G. VESCIA, *commento all'art. 17*, cit., 2005, pp. 88-89, i quali nella nota 1 così continuano: «In relazione al primo aspetto, si rammenta il D.P.R. 3 dicembre 1975, n. 805 (“Organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali”), che agli articoli 13 e 15 definiva i compiti, rispettivamente, del (già menzionato) Istituto centrale per il catalogo e la documentazione e dell'Istituto centrale per il catalogo delle biblioteche italiane. Si tratta di organi fortemente caratterizzati in senso tecnico-scientifico e dotati di autonomia finanziaria, organizzativa e contabile, che operano parallelamente alle strutture preposte alla tutela con compiti di ricerca e di elaborazione di programmi, metodologie e tecniche di catalogazione dei beni culturali. Per il secondo aspetto, va ricordata la L. 19 aprile 1990, n. 84 (“Piano organico di inventariazione, catalogazione ed elaborazione della carta del rischio dei beni culturali, anche in relazione all'entrata in vigore dell'Atto unico europeo: primi interventi”) che appresta risorse straordinarie per un programma di interventi finalizzato, principalmente, “all'avvio di un piano organico di inventariazione e catalogazione, secondo criteri uniformi, dei beni – pubblici e privati – storico-artistici, architettonico-ambientali, archeologici, storico-scientifici, linguistici, etnografici, archivistici e librari, nonché di tutti quei beni che costituiscono una rilevante testimonianza della storia della civiltà e della cultura”, nonché alla “elaborazione di una carta conoscitiva aggiornabile della situazione di rischio” del patrimonio culturale nazionale».

84 Ivi, p. 90.

all'interno del concetto di tutela, la quale, com'è noto, spettava allo Stato, pertanto “risultava incoerente il coinvolgimento necessario degli altri soggetti istituzionali nella definizione delle metodologie comuni ed ancor di più nell'attività di catalogazione dei beni appartenenti alla propria circoscrizione territoriale, quasi fossero funzioni amministrative attinenti alle materie che il vecchio testo dell'articolo 117 della Costituzione rimetteva alla legislazione regionale.

Il nucleo di tale disciplina è stato ripreso e sviluppato nell'articolo 17 del Codice, anche alla luce della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Riaffermati i principi della competenza ministeriale e dell'obbligatorietà, riguardo all'esercizio della funzione di catalogazione, il comma 1 dà immediatamente rilievo al “concorso delle Regioni e degli altri enti pubblici territoriali” nelle relative attività, ma soprattutto svincola l'obbligo da ogni considerazione finalistica, consentendo all'interprete di radicarlo più solidamente nella sostanza della funzione, nel suo essere destinata a preconstituire i fondamenti conoscitivi necessari per il corretto esercizio delle attività istituzionali nel campo della tutela ed in quello della valorizzazione<sup>85</sup>. I successivi commi dell'art. 17 disciplinano il contenuto ed i limiti del concorso regionale; alcune disposizioni vengono mutate dal T.U., mentre altre sono introdotte *ex novo*. Ad esempio la collaborazione con le università, di cui al comma 3, apre ad innovazioni riguardo la catalogazione dei beni DEA. Inoltre il comma 2 amplia l'ambito nel quale si realizza il concorso delle Regioni alla determinazione del metodo: individuazione e definizione delle metodologie comuni di raccolta, scambio, accesso ed elaborazione dei dati e integrazione in rete delle banche dati dello Stato, delle Regioni e degli enti locali, anche se il comma 4 stabilisce che occorre un previo accordo con l'ente proprietario per i beni ad esso appartenenti.

Tutto ciò è in linea con l'art. 118, comma 3 della Costituzione, il quale disciplina *forme di intesa e coordinamento* fra Stato e Regioni nella materia della tutela dei beni culturali.

---

<sup>85</sup> Ivi, pp. 91-92.

V'è da aggiungere che l'art. 17, letto unitariamente all'art. 118 del Codice prevede l'attività di catalogazione anche ad opera di soggetti privati, difatti avviene costantemente la «prassi dell'esternalizzazione dell'attività di schedature che costituiscono il primo passo per la catalogazione, parimente afferente alla tutela, e per la quale l'art. 17 Codice pure prevede forme di *demonopolizzazione* attraverso il convenzionamento tra Ministero e soggetti terzi»<sup>86</sup>. L'art. 118 prevede che “Al fine di garantire la raccolta e la diffusione sistematica dei risultati degli studi, delle ricerche e delle altre attività di cui al comma 1, ivi compresa la catalogazione, il Ministero e le Regioni possono stipulare accordi per istituire, a livello regionale o interregionale, centri permanenti di studio e documentazione del patrimonio culturale, prevedendo il concorso delle università e di altri soggetti pubblici e privati”. Si vedrà che essenziale risulta essere, per il patrimonio culturale DEA, l'attività dei Centri di studio e documentazione sparsi per l'intero territorio nazionale, i quali, insieme agli enti preposti alla catalogazione (ICCD, centri regionali, etc.) concorrono alla raccolta del materiale inerente al patrimonio immateriale DEA.

Entrando nel merito, la catalogazione dei beni DEA si presenta in modo articolato e si colloca lungo due assi dicotomici: beni in musei e archivi/beni sul territorio; beni materiali/beni immateriali.

La catalogazione delle collezioni museali o di meno strutturate raccolte di oggetti e quella dei documenti audiovisivi d'archivio presentano caratteristiche in comune, pur riguardando fondamentalmente, la prima beni materiali, la seconda beni immateriali fissati su supporti materiali (nastri magnetici e digitali, pellicole, fotografie, etc.). In ambedue i casi le operazioni catalografiche si applicano a beni già raccolti o già rilevati, i cui dati sono rintracciabili nelle documentazioni cartacee esistenti: inventari museali, schede da campo, relazioni di ricerca, etc., oppure nella memoria storica di museografi, raccoglitori o rilevatori. In tali casi, per poter procedere alla catalogazione dei singoli beni, si rende

---

86 A. L. TARASCO, *L'esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali*, cit., 2007, p. 2.

spesso necessario integrare le documentazioni esistenti con la raccolta di dati aggiuntivi sul terreno (fonti orali e/o documentazioni audiovisive): operazione sicuramente possibile se applicata a musei e ad archivi locali, i cui territori di riferimento sono immediatamente adiacenti, ma più difficile quando si lavora alle collezioni storiche dei musei nazionali, i cui riferimenti ai territori di origine sono lontani nel tempo e nello spazio. Per la catalogazione dei beni materiali e immateriali sul territorio occorre effettuare sopralluoghi e rilevamenti, in modo da individuare i beni da schedare. Il patrimonio materiale può apparire facilmente rintracciabile in virtù della sua oggettualità; (...) La catalogazione dei beni immateriali appare più complessa e presenta una serie di problemi derivati dalla natura performativa di tali beni, che per poter venire schedati devono essere osservati, rilevati e documentati. Vi sono anche prassi catalografiche connesse a ricerche tematiche territoriali, che si realizzano attraverso schedature integrate di beni materiali e immateriali<sup>87</sup>.

E' difficile dar conto del numero e della tipologia di schede introdotte nel corso del tempo per la catalogazione dei beni DEA<sup>88</sup>, poiché si entrerebbe in tecnicismi non appropriati per questa sede; basti qui sapere che sono ormai parte integrante dell'attività di catalogazione (sia da parte dell'ICCD che delle Regioni e di altri enti pubblici, come le Università), diverse schede riguardanti i beni DEA<sup>89</sup>. In particolare sono state previste schede specifiche per i beni immateriali, alle quali possono essere allegate registrazioni vocali, riprese cinematografiche o fotografie che fanno parte integrante della scheda. Nel caso di supporti già archiviati, la scheda prevede un riferimento alla documentazione conservata in archivio, di cui erediterà tutti i dati. Ormai le schede dedicate ai beni DEA immateriali hanno raggiunto una tale complessità da riuscire ad

---

87 Il passaggio è tratto da: BRAVO – TUCCI, cit., 2006, pp. 91-92.

88 Si rimanda alla lettura del testo di BRAVO – TUCCI, ivi citato, al capitolo “Catalogazione”, in cui sono sinteticamente ma chiaramente elencate le tipologie di schede relative ai beni DEA introdotte nel corso del tempo.

89 Si V. ad esempio il percorso formativo Gli standard per la catalogazione dei beni demotnoantropologici: normative e strumenti terminologici, Roma, 11.06.2015, su <http://www.iccd.beniculturali.it/getFile.php?id=4034>

esprimere e riprodurre le multiformi espressioni culturali raccolte sul campo, ovviamente se redatte in modo scientifico da soggetti competenti nell'osservazione dei beni DEA, come gli antropologi, ma questo non basta, sia perché non tutti i beni DEA sono stati ancora catalogati, sia perché, si è detto, i beni DEA immateriali sono (e sono stati) in continua evoluzione, tanto che un'opera di raccolta e catalogazione non fa altro che “fotografare” un dato momento, ossia fermare l'immateriale in un “unico fotogramma di una sequenza più lunga”. “L'immateriale o l'“intangibile” è la sequenza in tempo reale e continuativa, è il divenire. Come si può tradurre in oggetto di analisi un evento che neppure nel suo ripetersi rituale e codificato è mai uguale a se stesso e pulsa di numerose variabili umane e ambientali, persino degli umori momentanei dei protagonisti-esecutori?”<sup>90</sup>. Non è agevole dare una risposta a quest'interrogativo, ma certamente la raccolta e catalogazione dei beni DEA immateriali rappresenta sicuramente un passo fondamentale verso un percorso di riconoscimento dei beni DEA “vivi” presenti sul territorio, perché la prima preoccupazione è “di lasciare ai posteri una documentazione, base di dati di conoscenza fruibile domani, per non rischiare che l'attenzione per il transeunte oggi renda cancellata nel futuro la memoria del passato”<sup>91</sup>.

### **5.3. Tutela e valorizzazione del Patrimonio culturale in ottica dinamica**

Non è casuale la scelta di inserire il commento all'art. 3 in ordine non sistematico, poiché è indubbio che il percorso che segue un bene culturale DEA, per essere definito tale è: rilevamento, riconoscimento, catalogazione, archiviazione (o conservazione), dunque, tutela. Pertanto il commento all'articolo concernente la tutela, nonostante nel codice trovi ovviamente posto nella parte riguardante le disposizioni generali, qui è inserito in modo, per così dire, logico-cronologico.

---

<sup>90</sup> G.M. GALA, *Tenere l'imprendibile*, cit., 2007, p. 24.

<sup>91</sup> I. CANDELORO, cit., 2000, p. 208.

E' stato visto che l'art. 148 del D.Lgs. 112/1998 ha, seppur incidentalmente, dato una definizione al concetto di tutela, separata da quella di *gestione*, definizione superata e largamente migliorata dal Codice del 2004, nel quale, oltre all'eliminazione di ogni autonomo riferimento al concetto di gestione, rientrato in quello di tutela, "emerge un concetto di tutela - al pari di quello di bene culturale - "normativo" e perciò tipizzato. Detto in altre parole, tutela non è più ogni attività volta a riconoscere, conservare e proteggere il bene culturale, ma diventa solo ciò che il legislatore, fra le attività astrattamente rivolte a tali fini, ha ritenuto di disciplinare, in particolare affidandone la cura alla P.A."<sup>92</sup>. Non più peraltro rappresenta tutela "ogni attività", come recitava il D.Lgs. 112, ma solo quanto è regolato come tale dalla legge, a partire ovviamente dal Codice. Una tutela tipizzata, dunque, a finalità determinate: tre sono le finalità direttamente perseguite attraverso l'esercizio della tutela: l'individuazione dei beni che entrano a far parte del patrimonio culturale; la garanzia della protezione degli stessi; e infine la loro conservazione<sup>93</sup>.

Questo è il nocciolo duro della tutela, che in una democrazia costituzionale però non può restare, alla luce delle indicazioni più volte richiamate, fine a se stesso. Come in un gioco di matriske, funzioni e attività di tutela devono infatti essere finalizzati a consentire, e se possibile dilatare – secondo la lezione di M.S. Giannini<sup>94</sup> - i confini della fruizione pubblica dei beni. E questa a sua volta deve servire a preservare la memoria della comunità nazionale, del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura: è questo il fine ultimo della

---

92 Ibidem; ma in questo senso V. anche AINIS – FIORILLO, cit., 2008, pp. 185-186.

93 Così scrivono AINIS-FIORILLO, *ivi*, i quali, alla nota 82, così continuano: «Le misure di protezione – genericamente inquadrabili come limitazioni all'uso dei beni – sono indicati negli artt. 20 ss. del Codice. Le misure di protezione vengono esplicitamente qualificate all'interno dell'art. 29 come attività di studio, prevenzione, manutenzione e restauro. Tutto ciò all'interno del titolo I del Codice, dedicato appunto alla tutela, che raccoglie ben 90 articoli (dal 10 al 100)».

94 M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, p. 34, il quale specifica che ciò che giuridicamente interessa non è la fruizione effettiva (tanto che al limite vi possono essere beni culturali che non hanno fruitori) ma la fruibilità universale. Questa si sostanzia nell'obbligo per lo Stato di permettere la fruizione del bene nel tempo e in particolare anche alle future generazioni.

tutela del patrimonio culturale, come indicato nell'art. 1, comma 2 del Codice<sup>95</sup>. Dunque il concetto di tutela si muove non più in un percorso di conservazione statica e passiva dei beni (com'era inteso dalla L. 1089/1939), ma in un'ottica dinamica, che comprende i profili specifici della conoscenza, del restauro, del ripristino, della fruizione e della valorizzazione degli stessi beni: il godimento da parte della collettività non è e non può essere inteso come mero, passivo atteggiamento di ammirazione e sterile contemplazione, ma come processo di conoscenza, qualificata e compiuta, di un oggetto, di una realtà che diventa parte e patrimonio della cultura singola e collettiva<sup>96</sup>.

Analizzando i singoli termini della definizione di tutela, innanzitutto ci si imbatte nelle locuzioni “esercizio delle funzioni” e “disciplina delle attività”; con ciò il legislatore ha inteso allargare la sfera di competenza dei soggetti deputati alla tutela dei beni culturali, nonché ha voluto definire la tutela sotto il profilo sia legislativo (disciplina) che amministrativo (esercizio). Ma scendendo più in dettaglio, e sulla base della fin troppo ovvia considerazione che anche le funzioni vengono disciplinate e le attività esercitate, può dirsi che la tutela comprende la disciplina e l'esercizio di attività (non necessariamente della sola P.A.) e di funzioni (attività tipicamente contrassegnate dal carattere giuridico e unilaterale, e dalla spettanza alla P.A.) volte a individuare, conservare e proteggere i beni che compongono il patrimonio culturale. Le funzioni possono esplicarsi anche in provvedimenti (quando rivolti a soggetti esterni, privati in particolare) e assumere altresì natura precettiva (ad es. stabilendo le misure necessarie perché il bene non subisca danno nel trasporto o in vista della sua conservazione, *cf.* artt. 21, comma 2, e 32, comma 1). L'individuazione, conservazione e protezione a loro volta rappresentano le finalità della tutela e ad un tempo il titolo che legittima la disciplina normativa in nome della funzione. Il patrimonio cul-

---

95 Ancora, AINIS – FIORILLO, cit., 2008, p. 186.

96 R. TAMIOZZO, *Commento all'art. 3 del Codice*, cit., 2006, p. 12.



turale, infine, va inteso secondo le previsioni dell'art. 2, e quindi è costituito dai beni culturali e da quelli paesaggistici<sup>97</sup>.

Il concetto di valorizzazione ha fatto la sua prima apparizione nella L. 26 aprile 1964, n. 310, istitutiva della più volte citata Commissione Franceschini, trovando poi successivamente larga diffusione e ampio uso per indicare tutti gli interventi sul patrimonio storico e artistico non ascrivibili alla mera conservazione. Difatti la nozione è comparsa nell'ordinamento dei beni culturali con l'art. 1 D.P.R. 3 dicembre 1975, n. 805, che affidava all'istituendo Ministero dei beni culturali ed ambientali il compito di provvedere “alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali”, senza che però si approdasse a una chiara identificazione semantica dei due concetti, per lo più distinti sulla base di funzioni conservative dei beni, assenti nella valorizzazione e presenti nella tutela<sup>98</sup>. Presto però il *quid pluris* della valorizzazione veniva individuato nell'incremento delle condizioni di godimento pubblico, e quindi nella naturale destinazione del bene alla fruizione collettiva<sup>99</sup>. Ma affianco a questo significato ne emergeva un altro, per cui la valorizzazione è strettamente legata all'incremento della qualità economica del bene, mediante l'assicurazione di maggiori entrate finanziarie. Tale finalità emergerebbe, implicitamente o esplicitamente, da tutti gli orientamenti legislativi in materia di beni culturali emersi nell'ultimo ventennio, richiedendo l'aumento della fruizione dei beni culturali: la fornitura di servizi aggiuntivi

---

97 G. SCIULLO, La tutela del patrimonio culturale (art. 3), cit.

98 AINIS – FIORILLO, cit., 2006, pp. 202-203, che richiamano in dottrina T. ALIBRANDI E P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 55. Sulle motivazioni storico-giuridiche del ritardo nell'affermazione della valorizzazione si cfr. l'analisi di L. Bobbio, Gli interventi sul patrimonio culturale: attori, processi decisionali, interazioni, in Riv. trim. sc. amm., 1987, n. 3, pp. 157 ss.

99 Ivi, p. 203, che richiamano T. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: il ruolo dello Stato*, in Foro amministrativo, 1998, pp. 1638 ss.; nonché si veda P. CARPENTIERI, *commento all'art. 6*, in Commentario al Codice, cit., 2005, p. 19, il quale riporta le note ricostruzioni dogmatiche del bene culturale come “bene di interesse pubblico”, bene pubblico per destinazione, come bene non di “appartenenza”, ma di “fruizione”, sottoposto al concorso del dominio eminente del proprietario con il dominio utile pubblico sul valore culturale della cosa, come bene funzionalmente “immateriale”. Tali tesi sono state sostenute da M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; Id., *I beni culturali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, pp. 20 ss.; proposta da A. M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in Enc. Dir., vol. V, Milano, 1959, 277 ss.; ma già P. CALAMANDREI, *Immobili per destinazione*, in Foro it., 1933, p. 1722.

all'offerta del bene; l'agevolazione della sponsorizzazione culturale<sup>100</sup>. Tuttavia ripugnerebbe alla nozione di cultura fatta propria dalla Carta costituzionale un'idea di valorizzazione finalizzata al mero incremento economico del bene. L'aumento della domanda di accesso ai beni culturali, lo sviluppo di servizi aggiuntivi, l'incremento delle sponsorizzazioni, può rappresentare senz'altro una strategia gestionale destinata alla ricerca di profitto, purché tutto questo sia vincolato alla maggiore offerta del bene culturale, cioè alla sua più ampia fruizione<sup>101</sup>.

E' in questo solco che, alla fine degli anni Novanta, al momento di distribuire le competenze in materia di beni culturali tra Stato, Regioni ed enti locali, si avvertì l'esigenza di definire a livello legislativo la valorizzazione, sfociata poi nel D.Lgs. 112/1998. La Legge Costituzionale 3/2001 e diversi interventi da parte della Corte Costituzionale<sup>102</sup> che si sono resi necessari a causa del riparto di competenze non sempre chiaro, soprattutto tra le competenze c.d. *residuali*, hanno perfezionato le definizioni di tutela e valorizzazione ed i soggetti preposti ad esse, ma è stato il Codice del 2004 a rendere più chiari i due concetti.

La necessità di chiarire i due concetti non ha tuttavia portato ad una stabilizzazione certa degli ambiti di applicabilità delle due discipline né ha attribuito alla valorizzazione il ruolo datole dal D.Lgs. 112/1998. Il concetto di valorizzazione, infatti, si trova sparso in diverse disposizioni del Codice, anzitutto nell'art. 1, ai commi 1 e 2, nonché, ovviamente, nell'art. 6 e, infine in diverse di-

100 Ivi, che richiamano S. CASSESE, *Beni culturali, la strada del valore*, in *Il sole 24 ore*, 17 maggio 1998, p. 1.

101 Ivi.

102 Tra le tante, si veda la sent. n. 26/2004, in cui la Corte, ha usato il criterio "storico-normativo", richiamando più di una volta le definizioni contenute nel D.Lgs. 112/1998. In particolare procedendo alla ricostruzione del quadro delle funzioni nel settore dei beni culturali, ha riconosciuto l'esistenza di una "linea di continuità" tra le scelte operate con il D.Lgs. 112/1998 e quelle effettuate con la L. Cost. 3/2001. Si veda anche la sent. n. 9/2004, in cui la Corte così si esprime: «(...) le espressioni che, isolatamente considerate, non denotano nette differenze tra tutela e valorizzazione, riportate nei loro contesti normativi dimostrano che la prima è diretta principalmente ad impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale; ed è significativo che la prima attività in cui si sostanzia la tutela è quella del riconoscere il bene culturale come tale. La valorizzazione è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di questa».

sposizioni del titolo II del Codice (artt. 112 ss.). Alla lettura delle norme ora citate si può notare una sorta di «*climax* discendente nel delimitare i contenuti di questa funzione che, dapprima, è affiancata alla tutela tra i compiti fondamentali della Repubblica (art. 1), poi è indirizzata non verso la fruizione, ma verso il miglioramento delle condizioni della stessa (art. 6) e, infine, trova una definizione ancora più ristretta come “costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali”<sup>103</sup> (art. 111).

Quanto ai rapporti con la tutela, invece, sembra possibile rilevare che essa, quale "altra" attività inerente ai beni culturali, benché venga fatta oggetto, nell'art. 3, di una definizione che intende tipizzarne l'ambito, riducendo la genericità e la conseguente ampiezza della identificazione che ne veniva effettuata dall'art. 148 lett. c) del D.Lgs. 112/1998, continua ad essere configurata come funzione caratterizzata da una elevata pervasività, specie quando si considerino gli istituti nei quali si articola, e continua perciò a sovrapporsi a taluni degli interventi che qualificano anche la valorizzazione. In particolare, queste sovrapposizioni si appalesano nell'essere entrambe funzionali alla conservazione dei beni, sia pure per garantirla, nel caso della tutela, e promuoverla e sostenerla, nel caso della valorizzazione. Per il resto, la valorizzazione sembra trovare il suo *proprium* negli interventi volti a promuovere la conoscenza del bene e ad assicurarne l'utilizzazione e la fruizione pubblica: attività, queste ultime, che trovano nel Codice una disciplina separata, benché informata ai medesimi principi e modelli organizzativi<sup>104</sup>.

Difatti l'aspetto più rilevante della nuova formulazione definitoria del Codice risiede nell'autonomia dei due concetti di valorizzazione e fruizione. Leggendo l'art. 6 e confrontandolo con l'art. 148 del D.Lgs. 112/1998 (non con

103 Così si esprime L. CASINI, *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2004, cit., p. 481 il quale riporta in nota la tesi dubbia circa l'utilità delle diverse disposizioni offerte dal Codice di G. Sciullo, *I servizi culturali dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 402, secondo il quale “viene da chiedersi se l'esigenza di semplificazione non avrebbe meglio giovato una maggiore chiarezza di nomina e, forse, di concetti”.

104 C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, in *Aedon*, n. 1, 2004.

il T.U., perché esso si è limitato a riprendere le definizioni del suddetto decreto), si nota il passaggio dalla formula “attività diretta (...) ad incrementarne la fruizione” alla formula “esercizio delle funzioni e disciplina delle attività dirette (...) ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica (...)”. L'analisi di altri articoli del codice confermano questa interpretazione. Si considerino, per esempio, da un lato l'art. 102 e, dall'altro, l'art. 112. In entrambi i casi, i primi tre commi contengono le medesime disposizioni; cambia solamente la “funzione” menzionata. Sicché, dapprima è scritto che lo Stato, le Regioni, gli altri enti pubblici territoriali ed ogni altro ente ed istituto pubblico assicurano la fruizione e la valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dal codice<sup>105</sup>. Poi, è previsto che la legislazione regionale disciplina la fruizione e la valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente<sup>106</sup>. Infine, è stabilito che la fruizione e la valorizzazione dei beni culturali pubblici al di fuori degli istituti e dei luoghi della cultura è assicurata compatibilmente con lo svolgimento degli scopi istituzionali cui detti beni sono destinati<sup>107</sup>. Dunque dalla struttura e dai contenuti dell'art. 102 e dell'art. 112, traspare la scelta di disciplinare la fruizione e la valorizzazione in modo analogo, con previsioni simili, quando non identiche, ma collocate in articoli – ed in capi – separati<sup>108</sup>. Sembra poi che il legislatore abbia voluto mantenere, rinominandola “fruizione”, la funzione di gestione prevista nel D.Lgs. 112/1998, non

---

105 Artt. 102, c. 1, e 112, c. 1.

106 Artt. 102, c. 2 e 112, c. 2.

107 Artt. 102, c. 3 e 112, c. 3. Tali norme limitano dunque la fruizione e la valorizzazione, poiché riducono la portata del principio in base al quale i beni culturali di appartenenza pubblica sono assicurati al godimento collettivo.

108 Sul punto, osserva G. SCIULLO, *I servizi culturali dello Stato*, cit., p. 402, che «(...) le previsioni in tema di valorizzazione (art. 112) vengono doppiate da quelle in tema di fruizione (art. 102). L'oggetto a ben vedere è identico, il servizio culturale, ma è considerato separatamente, nell'ordine, dalla parte del fornitore e da quella del fruitore” e che “(...) la valorizzazione e la fruizione conoscono un riparto interno di competenza legislativa che richiede un supporto “esterno” per una sua più sicura conformità a Costituzione».

collocandola, tuttavia, esplicitamente all'interno della valorizzazione, bensì garantendole una autonoma valenza<sup>109</sup>.

Il codice, dunque, “riscopre” e riafferma la centralità della nozione di fruizione dei beni culturali. Lo fa già nella Parte I, tra i principi della materia. Nell'articolo 2 quando afferma che la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a promuovere lo sviluppo della cultura (comma 2), richiamando l'idea fondante dell'articolo 9 della Costituzione, letto nella unitarietà della prescrizione normativa derivante dalla fusione dei due commi del precetto costituzionale. Nel comma 3 dello stesso articolo 2, quando assegna allo Stato e agli enti pubblici territoriali il compito di favorire la pubblica fruizione e la valorizzazione. Ancora nell'articolo 3 dove, nella definizione della tutela, chiarisce che la protezione e la conservazione sono sorrette da “fini di pubblica fruizione”. Lo ribadisce, infine, nella definizione di cui all'articolo 6<sup>110</sup>.

Secondo una parte della dottrina, tale impostazione ha l'indubbio vantaggio di aver messo in primo piano il godimento pubblico dei beni culturali, ma risulta impropria sotto il profilo teorico, in quanto eleva a funzione un elemento di questa, ossia il fine<sup>111</sup>. Non sembra potersi configurare, infatti, una *funzio-*

---

109 Nel senso di ricondurre la gestione nella valorizzazione, si v. Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, parere 26 agosto 2002, n. 1794, su cui si legga C. BARBATI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 145 ss. Per un'analisi compiuta sull'argomento si v. L. CASINI, cit., 2004, pp. 481-483.

110 P. CARPENTIERI, *commento all'art. 101*, in *Commentario al Codice*, cit., 2005, pp. 431-432.

111 Si legge in L. CASINI, cit., 2004, alla nota 33: «Tale intento è confermato dalla lettura tanto della relazione illustrativa del codice, quanto dalla nota ministeriale esplicativa degli emendamenti accolti in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni, città e autonomie locali. Infatti, nella prima, è scritto che “il Titolo II della Parte II è dedicato alla valorizzazione dei beni culturali”. Ma la sistematica stessa delle disposizioni pone in evidenza che la funzione di valorizzazione, così come definita all'art. 6 co 1, presuppone necessariamente un prius, consistente nella ordinaria attività di fruizione del patrimonio culturale. Pertanto, pur strettamente connesse, le suddette funzioni meritano una distinta considerazione; ed è indubbio che, dal punto di vista logico, la fruizione precede la valorizzazione. La prima è infatti collegata inscindibilmente alla tutela, della quale rappresenta lo sbocco necessario: si individua, si protegge e si conserva il bene culturale affinché possa essere offerto alla conoscenza ed al godimento collettivi (art. 3). La valorizzazione rappresenta invece un *quid pluris*. Essa attiene ai modi attraverso i quali si incrementa la conoscenza del bene e si accresce il livello qualitativo e quantitativo della sua fruizione; ed interviene dunque sul bene già tutelato e, di regola, fruibile. Nella seconda, è affermato che “l'architettura complessiva” del titolo II, parte II, del codice, è stata ridisegnata, su indicazione delle Regioni e delle autonomie locali, con l'intento di “fare chiarezza tra funzioni si-

ne di fruizione: le amministrazioni pubbliche *tutelano, valorizzano*, al limite *gestiscono* il patrimonio culturale; non *lo fruiscono*, ma realizzano le condizioni per consentirne la fruizione alla collettività<sup>112</sup>.

Non così per altri, poiché “che l'amministrazione non fruisca del bene culturale, è ovvio, ma ciò non significa che la fruizione non sia una funzione più di quanto il fatto che l'ente pubblico non fruisca delle prestazioni sanitarie non significa che la sanità non sia una funzione di benessere e/o un servizio pubblico”. La fruizione è “sì, anche un fine; ma è soprattutto una funzione e un servizio pubblico. Funzione consistente per l'appunto nel realizzare e mantenere le condizioni per consentire la fruizione pubblica del bene culturale. Ed è anche un servizio pubblico, consistendo nell'insieme delle attività idonee a consentire che il valore culturale del bene (che espleta il servizio pubblico di fruizione) sia godibile dalla collettività”<sup>113</sup>.

Ad ogni modo risulta chiara la distinzione fatta dal Codice tra valorizzazione e fruizione. Ora non resta che definire il termine fruizione e il suo ambito d'applicabilità.

Nella logica dell'articolo 101 del codice, la fruizione si configura, in un certo senso, come servizio pubblico direttamente promanante dal bene, affinché lo stesso sia gestito in modo adeguato ad assicurarne l'uso pubblico conforme alla sua natura. L'idea è efficacemente (anche se non elegantemente) scolpita nel termine “*espleta*” adoperato dalla norma (art. 101, c. 3, “*Gli istituti ed i luoghi di cui al comma 1 che appartengono a soggetti pubblici sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico*”), nella prassi riferito per l'appunto allo strumento del servizio, più che al soggetto che è preposto al suo svolgimento<sup>114</sup>. “Destinati alla pubblica fruizione” sono gli *Istituti* ed i *Luoghi della cultura*, come riporta il comma 3 dell'art. 101. Tali istituti e luoghi sono quelli elencati

---

gnificative e pregnanti (fruizione e valorizzazione) e attività solo tangenzialmente connesse alle prime in quanto incidenti su oggetti qualificabili beni culturali».

112 Ivi, p. 483.

113 P. CARPENTIERI, Commento all'art. 101, cit., p. 434.

114 Così P. CARPENTIERI, cit., pp. 435 e 438.

al comma 2, tra i quali risaltano (ai fini di questa tesi): il *museo*, definito “una struttura permanente che acquisisce, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio”; la *biblioteca*, definita “una struttura permanente che raccoglie e conserva un insieme organizzato di libri, materiali e informazioni, comunque editi o pubblicati su qualunque supporto, e ne assicura la consultazione al fine di promuovere la lettura e lo studio”; infine l'*archivio*, definito “una struttura permanente che raccoglie, inventaria e conserva documenti originali di interesse storico e ne assicura la consultazione per finalità di studio e di ricerca”.

L'introduzione della nozione di istituti culturali si deve al parere della Conferenza unificata, posto che l'originaria scrittura del codice prevedeva l'uso del termine neutro oggettivo “strutture”. Il termine istituto evoca ed implica, evidentemente, la presenza di una organizzazione autonoma minima del plesso amministrativo preposto ai beni culturali a tale struttura facenti capo<sup>115</sup>.

## **6. La salvaguardia dei beni DEA nel panorama internazionale**

La limitata attenzione mostrata dal codice nei riguardi del Patrimonio culturale DEA immateriale e *vivo* (ma spesso in via di esaurimento) è stata compensata da una copiosa e apprezzabile produzione normativa di carattere internazionale, in particolar modo dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO).

La Conferenza generale dell'UNESCO, in occasione della sua venticinquesima sessione, riunitasi a Parigi dal 17 ottobre al 16 novembre 1989, emanò la *Raccomandazione sulla salvaguardia della cultura e del folklore*<sup>116</sup>, nella quale, tra le altre cose, preso atto dell'importanza delle tradizioni popolari e del ruolo di esse come affermazione dell'identità culturale dei gruppi sociali e come “potente mezzo di riavvicinamento” di essi, nonché consapevole del rischio che i prodotti della cultura orale possano andare perduti, ha adottato una serie di punti

---

115 Ibidem, p. 440.

116 Rinvenibile in [www.irre.toscana.it/scuolaebeniculturali/normativa/folklore.htm](http://www.irre.toscana.it/scuolaebeniculturali/normativa/folklore.htm)

programmatici per attuare politiche statali ad ampio spettro di intervento di salvaguardia delle tradizioni orali, familiari, regionali, etniche, etc.

Elemento pregevole della Raccomandazione, oltre all'elenco di misure idonee di salvaguardia (inventari, sistemi di raccolta, processi di conoscenza, etc.), è un tentativo definitorio di diversi concetti, tra cui risaltano quello di “cultura tradizionale e popolare” e quelli di “conservazione”, “tutela”, “diffusione” (nonché di “protezione” che, a motivo di diversi concetti giuridici esposti all'interno di tale definizione, viene distinta da quella di “tutela”).

A partire dal 1997 l'UNESCO è andato sviluppando una particolare attenzione per il patrimonio culturale immateriale (*Intangible Cultural Heritage*), per il quale ha costituito, all'interno della Divisione del patrimonio culturale, una sezione appositamente dedicata (*Section of Intangible Heritage*), con responsabilità verso le lingue locali e le forme di espressività popolari e tradizionali. A partire dal 1998 l'UNESCO ha intrapreso una serie di azioni concrete in questo settore con il progetto *Preserving and revitalizing our Intangible Heritage*, articolato in diverse azioni: *Masterpieces of Oral and Intangible Heritage of Humanity* riguarda i patrimoni orali e immateriali dell'umanità meritevoli di riconoscimento; *Living Human Treasures* promuove i depositari di saperi e tecniche trasmesse oralmente (artigiani, artisti, etc.); *Endangered Languages* pone l'attenzione sulle lingue a rischio di estinzione; *Traditional Music of the World* pubblica i dischi dedicati alle culture musicali mondiali<sup>117</sup>.

Il 18 maggio 2001, il segretario generale dell'UNESCO, avvalendosi del parere di 18 studiosi di un *jury* internazionale, ha proclamato i primi 19 capolavori della cultura orale e del patrimonio immateriale<sup>118</sup>.

Nel settembre 2002 si è svolta a Istanbul una tavola rotonda sul tema del patrimonio immateriale, a cui hanno partecipato i rappresentanti di 110 paesi (tra cui 72 ministri della cultura) a seguito della quale è stata elaborata la *Dichia-*

117 Tratto da: BRAVO – TUCCI, cit., 2006, p. 84.

118 Tra i primi 19 capolavori stilati nella lista UNESCO del 2001, si segnala, per l'Italia, l'opera dei pupi siciliani; Mentre Nel 2005 l'UNESCO ha aggiunto, per l'Italia, il Canto a tenore della cultura pastorale Sarda; V. [http://www.unesco.org/bpi/intangible\\_heritage/italy.htm](http://www.unesco.org/bpi/intangible_heritage/italy.htm)



*razione di Istanbul*, la quale, riconoscendo che “l’eredità del patrimonio immateriale costituisce un insieme di pratiche e abitudini vive e costantemente rinnovate, saperi e rappresentazioni che permettono all’individuo e alla comunità - a tutti i livelli - di esprimere il loro modo di vedere il mondo attraverso sistemi di valori e principi etici”, stabilisce che “dovrebbe prevalere un approccio onnicomprensivo all’eredità culturale tale da far emergere i motivi profondi e la loro stretta interdipendenza nella dinamica del legame fra il patrimonio immateriale e materiale”, inoltre incarica l’UNESCO di “promuovere lo sviluppo delle nuove forme di cooperazione internazionale, per esempio, attraverso la messa a punto di meccanismi di ricognizione, inventari delle più adeguate metodologie e la creazione di *networks*, mobilitando tutte le risorse possibili e incoraggiando i contributi e lo scambio dei paesi portatori del patrimonio immateriale”<sup>119</sup>.

Nel novembre 2001, nella sua trentunesima sessione, inoltre, l’UNESCO ha adottato la *Dichiarazione universale sulla diversità culturale*, affermando che la diversità culturale è essenziale per l’umanità come lo è la biodiversità per la natura. Anche in questo caso, l’UNESCO ha ribadito la necessità di approntare gli strumenti più adeguati, da parte degli Stati aderenti, per la conservazione e lo sviluppo del patrimonio culturale, sia materiale che orale, nonché il rispetto e la protezione dei saperi tradizionali.

A seguito dell’impegno preso ad Istanbul e della Dichiarazione su citata, l’UNESCO, riunito nella sua trentaduesima sessione, dal 29 settembre al 17 ottobre 2003, ha emanato la *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale* (composta da 9 sezioni e 40 articoli), vera e propria pietra miliare degli strumenti giuridici a tutela dei beni culturali immateriali DEA.

La Convenzione definisce “patrimonio culturale immateriale (...) le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il *know-how* – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del

---

119 Tratto da: [http://portal.unesco.org/culture\\_roundtable](http://portal.unesco.org/culture_roundtable)

loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana. Ai fini della presente Convenzione, si terrà conto di tale patrimonio culturale immateriale unicamente nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile<sup>120</sup>.

Si noti che la definizione ha adottato il concetto di bene immateriale DEA come definito dall'antropologia moderna, ampliando fortemente l'oggetto di salvaguardia.

L'art. 2, al comma 3, continua definendo la "salvaguardia": "Per la quale s'intendono le misure volte a garantire la vitalità del patrimonio culturale immateriale, ivi compresa l'identificazione, la documentazione, la ricerca, la preservazione, la protezione, la promozione, la valorizzazione, la trasmissione, in particolare attraverso un'educazione formale e informale, come pure il ravvivamento dei vari aspetti di tale patrimonio culturale".

In questo caso le ampie definizioni date dalla *Raccomandazione* sono state sintetizzate in un solo concetto, il quale racchiude sia gli interventi di tutela e valorizzazione, ma anche operazioni prettamente di *riconoscimento* del bene immateriale (identificazione, ricerca).

Alla Sezione 3 della Convenzione (rubricata "Salvaguardia del patrimonio culturale immateriale a livello nazionale"), agli artt. 11-15, sono espliciti i compiti che gli Stati contraenti devono svolgere per approntare le dovute misure al fine di realizzare le finalità della Convenzione, ossia: salvaguardare il patrimo-

---

120 Testo della Convenzione, art. 2, comma 1. Il comma 2 così prosegue: "Il "patrimonio culturale immateriale" si manifesta tra l'altro nei seguenti settori: a) tradizioni ed espressioni orali, ivi compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; b) le arti dello spettacolo; c) le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; d) le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; e) l'artigianato tradizionale".

nio culturale immateriale; assicurare il rispetto per il patrimonio culturale immateriale della comunità, dei gruppi e degli individui interessati; suscitare la consapevolezza a livello locale, nazionale e internazionale dell'importanza del patrimonio culturale immateriale e assicurare che sia reciprocamente apprezzato; promuovere la cooperazione internazionale e il sostegno<sup>121</sup>. Per far ciò si chiede agli Stati di: “adottare i provvedimenti necessari a garantire la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale presente sul suo territorio” ed “individuare e definire i vari elementi del patrimonio culturale immateriale presente sul territorio, con la partecipazione di comunità, gruppi e organizzazioni non governative rilevanti”<sup>122</sup>; uno degli strumenti di salvaguardia individuati dall'UNESCO è il modello “inventario”<sup>123</sup> (uno o più, raccomanda l'UNESCO), che consiste nella catalogazione di tutti i beni immateriali presenti sul territorio, senza ulteriori “selezioni per qualità”<sup>124</sup>, ossia una sorta di censimento di tutte le manifestazioni culturali immateriali presenti sul territorio. Altri strumenti di tutela che l'UNESCO raccomanda agli Stati firmatari di applicare consistono nell'adozione di politiche appropriate, nella designazione o istituzione di organismi competenti per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, nella promozione di studi (scientifici, tecnici ed artistici) o metodi di ricerca, per salvaguardare il patrimonio immateriale, soprattutto quello “in pericolo”, nella formazione specializzata e nella libertà d'accesso a tale patrimonio<sup>125</sup>; infine l'UNESCO pone l'accento sull'educazione, la sensibilizzazione e la partecipazione delle comunità (gruppi o individui), posto che i primi responsabili per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale sono le comunità di appartenenza. Ecco perché per l'UNESCO occorre sensibilizzare le comunità verso una tematica che non riescono sempre a recepire perfettamente, poiché, come si legge nel preambolo, si sente “il bisogno di creare una maggiore consa-

---

121 Testo della Convenzione, art. 1.

122 Ivi, art. 11.

123 Ivi, art. 12.

124 La terminologia appartiene a P. APOLITO, cit., pag. 16.

125 Testo della Convenzione, art. 13.

pevolezza, soprattutto fra le generazioni più giovani, riguardo alla rilevanza del patrimonio culturale immateriale e alla sua salvaguardia”, poiché, fra le altre cose “i processi di globalizzazione e di trasformazione sociale, assieme alle condizioni che questi ultimi creano per rinnovare il dialogo fra le comunità, creano altresì, alla stregua del fenomeno dell'intolleranza, gravi pericoli di deterioramento, scomparsa e distruzione del patrimonio culturale immateriale (...)”<sup>126</sup>; pertanto si comprende come l'UNESCO abbia voluto inserire, tra gli impegni che gli Stati firmatari devono assumersi per il rispetto della Convenzione, anche politiche di coinvolgimento a tutto tondo di ogni realtà che studia, ricerca, detiene o trasmette (o soltanto recepisce, seppur potenzialmente) il patrimonio culturale immateriale.

Tra gli impegni di salvaguardia a livello internazionale (inseriti nella sezione 4) spicca il “modello selezione”, che si ripartisce in due tipi di liste: la prima è una lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità (*Masterpieces*)<sup>127</sup>, la seconda una lista del patrimonio culturale immateriale che necessita di essere urgentemente salvato<sup>128</sup>.

La seconda lista viene redatta dal *Comitato*<sup>129</sup> ed è aggiornata e pubblicata sulla base di criteri approvati dall'Assemblea generale; la *ratio* di tale disposizione risiede soprattutto nella consapevolezza, ormai diffusa e riconosciuta, della progressiva scomparsa di veri e propri capolavori immateriali dell'umanità, una consapevolezza che risiede in seno all'UNESCO già da diversi anni e che, con la Convenzione del 2003, cerca di concretizzarsi in una operazione di salvaguardia sorretta da “uno spirito di cooperazione e di assistenza reciproca”<sup>130</sup>.

---

126 Ivi, preambolo.

127 Ivi, art. 16.

128 Ivi, art. 17.

129 Nel testo della Convenzione, all'art. 5 si legge: 1. Viene qui istituito nell'ambito dell'UNESCO un Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, in seguito denominato “il Comitato”. Esso sarà composto dai rappresentanti di 18 Stati contraenti che vengono nominati dagli Stati contraenti riuniti in Assemblea generale dopo che la presente Convenzione sarà entrata in vigore conformemente all'articolo 34. 2. Il numero di Stati membri del Comitato sarà aumentato a 24 non appena 50 Stati contraenti avranno aderito alla presente Convenzione.

130 Ivi, preambolo.

Invece la *ratio* della lista rappresentativa sembrerebbe risiedere nella consapevolezza dell'impossibilità di creare un gigantesco inventario del patrimonio mondiale di tutte le culture umane e, di conseguenza, nella selezione periodica dei c.d. *Masterpieces*, ossia di beni immateriali rappresentativi di una nazione, al fine, tra l'altro, di “garantire una migliore visibilità del patrimonio culturale immateriale”<sup>131</sup>.

Nel 2005 è stata la volta di una nuova Convenzione UNESCO, quasi a chiudere il cerchio su una politica internazionale di riconoscimento e tutela delle caratterizzazioni dei diversi patrimoni di conoscenze dell'umanità.

L'UNESCO, riunitasi a Parigi dal 3 al 21 ottobre 2005, in occasione della sua XXXIII sessione, ha emanato la *Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali*, un testo di matrice spiccatamente culturale ma con risvolti anche in campo economico<sup>132</sup>, che mira a “riaffermare l'importanza del legame tra cultura e sviluppo per tutti i paesi, in particolare quelli in via di sviluppo, e incoraggiare le azioni a livello nazionale e internazionale affinché sia riconosciuto il vero valore di tale legame”, poiché l'UNESCO è “convinta che le attività, i beni e i servizi culturali abbiano una duplice natura, economica e culturale in quanto portatori d'identità, di valori e di senso e non debbano pertanto essere trattati come dotate esclusivamente di valore commerciale”<sup>133</sup>.

---

131 Per realizzare gli scopi dell'UNESCO è previsto un “fondo per il patrimonio culturale immateriale”, composto dai contributi degli Stati contraenti, fondi stanziati dalla Conferenza generale dell'UNESCO, contributi, donazioni o lasciti di varia natura (art. 25).

132 Tanto da aver ricevuto ben 28 emendamenti (respinti) e il voto contrario degli USA (accanto a quello di Israele), in quanto, oltre a rilievi procedurali, sorgeva per essi la preoccupazione che le norme contenute nel trattato possano confliggere con le norme del WTO. Cfr. Delia Ferri, *L'azione negoziale europea in sede UNESCO: unità della rappresentanza internazionale vs. problematicità del riparto di competenze in materia culturale*. Spunti a margine dell'approvazione della Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione delle diversità delle espressioni culturali, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

133 Testo della Convenzione, preambolo e art. 1, lett. f), mentre le altre lettere della norma così dispongono: a) proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali; b) creare condizioni tali da consentire alle culture di prosperare e interagire liberamente in modo da arricchirsi a vicenda; c) incoraggiare il dialogo tra le culture al fine di assicurare scambi culturali più intensi ed equilibrati nel mondo per il rispetto interculturale e per una cultura della pace; d) stimolare l'interculturalità al fine di sviluppare l'interazione culturale nello spirito dell'edificazione di ponti tra i popoli; e) promuovere il rispetto della diversità delle espressioni culturali e la

Com'è noto, l'Italia ha aderito ad entrambe le Convenzioni e ha provveduto a ratificarle con la Legge 19 febbraio 2007, n. 19, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali, fatta a Parigi il 20 ottobre 2005” e con la Legge 27 settembre 2007, n. 167, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, adottata a Parigi il 17 ottobre 2003 dalla XXII sessione della Conferenza generale dell' Organizzazione delle Nazioni Unite per l' educazione, la scienza e la cultura ( UNESCO )”.

### **7. Il difficile rapporto tra art. 7/bis del Codice dei beni culturali e il requisito della materialità**

Con la ratifica delle due Convenzioni è stato previsto l'inserimento, all'interno della prima parte del Codice, dell'articolo 7/bis, rubricato “*Espressioni di identità culturale collettiva*”.

Il legislatore ha così preso consapevolezza circa l'importanza dei beni culturali immateriali DEA, applicando una formula definita “felice” da una parte della dottrina, perché ha saputo “collegare la disciplina del Codice agli impegni assunti dal nostro Paese con gli atti di ratifica ed esecuzione delle due Convenzioni”<sup>134</sup>. Tuttavia la disposizione solleva diversi dubbi. Innanzitutto il riferimento all'art. 10 del Codice e la lettera dell'articolo, fanno presupporre l'ancoraggio della disposizione alla materialità dei beni culturali<sup>135</sup>; in altre parole, solo

---

consapevolezza del suo valore ai livelli locale, nazionale e internazionale; g) riconoscere la natura specifica delle attività, dei beni e dei servizi culturali in quanto portatori di identità, di valori e di senso; h) riaffermare il diritto sovrano degli Stati di conservare, adottare e attuare le politiche e le misure che ritengano opportune per la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali sul loro territorio; i) rafforzare la cooperazione e la solidarietà internazionale in uno spirito di lavoro in comune al fine in particolare di accrescere le capacità dei paesi in via di sviluppo di proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali.

<sup>134</sup> Il virgolettato appartiene a G. SCIULLO, *Le modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio dopo i decreti legislativi 62 e 63 del 2008 / Beni culturali. La tutela: gli artt. 1-15*, in Aedon, n. 3/2008.

<sup>135</sup> A questa conclusione è pervenuta di recente anche l'Ad. Pl. del CdS, n. 5/2023 per cui «il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale può essere imposto quando il provvedimento risulti funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici, sulla base di una adeguata motivazione, da cui risulti l'esigenza di prevenire situazioni di rischio per la conservazione dell'integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale nello stesso incorporato», secondo il comb. disp. «degli articoli 7 bis, 10, comma 3,

se il bene immateriale è rappresentato da un elemento materiale, può ricevere tutela; in più, la disposizione non fa riferimento ad un comma particolare dell'art. 10, quindi, come si è visto, non tutte le disposizioni dell'art. 10 possono essere utilizzate per i beni immateriali DEA, perché, si è detto, l'art. 10, comma 5, dispone un forte limite alla tutelabilità dei suddetti beni, vincolandoli a parametri temporali (50 anni o inesistenza in vita dell'artista), pertanto molti, anzi, la quasi totalità dei beni culturali DEA immateriali “vivi” resterebbero senza tutela. Certamente la *ratio* della Convenzione UNESCO del 2003 è tutt'altra, in quanto dispone che gli Stati firmatari debbano predisporre gli strumenti necessari per la tutela del patrimonio culturale immateriale, soprattutto di quello a rischio di estinzione, la cui peculiarità, si ripete, è proprio quella di non possedere il requisito della materialità, se non per quei beni immateriali che si sostanziano in una *res*, i quali, però, rappresentano solo una parte dell'ampio elenco di beni immateriali DEA. Se l'UNESCO ha distinto tra beni immateriali tutelabili e beni immateriali *urgentemente* tutelabili, significa che questi ultimi sono “vivi” sul territorio, ma rischiano di scomparire, pertanto non è pienamente condivisibile la sottoposizione dell'art. 7/bis all'art. 10, senza alcun'altra specificazione. Si può condividere, ovviamente, l'idea di sottoporre le manifestazioni culturali immateriali ad un processo che porti al rilevamento e, successivamente, al riconoscimento dell'interesse culturale, in quanto non sarebbe possibile stabilire a priori che qualsiasi manifestazione culturale sia degna di tutela in quanto tale, per i motivi esposti in precedenza. Infatti «la Legge n. 167/2007 e la Convenzione di Parigi del 2003 non istituiscono un nuovo genere di bene culturale, piuttosto una *species* di tale categoria; pertanto, è ammissibile che il legislatore nazionale escluda talune tipologie che la Convenzione inserisce. E' probabile che l'art. 7 bis della novella del Codice dei Beni Culturali esprima la preoccupazione di evitare che, con il superamento del dogma della materialità, si crei un

---

lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del codice n. 42 del 2004». Tratto da <https://lexambiente.it/materie/beni-culturali/51-consiglio-di-stato51/16732-beni-culturali-limiti-operativi-del-vincolo-di-destinazione-d%E2%80%99uso-del-bene-culturale.html>

*vulnus* anche nei caratteri di tassatività (criterio degli elenchi) e tipicità (criterio dei modelli tipologici) del bene culturale, col rischio di lasciar passare per testimonianza di civiltà manifestazioni di scarso valore e, per troppo voler tutelare, di riuscire in poco»<sup>136</sup>.

Pertanto l'art. 7/bis esplica la sua funzione di tutela solo se avvengono i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10, il quale, come si è detto, presenta dei limiti insuperabili da parte delle manifestazioni culturali attuali, ma radicate nel passato. Schematizzando, si può meglio evidenziare quali disposizioni dell'art. 10 potrebbero essere utili alle finalità di tutela dell'immateriale e quali non lo sono:

1) Il Comma 1 considera beni culturali (oggetto di verifica dell'interesse culturale *ex art.* 12 del Codice) anche quelli di interesse etnoantropologico, ma il comma 5 dell'art. 10 li considera tali solo se opera di autore non vivente o la cui esecuzione risale a più di 50 anni;

2) Il Comma 3, alla lett. *a)* cita ancora l'interesse etnoantropologico, nelle *case* che potrebbero essere considerate beni culturali, ma solo a seguito della dichiarazione di interesse culturale *ex art.* 13 del Codice, ma anche in questo caso opera il limite del comma 5;

3) Il Comma 3, alla lett. *b)* parla di “interesse storico particolarmente importante”, pertanto la norma non si può applicare ai beni DEA;

4) Il Comma 3, alla lett. *c)* parla solo di raccolte librerie, e aggiunge “di eccezionale interesse culturale”;

5) Il Comma 3, alla lett. *d)* nomina quelle che abbiamo visto essere le cose di interesse storico-relazionale o storico-identitario. Sarebbe una norma decisamente idonea ad essere applicata ai beni immateriali, se non fosse per la dicitura “interesse particolarmente importante”, che potrebbe censurare diverse manifestazioni culturali ritenute “effimere”. Inoltre il procedimento di dichiarazione di cui all'art. 15 del Codice non sembra potersi adattare ai beni im-

---

<sup>136</sup> Così E. VARRICCHIO, *Commento alla norma*, in [www.dirittodellearti.it/public/Commento%20alla%20norma.doc](http://www.dirittodellearti.it/public/Commento%20alla%20norma.doc)



materiali in oggetto, perché, come si è visto, i beni DEA “non hanno una stabile presenza sul territorio, ma prendono vita soprattutto come atti performativi in occasioni determinate o indeterminate”<sup>137</sup> e il loro processo di rilevamento e di documentazione è svolto da Enti che, di per sé, hanno le competenze ed i titoli per riconoscere *de iure* i suddetti beni;

6) Il Comma 3, alla lett. *e*) pone già di per sé determinati vincoli, ma, ad ogni modo, opera anche in questo caso il limite di cui al comma 5;

7) Il Comma 4 è una specificazione dei beni ricompresi al Comma 1 e al comma 3 lett. *a*); anche se va specificato che, alla lett. *e*) riporta: “le fotografie, con relativi negativi e matrici, le pellicole cinematografiche ed i supporti audiovisivi in genere, aventi carattere di rarità e di pregio”. Si potrebbero ricondurre a questa disposizione diversi supporti contenenti manifestazioni culturali popolari risalenti a più di 50 anni fa e di autori non più viventi, anche se i concetti di “rarità” e “pregio” mal si confanno a diverse manifestazioni culturali che sono sì rare nel contesto passato, ma non lo sono in considerazione della loro ripetitività anche nei tempi attuali, nonostante siano, ovviamente, mutate per via di una loro inevitabile evoluzione. Ad ogni modo sarebbe apprezzabile una tutela per questi supporti, la quale, però, non avrebbe la finalità che l'UNESCO ha voluto attribuire alla tutela dei beni immateriali, ossia una finalità di tutela del patrimonio culturale immateriale sì tradizionale, ma presente ed attuale.

8) Si potrebbe pensare di applicare l'art. 11, che riguarda “cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela”, il quale, al comma 1, lett. *e*) cita “le fotografie, con relativi negativi e matrici, gli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, le documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali, comunque realizzate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera *c*)”, ma all'applicazione dell'articolo in esame ostano almeno due considerazioni: la prima riguarda la lettera dell'articolo, che limita la tutela ai supporti aventi più di

---

137 BRAVO – TUCCI, cit., p. 35.

25 anni; la seconda riguarda il comma 1/bis, introdotto dal D.Lgs. 62/2008, che condiziona il riconoscimento di tali cose come beni culturali, all'applicazione degli articoli 12 e 13 del Codice. Anche qui, dunque, valgono le stesse considerazioni fatte sopra.

9) Dunque non resterebbe che applicare il Comma 2 dell'articolo 10, il quale riconosce i beni citati al suo interno come “culturali” *ope legis*, ma esclude, in base all'aggiunta fatta dal D.Lgs. 62/2008, le raccolte delle biblioteche locali. Poiché la norma cita solo le biblioteche locali, senza menzionare i musei, si può così concludere: in base al comma 2 dell'art. 10, sono beni culturali tutte le raccolte fatte da musei, pinacoteche, gallerie, archivi, e altri luoghi espositivi della Repubblica, nonché di altri enti pubblici (come le Università), infine dalle biblioteche, della Repubblica ed altri enti pubblici, ad eccezione dei comuni.

Inoltre alcuni sostengono che dalla lettera dell'art. 7/bis si debba desumere non solo il necessario ancoraggio alla materialità da parte del bene immateriale (requisito formale), ma anche una “valenza di testimonianza di civiltà dal punto di vista artistico, storico, archeologico o etnoantropologico secondo le prescrizioni dell'art. 10 dello stesso Codice (requisito sostanziale)”<sup>138</sup>. Ma questa ricostruzione non convince appieno, anzitutto perché osta una considerazione giuridica, infatti già si è detto che i beni immateriali di cui parla la Convenzione UNESCO del 2003 (richiamata dalla norma) sono quelli demoetnoantropologici, quindi non occorre una valenza di altro tipo (storica o artistica o archeologica), pertanto il richiamo alla Convenzione è di per sé sufficientemente adeguato a far ricadere il suo spettro d'azione sui beni DEA, o meglio, sui beni citati nella Convenzione, che pressappoco sono gli stessi beni che le associazioni demoetnoantropologiche attuali (in specie AISEA e SIMBDEA) hanno classificato e ritenuto meritevoli di tutela. Inoltre il richiamo all'art. 10 sembra solo giustificare una presa di posizione sulla tutela dei beni immateriali

---

138 E. VARRICCHIO, cit.

senza troppo allontanarsi dalla scelta politico-legislativa di tutelare solo quei beni dotati di materialità.

Ora, analizzato l'art. 7/bis del Codice e visti gli spazi d'apertura dati dall'art. 10, non resta che vedere quali sono le possibili forme di tutela che più si possono adattare ad un patrimonio culturale immateriale così ricco e vasto, come quello DEA.

### **8. La tutela riflessa dei beni immateriali DEA, una proposta**

«Quando il giurista si accosta al tema della cultura, lo fa con una sorta di complesso di inferiorità, che forse gli deriva dalla consapevolezza che, anche nell'ipotesi in cui egli crei una teoria giuridica del tutto nuova e appagante, non ci si trovi di fronte ad un atto creativo in senso proprio, simile cioè a quello prodotto dall'uomo di cultura o peggio ancora dall'artista, quanto piuttosto ad una sistemazione più o meno scientifica di un problema, atteso che l'esperienza giuridica è condannata a formarsi intorno a problemi di ordine pratico»<sup>139</sup>.

Anche in questo caso ci si trova di fronte allo stesso “complesso di inferiorità”, dato soprattutto dal fatto che quella che ci si propone di fare è una sorta di legittimazione giuridica e di sistemazione nei confronti di una realtà, ossia il complesso culturale immateriale DEA, che allo stato attuale non trova tutela da parte dell'ordinamento. Inoltre quello che si tenta di fare è trovare dei criteri per stabilire quali manifestazioni culturali abbisognano di tutela; compito arduo o quasi impossibile, perché non è mai facile schematizzare una realtà di per sé difficilmente schematizzabile oppure operare una selezione tra gli elementi “degni” di tutela e quelli che tale tutela non possono ricevere. Il compito del giurista sarebbe quello di approntare strumenti adeguati per la tutela, lasciando ad altri l'onere di stabilirne i requisiti, ma non ci si può esimere dall'analizzare lo stato di fatto e le condizioni in cui versa il patrimonio immateriale DEA e, sulla base di tale analisi (in parte già sviluppata in questa sede),

---

139 G.P. CIRILLO, in <http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/dottrina.htm#4>

cercare di abbozzare qualche proposta per una “scelta di campo”<sup>140</sup>, perché il concetto di cultura adottato dalla scienza antropologica “abbraccia ogni comportamento tipico dell'uomo nelle sue relazioni con gli altri componenti di un gruppo sociale storicamente dato”<sup>141</sup>, infatti “la nozione di patrimonio sembra oggi quanto mai inscindibile da quella di “identità”, “essa è legata alla coscienza che una data società ha di sé, e quindi dei suoi valori, in un dato momento”<sup>142</sup>; pertanto sarebbe impossibile chiedere all'Ordinamento di tutelare qualsiasi elemento culturale di un dato popolo, in quanto è facilmente intuibile che si svuoterebbe di contenuto il concetto stesso di “patrimonio culturale”, allora è compito del giurista, anche se un compito ingrato, quello di tentare di entrare nel merito della questione ed operare una valutazione all'interno del patrimonio culturale DEA per ricercare quegli elementi che possono essere oggetto di tutela da parte dell'Ordinamento, senza però snaturarne, in questo modo, la loro funzione sociale, senza, in altre parole, operare «quella sorta di ideologia da “museificazione” del bene, che a scanso di equivoci non è nella pratica museale più aggiornata, e che si ottiene bloccando definitivamente il bene in una istantanea documentaria del presente e impedendone ogni modifica, per timore di “contaminazioni”, smarrimento del “significato originario”, etc. Lo speciale statuto di bene etnoantropologico sta proprio nella sua vitalità continuamente rinnovata. Se questa si perde, il bene diventa altro, archeologia, storia delle arti minori. Il bene vive dentro il perimetro storico-culturale e simbolico del presente, dentro il suo attuale contesto. Quindi è aperto all'energia riplasmatica di questo»<sup>143</sup>. Da ciò si può intuire che il giurista non può permettersi di chiedere di “mettere mano” nella tradizione “viva”, nel contesto locale, tanto più non può chiedere di farlo in contesti a lui sconosciuti e in realtà talmente frammentate da non poter essere ricondotte ad unità. Il concetto di unità, semmai, lo si

---

140 L'espressione virgolettata è di I. CANDELORO, *I beni culturali demoetnoantropologici*, cit., 2000, p. 207.

141 M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 1991, p. 71.

142 I. CANDELORO, *ivi*.

143 Così P. APOLITO, cit., pp. 17-18.

può ritrovare in quel “retaggio culturale comune” che l'Unione Europea ha definito all'interno dell'art. 167 del TFUE; principio importante, che apre le porte verso “un quadro di riconoscimento nazionale, europeo e mediterraneo” delle tradizioni popolari<sup>144</sup>; lo si può trovare altresì nel concetto di “patrimonio culturale”, di cui all'art. 2 del Codice dei beni culturali, considerato come “*elemento costitutivo e rappresentativo dell'identità nazionale*”, infatti, tra le altre cose, le “tradizioni” “costituiscono in gran parte la nostra identità e fanno dell'Italia un paese unico al mondo”<sup>145</sup>; una identità, quindi, formata dalle tante identità locali, che vanno salvaguardate, così come l'UNESCO più volte ha chiesto e così come il nostro Ordinamento ha ormai recepito, ma la salvaguardia deve realizzarsi in ambito locale, certamente all'interno di quella “cornice simbolica nazionale” più volte richiamata dal Comitato presieduto da Apolito, ma atteso che sia lo Stato a dettare le regole di salvaguardia, ci si deve calare nel contesto locale per poterle applicare ed adattare alle peculiarità del territorio. Qui risiede la particolarità dei beni DEA immateriali: il territorio, in cui o si tratti di riti o si tratti di saperi, tecniche, espressività, l'osservazione dev'essere “partecipante” all'interno della comunità o, più in generale, del contesto<sup>146</sup> e l'osservazione è il primo passo verso il riconoscimento, la documentazione, la conservazione e poi la tutela del patrimonio culturale immateriale. Ecco, compito del giurista è quello di fornire gli strumenti per la tutela dei beni immateriali DEA, ma al contempo, di operare una scelta, specificando quali potrebbero essere i criteri per una tutela che non sia solo ideale, ma concreta ed efficace. Perché si potrebbe assistere ad un reale rischio che le “petizioni di principio”, espresse dall'U.E., dall'UNESCO e, non ultimo, dal Codice, restassero solo sulla carta e non trovassero applicazione. E' proprio questa la preoccupazione del legislatore italiano e, di conseguenza, la *ratio* dell'articolo 7/bis: ancorare la tutela alla materialità del bene, affinché essa possa esplicare tutta la sua efficacia. Perché

---

144 Il virgolettato appartiene a L. RAMI CECI, *Ri-pensare le tradizioni culturali: alcune riflessioni*, in Rivista Melissi, cit., p. 27.

145 V. FRANCO, *La cultura come risorsa e come valore*, in Aedon, n. 3, 2007.

146 Una riflessione in questo senso si ritrova in BRAVO – TUCCI, cit., pp. 37 ss.

comunque la si voglia vedere, per operare delle politiche di salvaguardia del patrimonio culturale, occorre che queste si sostanzino in misure d'intervento su cose concrete, sarebbe difficile, infatti, immaginare di salvaguardare un canto o una poesia, o un rito tradizionale senza trascriverli, registrarli o solo semplicemente annotarli, ossia attuare dei metodi di ausilio della memoria. Ecco, questo è il punto principale di ogni intervento sull'immateriale: la memoria. Come sostiene Ainis, “sono beni le memorie ereditate dal passato”, e se esse sono considerate *beni*, una politica di tutela di essi si sostanzia nella preservazione della *memoria*, la quale, se non può essere preservata con i classici sistemi di diffusione (nella cultura orale, la diffusione della conoscenza avviene *da padre a figlio* o mediante *l'imitazione* dei comportamenti socializzati e condivisi), in quanto sono stati oggetto di profondi mutamenti sociali e di continui *attacchi* da parte dei modelli globalizzati, secondo le preoccupazioni dell'UNESCO riportate nelle due Convenzioni, allora è compito della Repubblica, sulla base dell'art. 9 Cost., promuovere lo sviluppo della cultura, anche preservando la memoria storica. In un ambiente sociale in cui le conoscenze trovano difficoltà a trasmettersi verticalmente (da padre a figlio), ma orizzontalmente (quella che in sociologia si definisce “il gruppo di pari”) o trasversalmente (mass media, social network), e quindi è difficile che alcune tradizioni “deboli” possano essere portate avanti da generazioni che incontrano difficoltà a conoscerle, è compito della Repubblica correggere simili distorsioni non costringendo, ma informando, concedendo gli strumenti per creare consapevolezza, e, infine, tutelando le fonti di memoria collettiva<sup>147</sup>. Inoltre in contesti locali in cui il patrimonio immateriale DEA a volte è visto come “un'imbarazzante eredità dei villani” oppure è oggetto di azioni repressive e “normalizzatrici”, la loro tutela è ancor più urgente.

Per arrivare a definire gli interventi di tutela, occorre innanzitutto delineare un percorso di riconoscimento del patrimonio immateriale DEA, che si estrinsechi in questo modo:

---

<sup>147</sup> Anche se con termini diversi, la preoccupazione è espressa da A. PIZZORUSSO, in *Diritto della cultura e principi costituzionali*, cit., pp. 321 ss.

- rilevamento sul campo
- riconoscimento, archiviazione e conservazione nei musei
- catalogazione

Il primo passaggio non interessa la scienza giuridica, ma è necessario comunque riportarlo in questa sede, per comprendere meglio qual è il percorso che diversi elementi patrimoniali immateriali DEA compiono per poter essere successivamente definiti beni culturali e per giungere alla loro tutela; per far ciò occorre dare loro un fondamento giuridico, ossia riconoscere il loro valore di beni culturali sulla base delle disposizioni del Codice, altrimenti essi resterebbero confinati nel limbo delle manifestazioni culturali: riconosciuti dalla dottrina, dall'UNESCO, nonché, ovviamente, dalle scienze antropologiche e, infine, dal Codice, come beni culturali, ma privi di tutela, in quanto, appunto, privi di materialità. Allora come fare?

Si è detto che il primo passo che il ricercatore deve compiere (in questo caso l'antropologo, che dovrebbe possedere le conoscenze adeguate) è quello di rilevare il patrimonio immateriale DEA sul campo, attraverso la “realizzazione delle documentazioni audiovisive, che devono rispondere a determinati standard di qualità per poter essere pienamente utilizzabili. In tal senso, il rilevatore dei beni DEA immateriali deve anche possedere competenze metodologiche e tecniche in relazione all'utilizzo delle strumentazioni di ripresa sonora, fotografica e videofilmica, in modo da poter restituire a pieno il bene osservato, la cui natura unica e irripetibile non consente ulteriori, successivi approcci”. Ma ciò non è sufficiente, in quanto le riprese del patrimonio immateriale DEA non bastano a ripetere l'intrinseco e il complesso valore culturale della manifestazione popolare ripresa o registrata, perché spesso ci si trova dinanzi a riti tradizionali talmente complessi da rischiare di non poterli riprendere nella loro totalità, difatti occorre anche “rendere esplicita la soggettività del ricercatore (...) dichiarando il punto di vista e le scelte di volta in volta adottate”, nonché, in re-

lazione a beni DEA immateriali *non complessi*<sup>148</sup> occorre fare “ricorso all'intervista”, la quale, però “non costituisce un bene culturale in sé, ma può essere un mezzo mediante cui ottenere esecuzioni di beni immateriali, oppure acquisire informazioni o dati di varia natura intorno agli stessi”<sup>149</sup>. Una menzione a parte meritano i “beni etnomusicali” (che si possono annoverare tra i beni DEA immateriali complessi in quanto costituiti da suoni e parole) data la loro “polifunzionalità” e il loro “valore estetico a essi attribuito anche al di fuori dei contesti originari e per i processi di patrimonializzazione che li stessi suscitano”; “il loro rilevamento richiede una ancora maggiore precisione per ciò che attiene alla registrazione sonora, la cui fedeltà deve consentire una riproduzione utilizzabile sia a fini di studio sia a fini di diffusione e valorizzazione”, in quanto tali beni sono di per sé soggetti ad una continua mutevolezza, poiché “un brano non viene mai ri-eseguito in modo identico, ma viene di volta in volta leggermente variato e rielaborato a partire da un modello improvvisato socialmente condiviso. L'esecutore riplasma costantemente il materiale musicale tradizionale secondo il contesto e secondo lo stato d'animo del momento e ne è dunque autore oltre che interprete”<sup>150</sup>.

Preso atto della necessità di operare un rilevamento sul terreno che sia non solo scientificamente esatto, ma anche tenente conto del contesto in cui si opera, occorre ora passare alla “fase” successiva, ossia al “riconoscimento” e alla “conservazione in archivi e musei”. Le due fasi sono contestuali, in quanto una volta che il museo o l'archivio hanno inserito al loro interno il supporto materiale contenente le registrazioni (o le trascrizioni, a seconda del tipo di ma-

---

148 Occorre porre l'attenzione sulla struttura dei beni DEA: fiabe, poesie, storie, etc. possono essere considerati beni strutturalmente semplici, in quanto costituiti da un solo elemento percepibile con i sensi e in quanto il loro rilevamento può limitarsi alla trascrizione, ovviamente tenendo conto del contesto in cui sono inseriti; mentre i riti o le feste, possono considerarsi beni strutturalmente complessi, in quanto formati da diversi elementi costitutivi: comportamenti collettivi condivisi (es. una processione), musiche (a loro volta beni complessi), danze, etc. che, in sé per sé, presi singolarmente, questi elementi possono non mostrare interesse culturale, ma nel complesso lo dimostrano.

149 Il virgolettato appartiene a BRAVO – TUCCI, cit., pp. 39-40.

150 Ibidem, p. 41.



nifestazione culturale), è gioco forza ammettere che per tali supporti e, dunque, per il loro contenuto, si può attuare un riconoscimento del valore culturale *de iure*, così come disposto dall'art. 10, comma 2, del Codice. In altre parole, tutto ciò che viene raccolto dai musei o dagli archivi, si badi bene, di rilievo pubblicitico, quindi rientranti nei luoghi della cultura dello Stato, delle Regioni, degli Enti locali, Università, etc., è da considerarsi bene culturale. In cosa consistono queste raccolte? Si tratta di qualsiasi supporto materiale in grado di contenere qualsiasi tipo di registrazione riproducibile o meno; in altre parole, tali supporti possono consistere in documenti cartacei, registrazioni su supporti analogici o digitali, videoriprese, anch'esse su supporti analogici o digitali, nonché grafici, cartografie, etc.; in generale qualsiasi documento idoneo a riprodurre sia la manifestazione culturale, sia il suo contesto. Ora non resta che fare una breve panoramica sui musei e sugli archivi di rilievo pubblicitico che si occupano della raccolta e conservazione dei beni culturali immateriali DEA: a livello statale sono attivi l'Archivio Etnico-Linguistico Musicale (AELM), il Museo dell'audiovisivo, entrambi afferenti alla Discoteca di Stato, l'Istituto centrale per la Demoetnoantropologia (ICDE) (subentrato al Museo nazionale delle arti e tradizioni popolari); questi organismi, che operano a livello nazionale e che sono inseriti all'interno delle strutture del MIBAC, sono preposti alla conservazione e diffusione delle raccolte del materiale in esse contenute e talvolta alcune di esse si sono occupate anche del rilevamento sul campo del materiale sonoro<sup>151</sup>; a livello locale esistono diversi centri archivistici o museali deputati alla raccolta e conservazione del materiale etnoantropologico immateriale.<sup>152</sup>

---

151 Come l'AELM, fino al 1982, fonte: BRAVO – TUCCI, cit., 2006, p. 46.

152 Non potendo riportarli tutti, basti qui solo citarne qualcuno: Archivio di etnografia e storia sociale (AESS) della Regione Lombardia; Archivio etnomusicale del Mediterraneo (Sicilia); Laboratorio di antropologia visiva e multimediale del dipartimento di studi umanistici dell'Università del Piemonte orientale (Vercelli); Archivio della teatralità popolare della Casa degli Alfieri (Asti); Centro etnografico Canavesano (Torino); Centro etnografico ferrarese (Ferrara); Centro di documentazione della tradizione orale (CDTO) di Sulmona; Centro interdipartimentale di ricerca audiovisiva per lo studio della cultura popolare dell'Università Federico II di Napoli; Archivio demo-antropologico (ADA) dell'Università di Potenza; Centro interdipartimentale di documentazione demo-antropologica Raffaele Lombardi Satriani (CIDD) dell'Università di Cosenza; Centro per la raccolta, lo studio e la valorizzazione delle tradizioni popolari

Questi centri di documentazione o archivi sono attivi presso le Regioni, i Comuni o le Università (anche se alcune di esse sono gestite da associazioni ONLUS), o direttamente presso le strutture inerenti al Ministero (come è il caso dell'Archivio sonoro della Puglia) quindi di rilievo pubblicistico e, in base a quanto detto in sede di analisi all'art. 10, il comma 2 reputa *beni culturali* le “raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi” e “gli archivi e i singoli documenti”, nonché “le raccolte librerie delle biblioteche” “dello Stato, delle Regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico”, (ad eccezione, come si è visto, delle biblioteche degli enti locali) in quanto si ritiene che la verifica dell'interesse culturale delle su citate raccolte o degli archivi (o dei documenti, pinacoteche, etc.) siano già stati fatti a monte, pertanto, in base alla disposizione in esame del Codice, il riconoscimento dei beni immateriali DEA avviene ogni qual volta il materiale viene raccolto e conservato in base alla normativa vigente.

Un problema che si potrebbe porre, a questo punto, è il seguente: con quali criteri si può definire un elemento del patrimonio culturale DEA un *bene culturale*? Atteso che è sufficiente la conservazione presso i luoghi della cultura della Repubblica stabiliti dall'art. 10, comma 2, si potrebbe pensare che qualsiasi elemento del patrimonio culturale DEA che entri a far parte dei suddetti luoghi possa essere definito *bene culturale*? Se si accettasse questa ricostruzione, sarebbe facile aggirare le altre disposizioni dell'art. 10, semplicemente rivolgendosi a tali istituti ed inserendo le *cose* tra i beni culturali *ipso iure*, secondo le procedure di acquisizione così com'è stato visto nel commento all'art. 10. In realtà la risposta a questa domanda è già stata data, sia dalla dottrina, sia dalla normativa vigente. Innanzitutto alcuni in dottrina hanno sostenuto che le espressioni culturali, affinché rientrino nell'orbita dell'art. 9 Cost. e, di conseguenza, siano considerate di interesse culturale da parte dell'Ordinamento, debbano raggiun-

della Provincia di Lucca; Centro di documentazione della tradizione orale (CDTO) di Piazza al Serchio (Lucca)#, infine si segnala il recente Archivio Sonoro della Puglia, promosso dall'associazione Altrosud d'intesa con il Ministero dei Beni Culturali e l'Assessorato alle Attività Culturali della Regione Puglia, istituito all'interno della Biblioteca Nazionale di Bari.

gere “il livello dell'arte o della scienza”<sup>153</sup>, altrimenti si rischierebbe di considerare di interesse culturale qualsiasi manifestazione dell'agire umano. In più il nostro Ordinamento, con l'inserimento nel Codice dell'art. 7/bis, ha dato un chiaro segnale politico di intervento in materia: vanno tutelate le manifestazioni culturali così come individuate nelle Convenzioni UNESCO; in più, le associazioni antropologiche citate in precedenza hanno di recente elencato le tipologie di beni culturali immateriali meritevoli di tutela, ed a pensarci bene, ognuna di essa “raggiunge il livello dell'arte” (balli, musiche, fiabe, rime, poesie, etc.) o “della scienza” (tecniche, saperi, modi di preparazione del cibo, etc.).

Va detto infine che è estremamente difficile raccogliere tutte le manifestazioni culturali ancora “vive” sul territorio, rilevarle e conservarle nei luoghi della cultura della Repubblica, ma oggi è in atto un notevole sforzo da parte degli “addetti ai lavori” a raccogliere e conservare le testimonianze ancora “vive” di cultura popolare. Per questo è necessario operare un *censimento*, e non una selezione, come qualcuno ha proposto<sup>154</sup>, di tutto il patrimonio culturale immateriale DEA italiano. Sembrerebbe una provocazione, considerando che l'Italia possiede innumerevoli beni immateriali, locali che sarebbe difficile soltanto elencare, inoltre si consideri che «un orizzonte di tal genere ha bisogno di ricercatori qualificati, antropologi, demologi, etnomusicologi, di sistemi di rilevazione omogenei, metodologie comuni, campagne etnografiche, compilazione di schede, infine di un sistema di informatizzazione dei documenti prodotti»<sup>155</sup>, ma si ponga l'attenzione su un dato: in campo di beni culturali c.d. “classici” (ad es., reperti archeologici) non si opera quasi mai una selezione ed anche un frammento di un'anfora, che da solo non “racconta” nulla, ha un suo valore culturale, in quanto viene sorretto da un criterio cronologico; qui il criterio è *identitario, mnemonico, contestuale, funzionale*, quindi non si può selezionare sulla

---

153 M. AINIS, cit., 1991, p. 74.

154 Si vedano le dichiarazioni dell'allora Ministro F. Rutelli, intenzionato a presentare “una lista nazionale di avvenimenti particolarmente significativi e rappresentativi del territorio”; V. E. IMBRIANI, introduzione, in Riv. Melissi, cit., p. 11.

155 P. APOLITO, cit., pp. 16-17.

base del “successo” o del “gusto artistico”, perché si tradirebbero le aspirazioni dell'UNESCO e si violerebbe l'art. 7/bis del Codice, che non fa menzione di *selezioni*, ma, lo si ripete, di “Espressioni di identità culturale collettiva”, senza null'altro aggiungere al loro ancoraggio alla materialità. Pertanto non ci sarebbe motivo di non operare un censimento, soprattutto alla luce del potenziale status di beni culturali per quelle manifestazioni non ancora registrate, conservate, catalogate, secondo la normativa vigente.

L'attività di catalogazione è un'operazione che, in base all'art. 17 del Codice, consente di conoscere il patrimonio culturale italiano già schedato e conservato nei diversi luoghi di cultura della Repubblica o presso i privati. Mentre ciò non è avvenuto, in passato, per il patrimonio immateriale DEA, in quanto talvolta si è intervenuti a catalogare i supporti già schedati e conservati presso i musei o gli altri luoghi di cultura della Repubblica, talvolta si è proceduto a catalogare il patrimonio immateriale direttamente sul campo, mediante l'emana-zione di schede apposite. Si è già detto che l'ICCD si è occupato di emanare schede di catalogazione dai criteri standardizzati su tutto il territorio nazionale, ma la mancanza di una normativa a riguardo e, soprattutto, la mancanza di coordinamento tra gli enti interessati, hanno contribuito a creare interventi frammentati e spesso poco incisivi; se si aggiunge che spesso le Regioni sono intervenute autonomamente nella catalogazione dei beni immateriali DEA, talvolta con l'emana-zione di schede autonome, è facilmente comprensibile come quest'attività non abbia trovato una prassi coerente e lineare. Ad ogni modo, al fine di approntare una corretta attività di tutela da parte della Repubblica, occorre che le attività di catalogazione avvengano successivamente alla raccolta da parte dei musei e degli archivi, locali e statali, perché solo avendo la certezza del materiale raccolto e del suo interesse culturale, si può procedere all'attività di catalogazione e di messa in rete delle informazioni e dei materiali raccolti; auspicio che pare concretizzarsi sia grazie all'accordo Stato-Regioni del 2001, sia grazie alla modifica dell'art. 17, comma 5, che rafforza il senso di collaborazio-

ne tra Stato e Regioni in materia di catalogazione. Infine esistono diversi archivi di rilievo non pubblicistico, ma decisamente importanti in quanto al loro interno è conservata una notevole quantità di materiale d'interesse etnoantropologico, uno dei più importanti è sicuramente l'Archivio sonoro dell'Istituto Ernesto de Martino (ora associazione): “nell'archivio sonoro dell'istituto sono confluiti i risultati delle ricerche sul campo di numerosi studiosi del mondo popolare e proletario. Nel complesso vi si trovano materiali di carattere musicale (canti popolari e sociali, danze, riti, rappresentazioni popolari) (...)”<sup>156</sup>.

Stabilito, dunque, che un bene immateriale DEA viene prima rilevato, mediante l'attività degli esperti nel campo, poi conservato e giudicato d'interesse culturale *ex art.* 10, comma 2 del Codice, infine catalogato secondo i dettami dell'art. 17, occorre ora capire come si può realizzare quella tutela da parte dell'ordinamento auspicata dalla scienza antropologica, raccomandata dall'UNESCO e riportata nel Codice all'interno dell'art. 7/bis. Si è visto che «le fonti orali, pur materializzate in supporti fisici che è possibile conservare, tutelare (riversare, restaurare etc.) e archiviare in quanto tali, restano immateriali nei loro contenuti e nel loro senso più profondo e si traducono tanto in beni archivistici, entro i contesti unitari dei singoli archivi di cui fanno parte, quanto in beni culturali immateriali. Tale duplicità si riflette negli aspetti normativi: come fonti archivistiche restano delle testimonianze fissate a futura memoria e la loro tutela riguarda soprattutto la conservazione dei supporti entro cui sono “contenute” e che ne consentono la possibilità di ripetizione nel tempo; come beni culturali demoetnoantropologici immateriali rinviano a modelli socialmente condivisi nei diversi contesti sociali di provenienza e costituiscono elementi di conservazione e riplasmazione della memoria, di conoscenza del patrimonio culturale e di valorizzazione del territorio»<sup>157</sup>.

---

156 BRAVO – TUCCI, cit., p. 47.

157 R. TUCCI, *Fonti orali e beni culturali demoetnoantropologici immateriali: la catalogazione mediante la scheda BDI dell'ICCD* (Seminario: Fonti orali. Esperienze di conservazione, integrazione, trattamento, Genova, 24-26 ottobre 2007).

E' sempre la memoria il punto chiave della tutela del patrimonio immateriale DEA, difatti grazie alla memoria, se presso la comunità è ancora “vivo” un elemento del patrimonio culturale impresso sul supporto e tutelato, allora esso servirà ad alimentare la memoria, a favorire processi conoscitivi e una presa di consapevolezza circa “ciò che è stato” e “ciò che è”, ma soprattutto ad orientare verso una fruizione consapevole del bene; se invece un elemento del patrimonio culturale è ormai scomparso, presso la comunità si attiveranno “processi di tipo conoscitivo, informativo, comunicativo, pedagogico”<sup>158</sup>, che magari non restituiranno vitalità al bene, ma ad ogni modo serviranno a creare una consapevolezza critica tra la comunità, la quale potrà portare almeno a conoscere il passato del proprio territorio.

Ma una tutela del supporto non equivale ad una tutela del patrimonio immateriale, le due funzioni sono distinte; mentre la necessità risiede proprio nel tutelare il patrimonio immateriale *vivente*. *Quid juris* allora? “Per salvaguardare i beni immateriali non è sufficiente conservare i supporti audio-visivi che li contengono, ma occorre esercitare una sistematica protezione critica, un'allargata e condivisa promozione basata sulla ricerca e su forme inedite di tutela, dinamiche e non statiche”<sup>159</sup>.

Ebbene è proprio l'art 7/bis a dare una risposta in tal senso. Prevedendo che la tutela si applichi alle espressioni di identità culturale collettiva solo se rappresentate da elementi materiali, presuppone una *tutela diretta* nei confronti dei supporti materiali e, di conseguenza, una *tutela riflessa* nei confronti delle manifestazioni culturali contenute in tali supporti. Ciò implica innanzitutto un impegno da parte della P.A. ad attuare interventi di tutela sulla base del materiale raccolto all'interno dei luoghi di cultura della Repubblica, e presuppone che i destinatari di tale tutela saranno i gruppi sociali portatori di tali manifestazioni culturali, ma non i singoli detentori della conoscenza, in quanto è ormai ampiamente dimostrato che il complesso culturale immateriale non è frutto di una

---

158 P. APOLITO, cit., p. 18.

159 R. TUCCI, cit.

cultura individuale, ma di conoscenze condivise, diffuse e radicate nel passato, pertanto di pubblico dominio. Si sostiene spesso che “ogni volta che un anziano cantore, un costruttore di strumenti tradizionali o una depositaria delle antiche arti della gastronomia locale muore, è come se bruciasse una biblioteca”<sup>160</sup>, ma ciò non deve indurre a pensare che il *singolo cantore* o il *singolo costruttore* o la *singola depositaria* debbano essere identificati con la cultura, ma come *fonti* di cultura tradizionale, perché, a ben vedere, essi non inventano espressioni culturali originali e nuove, ma, semmai, detengono, trasmettono o, spesso, reinventano la cultura loro trasmessa dalle generazioni precedenti, in un contesto culturale che condivide le stesse conoscenze e che consente loro di reinventare all'interno della stessa cornice culturale.

Nel caso dei beni culturali, la tutela si rifletterà, dunque, dal supporto contenente le registrazioni delle manifestazioni culturali DEA al patrimonio culturale DEA vivente, considerato come complesso di conoscenze collettive e non individuali. Ma occorre innanzitutto trovare i criteri per questo genere di tutela, distinguere tra tutela dei beni culturali *semplici* e tutela dei beni culturali *complessi* e, infine, distinguere tra *tutela riflessa* e *valorizzazione*.

Innanzitutto, com'è stato ripetutamente detto in questa sede, «Una tradizione (...) non è un repertorio di forme immutabili, bensì un processo in continua evoluzione, reso possibile dalla capacità dei suoi protagonisti di evocare memoria e di produrre cambiamento. Lavorare per i beni immateriali della tradizione orale non significa proteggere l'immutabilità di culture folkloriche pensate come residui congelati di passati localistici (come nel folklorismo fascista che relegava il mondo popolare in uno spazio di subalternità con la pretesa di esaltarne le tradizioni). Significa, piuttosto, garantire il diritto e la possibilità che la tradizione si trasformi con i suoi stessi mezzi e secondo le proprie necessità, e che la trasformazione non sia né eterodiretta né imposta»<sup>161</sup>.

---

160 V. SANTORO, *Il balletto intorno al patrimonio*, in Riv. Melissi, cit., p. 91.

161 Così scrive A. PORTELLI, in un articolo apparso sul “Manifesto” il 29 settembre 2007: «D'altra parte, la memoria stessa è soprattutto un processo: non un deposito di dati in via di progressivo disfacimento, ma una perenne ricerca di senso nel rapporto con il passato e nel riu-

Allora occorre fare attenzione, affinché la tutela non diventi “congelamento” del bene, non contribuisca alla sua scomparsa o non la porti ad essere quello che non dev'essere, ossia una “fotografia dell'esistente” che, per paura di contagio o di trasformazione, ne impedisce l'evoluzione. Dato che la cultura stessa è evoluzione, contaminazione con altri popoli ed altre culture, un percorso che non s'arresta, non è possibile entrare dentro la cultura popolare e “vincolare” l'esistente, per usare un termine presente nel Codice. Allora è necessario tenere a mente che la cultura popolare va sì salvaguardata, ma con un occhio al passato ed uno al futuro, con una politica d'intervento tesa a proteggerla senza soffocarla, senza impedirle di svilupparsi, così come l'art. 9 della Costituzione prescrive: lo sviluppo della cultura e la salvaguardia dei beni culturali sono una faccia della stessa medaglia ed è compito dei pubblici poteri quello di realizzare questi due delicatissimi compiti.

Ma ad ogni modo non si può agire in questo senso senza munirsi di determinati criteri, perché l'operato della P.A. non può svolgersi al di fuori della certezza del diritto e della conseguente certezza di criteri direttivi.

Un primo criterio si può rinvenire nella distinzione tra beni culturali immateriali DEA *semplici* e *complessi*. Per quelli *semplici* la tutela consiste nella trascrizione, diffusione, in una veicolazione del sapere intorno a questo patrimonio, ma nulla più. Non si deve commettere l'errore, però, di semplificarli troppo: anch'essi vanno contestualizzati, ma ad ogni modo la loro tutela si limiterà a quanto riportato sopra: conservazione e diffusione, secondo quel principio per cui va conservata la memoria storica.

---

so dei repertori culturali. Nessun cantore o suonatore eseguirà due volte lo stesso brano nello stesso modo, nessun narratore dirà due volte la stessa storia con le stesse parole, perché anche se vengono dal passato queste espressioni di materializzano nel presente e il presente vi irrompe con le sue domande e le sue richieste. Infatti gran parte delle forme espressive popolari sono destinate all'invenzione, all'improvvisazione: basta pensare allo stornello, al blues, all'ottava rima, persino al rap, ai muttus della tradizione sarda. In questo caso, il bene culturale non è la singola ottava o il singolo stornello, quanto la capacità del cantore o del poeta di reinventarne sempre di nuovi (...).



Per i beni immateriali *complessi* la tutela riflessa ha un ruolo più delicato, perché è facilmente constatabile che non è possibile imporre ai fruitori/executori forme di ripetitività dei comportamenti. Ma la tutela di questa tipologia di beni risiede innanzitutto nell'analisi della struttura, del contesto e della funzione e, dopodiché, nella correzione delle “distorsioni”.

*La struttura:* ogni bene immateriale complesso presenta una struttura tipica, talvolta immutabile all'interno della quale gli atteggiamenti mutevoli non ne compromettono la buona riuscita. Un primo passo per la tutela di queste manifestazioni culturali potrebbe consistere nella loro organizzazione *filologicamente corretta*. Ma questo non ne comprometterebbe l'evoluzione? Sicuramente la tutela della struttura, basandosi solo sulle registrazioni conservate presso i luoghi della cultura della Repubblica, non può mostrarsi efficace se le registrazioni sono cronologicamente datate. Ecco perché occorre che le strutture preposte al rilevamento dei beni DEA immateriali s'attivino per una raccolta continua e costante, in modo da analizzare i cambiamenti, nell'ottica dell'evoluzione. Ciò si dovrà adattare al tipo di manifestazione culturale: in molti di questi casi si tratta di “eventi connessi a scadenze cicliche annuali o pluriennali”<sup>162</sup>, negli altri casi (ad es. in un evento familiare o privato), è ovvio che l'agire dell'antropologo dovrà essere più cauto o, al limite “provocarne l'esecuzione su richiesta”. Anche da qui discende la necessità, espressa in precedenza, che per questo tipo di beni occorre calarsi nel contesto, adattare i criteri alla realtà territoriale, fermo restando che è necessario disporre di direttive e criteri generali di carattere nazionale.

*Il contesto e la funzione:* Il bene immateriale DEA ha un significato solo se inserito in un determinato contesto e svolge una determinata funzione, altrimenti perderebbe di colpo la sua “aura” di (relativa) unicità; in altre parole il bene è unico solo in relazione ad un dato tempo e ad un dato spazio. Del resto questo è uno degli elementi che spesso differenzia un bene immateriale DEA

---

162 BRAVO – TUCCI, cit., 2006, p. 37.

da un'attività culturale. Per fare un esempio, un rito come quello della *processione dell'Addolorata* e della *processione dei Misteri*, che si svolgono ogni anno, il giovedì ed il venerdì santo, a Taranto<sup>163</sup>, non avrebbero senso se venissero svolte in un'altra città (diverso contesto), perché si perderebbe il rapporto tra il rito ed il suo territorio, inoltre non si troverebbe lo stesso *animus d'identificazione* tra gli esecutori o fruitori del rito di un altro posto. Questo per dire che corre sempre un rapporto d'identificazione tra la manifestazione culturale e il gruppo d'appartenenza. Una riproposizione del rito su citato, fatta in un'altra città o in un altro periodo dell'anno (in cui mancherebbe il legame con la funzione) sarebbe da considerarsi un'attività culturale, volta a far conoscere, diffondere e

---

163 Processione Dell'addolorata. Alla mezzanotte tra il Giovedì e il Venerdì Santo, ha inizio il Pellegrinaggio della B.V. Addolorata. La statua della Vergine è portata in processione dalla Confraternita di Maria SS. Addolorata e San Domenico. Il corteo religioso parte dalla Chiesa di San Domenico in città vecchia e raggiunge alle prime luci dell'alba la città nuova. La durata complessiva di questa processione è di 14 ore. I confratelli indossano l'abito di rito composto da un camice bianco stretto in vita e sui polsi un rosario con medaglie a carattere religioso che pende alla destra del camice, una cinta di stoffa nera che pende alla sinistra del camice, la mozzetta di colore nero con il medaglione raffigurante la Vergine Addolorata, un cappuccio bianco calato sul volto tutta la notte con due fori all'altezza degli occhi, un cappello di colore nero calato sulle spalle, una finta corona di spine sul capo e infine scarpe nere e guanti bianchi. La processione è aperta dalla troccola (strumento in legno che produce un caratteristico suono), le pesàre (gli unici bambini che partecipano alla processione), la Croce dei Misteri, i crociferi, 14 poste (coppie di confratelli), il trono e infine la statua dell'Addolorata portata a spalle da quattro confratelli in abito di rito e da quattro forcelle in abito scuro. Processione Dei Misteri. Questa Processione è organizzata dalla Confraternita di Maria SS. Del Carmine. Percorre il solo centro cittadino e dura complessivamente 15 ore. L'abito di rito dei confratelli è composto dal camice bianco, una cinta nera, il rosario, lo scapolare (simbolo distintivo dei devoti della Vergine del Carmine), la mozzetta di color crema, il cappello nero bordato di azzurro calato sulle spalle e il cappuccio bianco calato sul volto. Tutti i confratelli in abito di rito camminano rigorosamente scalzi. Anche questa processione è aperta dal troccolante; seguono il gonfalone, la Croce dei Misteri, le statue di Cristo all'orto, Cristo alla Colonna, l'ecce Homo, la Cascata, il Crocifisso, la Sacra Sindone, Gesù morto e l'Addolorata. Tra le statue si sistemano 24 poste. Elemento essenziali della Settimana Santa tarantina sono le marce funebri eseguiti dalle bande ingaggiate dalle confraternite. L'andatura lentissima di tutti i partecipanti alle processioni prende il nome di nazzicata. Tratto da: <http://www.settimanasantainpuglia.it> I riti della Settimana Santa a Taranto hanno radici profonde nel tempo, in quanto sono da far risalire all'epoca della dominazione spagnola nell'Italia meridionale. Le manifestazioni per ricordare la Passione e la morte di Cristo hanno ancora molte affinità con quelle di alcune città della Spagna. Furono introdotti a Taranto dal patrizio tarantino Don Diego Calò, il quale sul finire del seicento, fece costruire a Napoli le statue del Gesù Morto e dell'Addolorata. Nel 1765 il patrizio tarantino Francesco Antonio Calò, erede e custode della tradizione della processione dei Misteri del Venerdì Santo, dona alla Confraternita del Carmine le due statue che componevano la suddetta processione, attribuendole l'onore e l'onere di organizzare e perpetrare quella tradizione cominciata circa un secolo prima. Tratto da: [http://it.wikipedia.org/wiki/Settimana\\_Santa\\_di\\_Taranto#Storia](http://it.wikipedia.org/wiki/Settimana_Santa_di_Taranto#Storia)

valorizzare un rito, ma non sarebbe più un bene culturale, in quanto mancherebbero gli elementi necessari.

Ora non resta che accennare a possibili forme di concretizzazione della *tutela riflessa* ai beni immateriali.

Innanzitutto, tenendo a mente il principio per cui la salvaguardia dei beni immateriali è soprattutto salvaguardia della memoria, una prima forma di attuazione è la diffusione dei musei locali o degli eco-musei<sup>164</sup> soprattutto nei territori al cui interno è ancora “vivo” il patrimonio culturale immateriale DEA. Già molte Regioni hanno provveduto all'istituzione di musei locali etnoantropologici o di eco-musei, ma oggi, sulla scorta dell'art. 7/bis, l'Ordinamento ha il dovere di sviluppare le politiche necessarie per la salvaguardia del patrimonio immateriale, pertanto, nelle forme del coordinamento *ex art. 4* del Codice, è necessario uniformare le pratiche e stabilire una diffusione stabile e capillare dei musei ed eco-musei anche nei territori in cui gli enti locali non si sono finora attivati.

Ancora, altra forma di mantenimento in vita della memoria consiste nell'organizzazione, all'interno del sistema scolastico, di insegnamenti circa la cultura popolare locale. Assunto che lo Stato si deve fare carico di mantenere in vita la memoria collettiva, uno dei migliori veicoli di diffusione della cultura popolare locale è (in carenza della diffusione verticale *da padre a figlio*) proprio il luogo di cultura per eccellenza: la scuola.

Un'altra forma d'intervento può consistere nel monitorare l'organizzazione delle manifestazioni culturali (in particolare feste o riti) ed intervenire in caso di “distorsioni”. Il particolare status di beni culturali per il patrimonio immateriale DEA deve per forza di cose presupporre un controllo sull'organizzazione delle manifestazioni culturali e, necessariamente, delle forme di protezio-

<sup>164</sup> Gli eco-musei sono una recente introduzione in Italia. Il termine è nato in Francia agli inizi degli anni Settanta, coniato da Georges-Henry Rivière e Hugues De Varine, entrambi museologi. Questa nuova concezione intendeva mettere in rilievo il carattere essenziale e organico del rapporto di questa istituzione con il suo territorio, con l'ambiente e con la popolazione e insiste sul coinvolgimento di quest'ultima. Per una lettura più approfondita sulla tematica, V. BRAVO – TUCCI, cit., pp. 63 ss.

ne che si sostanzino in interventi di tipo conservativo, ma senza disincentivarne l'evoluzione. Anche in questo caso deve operare sia un bilanciamento degli interessi tra naturale evoluzione ed esigenze di tutela, sia il principio di ragionevolezza, che impone ancora di calarsi nel contesto e adattare gli strumenti di tutela ai particolari beni immateriali DEA di quel dato territorio. Per tornare agli esempi fatti in questa sede, La festa di S. Rocco di Torrepaduli si svolgerebbe più correttamente con una migliore logistica della zona interessata, ad esempio intervenendo con il vietare la presenza dei chioschi ambulanti che disturbano l'esecuzione del rito o con il vietare l'organizzazione di attività culturali in prossimità della festa, che ne snaturano la funzione. Come diversi articoli del Codice vietano alcuni comportamenti ritenuti dannosi nei confronti dei beni culturali<sup>165</sup>, così la tutela riflessa deve concretizzarsi in interventi di censura nei confronti di comportamenti non rispondenti allo spirito della manifestazione. Infatti «se riconosciamo alle feste, alla musica e alla danza lo status di beni culturali, nazionali e dell'umanità, allora dobbiamo cominciare a riflettere sulle modalità di accesso e di salvaguardia. E poiché si tratta di beni culturali viventi, ciò non può venire affrontato senza forti imperativi etici nei confronti dei soggetti sociali protagonisti»<sup>166</sup>.

---

165 Si V., a titolo di esempio, l'art. 51, "Studi d'artista", il quale dispone che: "E' vietato modificare la destinazione d'uso degli studi d'artista nonché rimuoverne il contenuto, costituito da opere, documenti, cimeli e simili, qualora esso, considerato nel suo insieme ed in relazione al contesto in cui è inserito, sia dichiarato di interesse particolarmente importante per il suo valore storico, ai sensi dell'articolo 13.

E' altresì vietato modificare la destinazione d'uso degli studi d'artista rispondenti alla tradizionale tipologia a lucernario e adibiti a tale funzione da almeno venti anni.

166 Così scrive R. TUCCI, *Come salvaguardare il patrimonio immateriale? Il caso della scherma di Torrepaduli*, cit., p. 10, in cui si legge anche: «A Montemarano, ad esempio, i suonatori della tarantella non permettono a chiunque di unirsi a suonare con loro durante il carnevale: se mai, concedono tale "onore" solo a persone scelte da loro stessi, con le quali hanno da tempo costruito un rapporto personale e di cui si fidano sul piano musicale. Del resto, a chi verrebbe in mente di inserirsi, con il proprio strumento musicale o con la propria voce o con il proprio corpo, in un contesto culturale "ufficiale", quale può essere un concerto (di un'orchestra, di una banda, di un gruppo rock), o uno spettacolo di danza e di teatro? Perché, invece, gli spazi della cultura "popolare" possono venire tranquillamente occupati, senza neanche chiedere il permesso?».

Ovviamente tali interventi potrebbero non essere sufficienti, ma potrebbero essere già un primo passo per una maggiore consapevolezza circa l'importanza del rito. Mentre tali problematiche non si riscontrano, ad esempio, nelle musiche popolari, le quali presentano diverse peculiarità. Come porsi di fronte alle riproposizioni di canti tradizionali in chiave musicale diversa? Ad esempio, un brano di musica popolare sarda cantato in chiave rock? O, ancora, come porsi di fronte a testi nuovi in chiave musicale tradizionale<sup>167</sup>? Qui i compiti dell'ordinamento si fanno più delicati, perché se si scegliesse di operare una tutela stringente nei confronti delle musiche tradizionali e, di conseguenza, una censura nei confronti delle espressività decisamente non tradizionali, si correbbe il rischio di entrare nella sfera della libertà d'espressione dell'individuo, violando in questo modo diversi dettami costituzionali, tra i quali lo stesso art. 9, l'art. 33 e, non ultimo, l'art. 21. Anche in questo caso è facilmente intuibile che occorre operare un bilanciamento degli interessi, questa volta tra la libertà d'espressione e le esigenze di tutela.

*Quid juris* in questo caso? L'unica soluzione sembrerebbe essere quella di alimentare la memoria dei processi musicali tradizionali, ossia diffondere, all'interno del gruppo d'appartenenza e, più in generale, tra i fruitori, i canoni musicali tradizionali, in modo da creare consapevolezza circa le forme musicali tradizionali e, così, favorire eventuali processi di contaminazione basati sulla conoscenza e non sull'improvvisazione o, peggio, sulle mode del momento, spesso cavalcate da gruppi di riproposta improvvisati e favorite da politiche locali non sempre lungimiranti<sup>168</sup>. Considerata l'importanza del patrimonio musicale DEA, si sono concretizzate operazioni di salvaguardia decisamente efficaci in questo senso, infatti «in virtù del valore estetico che nei beni musicali si evidenzia come valore aggiunto, l'etnomusicologia ha coltivato la prassi di realiz-

---

167 Si v. ad esempio l'ottimo risultato ottenuto dal gruppo di musica popolare "Aramirè" che, nell'album "mazzate pesanti" propone tematiche d'attualità in chiave musicale tradizionale. V. [www.aramirè.it](http://www.aramirè.it)

168 In questo senso si veda V. SANTORO, *Il "movimento della pizzica" e la politica delle istituzioni locali*, in Riv. Melissi, n. 10/11, Nardò (Lecce), 2005.

zare prodotti discografici a partire dalle registrazioni sul campo. Il disco rappresenta un'importante forma di mediazione culturale e di patrimonializzazione e valorizzazione delle musiche etniche e dei musicisti popolari, che hanno così l'opportunità di venire conosciuti oltre le proprie comunità di appartenenza»<sup>169</sup>.

Un ultimo intervento, legato a quanto appena detto, può consistere nella realizzazione di politiche volte ad ottenere un *turismo consapevole*, che si può realizzare solo attraverso la cooperazione tra Ministero, enti territoriali e privati in un'ottica di piena collaborazione. E' pacifico che la rivitalizzazione delle tradizioni popolari abbia portato ad una maggiore attrazione turistica, soprattutto negli ultimi anni, e grazie alla loro valorizzazione da parte del c.d. mercato culturale, oggi si assiste a continui flussi turistici in quanto l'Italia «è da sempre meta di visitatori attratti non solo dalla presenza di uno o più beni culturali, ma da quel “continuum” che lega strade, edifici, tradizioni culturali, e storia della singola città e dell'Italia intera. Un “continuum” che ha portato alla definizione dell'Italia quale “museo a cielo aperto” e che svolge un ruolo di attrattore forte per il turista culturale, interessato sia a conoscere le città d'arte, e i loro beni culturali, sia il paesaggio, le tradizioni popolari, l'enogastronomia e ogni altra rappresentazione culturale, come i concerti e le esibizioni artistiche»<sup>170</sup>.

Pertanto è facilmente intuibile quanto sia necessario che lo Stato, le Regioni e gli enti locali sviluppino politiche turistiche non solo di attrazione, ma anche di *informazione* sul patrimonio culturale italiano. Da questo punto di vista si può comprendere che nell'attuale sistema di riparto delle competenze non è facilmente applicabile una visione del genere, perché Regioni e comuni hanno ormai diverse competenze in materia e lo Stato non è più l'unico soggetto abilitato ad intervenire in materia<sup>171</sup>.

Nella prassi, l'attività dei comuni in materia turistica ha sempre privilegiato la valorizzazione del patrimonio immateriale rispetto alla sua tutela e le atti-

169 BRAVO – TUCCI, cit., p. 42.

170 A. PAPA, *Il turismo culturale in Italia: Multilevel Governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2007, pp. 1-2.

171 A. Papa, cit., p. 10.

vità di tutela da parte delle Regioni si stanno sviluppando solo negli ultimi anni in modi, si è visto, non sempre coerenti rispetto alla necessità di forme di tutela unitarie. Questo comporta una “visione generale” del problema che “viene inevitabilmente persa di vista man mano che si discende nei livelli locali”<sup>172</sup>, e che contribuisce, in mancanza di coordinamento tra i vari livelli di governo, e tra pubblico e privato, a lasciare gran parte delle funzioni in materia turistica in mano ai comuni (nonché ai privati, alle associazioni culturali, etc.), i quali pur avendo dimostrato “negli ultimi anni una grande vivacità in materia” hanno spesso attuato “iniziative disorganiche e talvolta duplici”<sup>173</sup>, in un'ottica di promozione delle eccellenze, talvolta mascherata da valorizzazione delle tradizioni<sup>174</sup>. Occorre, dunque, un coordinamento tra i vari livelli di governo al fine di approntare politiche di promozione turistica che siano in grado non solo di attrarre turismo, ma anche di informarlo, renderlo partecipe e consapevole di quello che una cultura ha rappresentato e rappresenta per un dato territorio.

Al termine di questo punto va detto, a scanso di equivoci, che nel momento in cui una comunità non s'identifica più in un rito o in un comportamento collettivo, non è detto che la Repubblica debba forzarla a continuare ad utilizzarlo, perché significherebbe privare una comunità anche del (sacrosanto) diritto di smettere una certa pratica<sup>175</sup>. A questo punto la tutela di II grado si ri-

---

172 Il virgolettato è di E. SCALFARI, cit.

173 Il virgolettato è di A. PAPA, *ivi*.

174 E' il caso della Notte della Taranta, un concerto che si svolge da diversi anni nel comune di Melpignano (Lecce) e che, nelle intenzioni degli organizzatori, è volto alla diffusione della cultura popolare salentina e ad una proposta di dialogo tra la musica tradizionale e le espressioni musicali “altre”. Tale evento ha goduto nel tempo di importanti finanziamenti pubblici, in più è stato oggetto più volte di interesse da parte di diversi esponenti politici per ottenere, da parte dell'UNESCO, il suo inserimento nella liste dei beni immateriali patrimonio dell'umanità. Questo esempio è sintomatico di come una classica attività culturale di promozione del territorio possa essere confusa per un bene immateriale DEA, in mancanza di chiare ed unitarie politiche di tutela e di promozione turistica consapevole che coinvolgono Stato ed enti territoriali.

175 Scrive R. TUCCI, *Come salvaguardare il patrimonio immateriale?* cit., pp. 1-2: «Chi può imporre a una comunità locale di “conservare” una festa, oppure stabilire le modalità secondo cui una festa si deve svolgere? Sappiamo che la festa è un fatto sociale: dunque non vi possono essere obblighi per la sua realizzazione, se non quelli derivati da istanze locali. Se queste vengono meno, la festa decade perché non più sostenuta dalla sua motivazione di base. Del resto, se anche fosse possibile conservare una festa non più sentita, non più voluta, che senso avrebbe farlo, ai fini di una politica di conoscenza, di valorizzazione e di salvaguardia dei beni culturali? Lo

durrà ad una tutela di I grado, ossia si tuteleranno i supporti, senza estenderla ai fruitori/executori. Ciò per una esigenza di informazione, consapevolezza, ma non più di tutela dell'immateriale.

Ora, per non incorrere in confusioni concettuali, occorre distinguere tra tutela riflessa e valorizzazione, poiché alcune funzioni ed attività elencate in questa sede possono essere considerate funzioni ed attività sia di tutela che di valorizzazione.

Innanzitutto, riprendendo le definizioni, una prima distinzione si può rinvenire proprio nella prima attività riguardante i beni immateriali DEA, ossia il loro rilevamento. Difatti la locuzione “individuare i beni costituenti il patrimonio culturale”, contenuta nell'art. 3, letta in *comb. disp.* con l'art. 7/bis del Codice del 2004, impone proprio ciò allo Stato: individuare il patrimonio immateriale DEA, raccoglierlo e, dopo la raccolta, considerarlo un bene culturale *de iure*. La seconda locuzione, “garantirne la protezione e la conservazione”, ancora contenuta nell'art. 3, si può scindere in due attività distinte: la prima riguarda la protezione e conservazione dei supporti contenenti le testimonianze di identità culturale, con i tipici sistemi di conservazione previsti dal Codice; la seconda, che si sostanzia nella su citata tutela riflessa, consiste nell'attuare quegli interventi di conservazione della memoria; diffusione delle conoscenze; monitoraggio dell'organizzazione di feste riti e manifestazioni culturali (pubbliche, ovviamente), per controllare che siano coerenti con i requisiti di contesto, funzione e struttura; creazione dei presupposti per un turismo consapevole; etc.

Partendo dall'assunto che la tutela spetta allo Stato, mentre la valorizzazione spetta agli altri livelli di governo, qui si può rinvenire una seconda distinzione. Le attività elencate sopra vanno svolte dallo Stato, anche se non solo da esso, infatti si è visto che gli artt. 4 e 5 del Codice, pur prescrivendo l'esercizio unitario delle funzioni di tutela, consentono al Ministero di conferire le funzio-

---

stesso UNESCO, in tutte le sue azioni sul patrimonio intangibile dell'umanità, si riferisce sempre a patrimoni viventi, che assumono valore in quanto tali e che quindi non si possono e non devono venire “imbalsamati?”».



ni di tutela alle Regioni, mediante forme di intesa e coordinamento previste dall'art. 5.

Un'altra differenza tra la tutela riflessa e la valorizzazione la si può riscontrare nella lettera dell'art. 6, dove, parlando di promozione della conoscenza del patrimonio culturale e di assicurazione delle migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, sembra fare riferimento, nel caso del patrimonio immateriale DEA, ad attività di promozione del patrimonio stesso, quindi, in definitiva, ad attività culturali. Si è già detto che le due attività sono funzionali alla conservazione dei beni, sia pure per garantirla, nel caso della tutela, e promuoverla e sostenerla, nel caso della valorizzazione, pertanto non sembra difficile immaginare che la tutela riflessa si sostanzia in attività volte a conservare la memoria, ad alimentarla e a favorire i presupposti affinché le manifestazioni culturali “vive” possano continuare a svolgersi; mentre le attività di valorizzazione nei confronti del patrimonio immateriale “vivo” si sostanziano in attività di diffusione della conoscenza circa il contenuto culturale, senza badare al suo rapporto con i requisiti illustrati sopra.

Ora non resta che affrontare un ulteriore argomento, ossia il rapporto intercorrente tra i beni immateriali che *si sostanziano in* o che *comprendono una res*. Per loro occorre una menzione particolare, perché va chiarito se la loro tutela discende da disposizioni specifiche del Codice oppure se la tutela riflessa dell'immateriale si rifletterà a sua volta sul bene materiale. Questione di non poco conto, perché è stato più volte detto che l'art. 10 del Codice prevede la tutela per i beni etnoantropologici, ma li vincola a limiti temporali e li sottopone a procedimenti di interesse culturale che, nel caso di gran parte dei beni DEA materiali, si potrebbero concludere con un nulla di fatto, giacché una miriade di beni DEA “effimeri” o ampiamente diffusi sul territorio non possono mostrare interesse culturale e sicuramente non rientreranno nei concetti di “interesse particolarmente importante” di cui all'art. 10, comma 3, lett. *d*), anche se si vo-

lesse ricondurli, con una certa forzatura, nell'alveo delle cose d'interesse "storico-identitario"; allora *quid juris* anche in questo caso?

Intanto, per chiarire l'ambito della questione, occorre portare qualche esempio: la tecnica di costruzione delle c.d. *cascine* o delle c.d. *volte a stella*, o la tecnica di costruzione di uno strumento musicale popolare, etc., sono saperi, tecniche, che si sostanziano in una cosa; la tecnica di utilizzo di uno strumento musicale popolare è un bene immateriale che si relaziona con la cosa, il quale in sé per sé sarebbe privo d'utilità e privo di interesse culturale, ma la cosa (in questo caso lo strumento musicale) gli conferisce interesse culturale. Si possono tutelare queste cose? E se la risposta è affermativa, *come* si possono tutelare?

Da quanto è stato detto finora, la risposta pare essere affermativa; non solo si possono tutelare, ma si debbono tutelare, in quanto tali cose rappresentano una componente essenziale della cultura di un popolo e non parrebbe avere senso tutelare l'immateriale e non tutelare le cose che con l'immateriale si relazionano. A questo punto resterebbe da vedere *il come*. Anche se si volesse applicare l'art. 10 del Codice, che in alcuni casi apre a questi tipi di beni, come la lett. l) del comma 4, la quale tutela le architetture rurali, e anche se si accettasse di "sacrificare" i beni DEA materiali aventi meno di 50 anni e si puntasse alla tutela dei beni "vecchi", sarebbe un buon modo per tutelare almeno le *cose* testimonianza di un passato remoto, che spesso oggi trovano ancora utilizzo (si pensi a molti strumenti musicali popolari, oggi ampiamente diffusi), ma non si potrebbero tutelare tutte le testimonianze materiali, giacché resterebbero fuori, ad es., la tecnica di costruzione di strumenti musicali d'origine vegetale, o la tecnica di preparazione del cibo (o la c.d. "*dieta mediterranea*" tutelata dall'UNE-

SCO<sup>176</sup>), che si sostanziano in cose, ma deperibili. Come fare allora con queste testimonianze, meritevoli anch'esse di tutela?

L'unica soluzione pare essere quella della *tutela riflessa di II grado*, ossia di una tutela che, riflettendosi sul patrimonio immateriale DEA, a sua volta si riflette sul patrimonio materiale che ha una relazione stretta con quello immateriale. Adottando questa impostazione, si potrebbe tutelare il bene non in quanto tale, e non tutti i beni intesi nella loro totalità, ma in quanto *simbolo* culturale. In altre parole verrebbe riconosciuto il valore culturale di un oggetto, anche se di recente costruzione, in quanto operante nel tessuto culturale di un dato popolo.

Pertanto, nelle collezioni museali si potrebbero esporre sia gli oggetti di interesse etnoantropologico aventi più di 50 anni (in base all'art. 10, comma 1), sia gli oggetti che, in base all'art. 7/bis e alla tutela riflessa, mostrano un legame stringente con il patrimonio culturale immateriale DEA.

A ben pensarci, le realizzazioni audiovisive, i questionari e tutto il materiale predisposto dai centri di raccolta (archivi, musei, centri di documentazione, ICCD, etc.) per la documentazione dei saperi e delle tecniche portano già di per sé ad un riconoscimento implicito del valore simbolico del bene prodotto dai saperi. Per fare un esempio, documentare la tecnica di produzione del vino e successivamente raccoglierla e tutelarla porta a riconoscere come d'interesse culturale la tecnica, ma anche il suo prodotto, ossia il vino, quindi quest'ultimo assumerà quell'efficacia simbolica a norma dell'art. 7/bis, in quanto sarà un prodotto delle espressioni d'identità culturale, tutelabile in quanto simbolo, non

---

176 Il 16 novembre 2010 a Nairobi in Kenya il Comitato Intergovernativo della Convenzione Unesco sul Patrimonio Culturale Immateriale approva l'iscrizione della Dieta Mediterranea nella Lista del Patrimonio Culturale Immateriale, riconoscendo con questa definizione le pratiche tradizionali, le conoscenze e le abilità che sono passate di generazione in generazione in molti paesi mediterranei fornendo alle comunità un senso di appartenenza e di continuità.

Il riconoscimento del 2010 ha accolto la candidatura transnazionale di Italia, Spagna, Grecia e Marocco, che nel 2013 è stata estesa anche a Cipro, Croazia e Portogallo. Tratto da <https://www.unesco.it/it/patrimonioimmateriale/detail/384>

in quanto singolo prodotto. Insomma, una sorta di *marchio di qualità* in chiave identitaria.

### **Conclusioni**

Com'è stato ampiamente dimostrato in questo contributo, appare del tutto improbabile scollegare la tutela dei beni culturali dalla propria materialità. Il legislatore ha provato a farlo, ma è risultato alquanto complesso attuare strumenti di tutela su elementi eterei e non dotati di alcuna materialità. A ben pensarci, nessun elemento immateriale lo è *in re ipsa*, in quanto anche il canto abbisogna dell'elemento materiale della corporalità del proprio esecutore per poter essere, appunto, eseguito. Anche la processione dei misteri di Taranto non può definirsi culturale senza i corpi che la compongono. Dunque non si può prescindere dalla materialità né si può affermare che esista un bene immateriale in senso stretto.

Ecco che l'attuale codice ci fornisce un orientamento: per attuare strumenti di tutela occorre che essi si sostanzino in una *res*. Dato che appare del tutto improbabile tutelare l'essere umano, esecutore, è invece più probabile farlo attraverso le registrazioni audio-video, condotte con scrupoloso metodo scientifico da parte della scienza antropologica, in sinergia con quella giuridica, al fine di garantire una tutela dinamica, viva, che possa servire a tutelare i beni DEA vivi sul territorio. Fulcro di siffatti strumenti di tutela è il processo di catalogazione, da parte dei luoghi di cultura della Repubblica, sia di quelli statali che di quelli locali, nell'ottica del principio di leale collaborazione.

Com'è stato visto, ciò favorisce una forma di tutela di secondo grado, ovvero riflessa, sugli elementi culturali ancora vivi sul territorio, in modo da tutelarli e, al contempo, correggere le storture che possono degradarli o mutarli al di fuori della volontà dei propri esecutori/fruitori.

Processo decisamente delicato e non di facile esecuzione, posto che l'intromissione della Pubblica Amministrazione nei processi culturali di per sé è elemento di disturbo, al pari delle intromissioni del mercato o di elementi alie-

ni. Ma l'operazione appare necessaria, in quanto siamo con tutta evidenza in un processo di degradazione del Patrimonio culturale, a livello globale, e se i moniti dell'UNESCO si fanno sempre più pressanti è perché l'appiattimento globale delle diversità culturali è giunto alla sua piena maturazione. Dunque è compito della Repubblica promuovere la tutela e lo sviluppo della cultura, anche delle espressioni di identità collettiva, che rappresentano la complessità dell'*Itala gente de le molte vite*.

P.A. Persona e Amministrazione  
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia  
Legal Research on Public Administration and Economics  
2023 n. 1 Vol. XII