

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

2 / 2023

APRILE - GIUGNO

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche ANVUR con Delibera del Consiglio Direttivo n. 117 del 26.05.2022

VICEDIRETTORE E RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena Buoso, Prof. Gherardo Carullo, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haerberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Prof. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Pierandrea Corleto, Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Massimo Giavazzi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Matteo Palma, Giulia Re Ferrè, Leonardo Scuto, Federico Votta

RESPONSABILI OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA: Gherardo Carullo, Stefano D'Ancona, Massimo Giavazzi

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)

- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)
- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte costituzionale, Italia)
- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistrian di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)

- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed

internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2023, 2, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

CRISTIANO CELONE, <i>La speciale disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche</i>	1
TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>L'ordine giuridico del digitale</i>	36
EVA MARIA MENÉNDEZ SEBASTIÁN, <i>L'intelligenza artificiale nel settore pubblico: sulla perenne ricerca di un equilibrio tra efficienza e garanzie</i>	66
BRUNA ŽUBER E GIACOMO BIASUTTI, <i>L'udienza di discussione nel contenzioso amministrativo come diritto umano: un confronto tra il sistema sloveno e quello italiano</i>	85

RASSEGNE E COMMENTI

MARCELLO CLARICH, <i>Concorrenza, regolazione e intervento dello Stato nell'economia</i>	123
ALBERTO DI MARIO, <i>Sanzioni urbanistico-edilizie e canone di proporzionalità, alla luce dei principi sovranazionali</i>	132
ROSARIO FERRARA, <i>Il servizio sanitario nazionale oggi e gli operatori privati nel campo della sanità: qualche semplice spunto di riflessione</i> ...	171
NICOLETTA RANGONE, <i>Concorrenza e regolazione alla luce del principio di residualità, in un mondo che cambia</i>	190

NOTE E RELAZIONI

CLAUDIO FRANCHINI, <i>Sfide attuali e prospettive future della giustizia amministrativa: un'introduzione</i>	206
--	-----

CERIDAP

ANTONIO BARONE, <i>Brevi considerazioni sul dialogo tra le Corti alla luce di alcune recenti riforme processuali</i>	211
FULVIO CORTESE, <i>Sfide presenti e future della giustizia amministrativa italiana</i>	217
PIER LUIGI PORTALURI, <i>Immagini da un futuro possibile: il paradigma della legittimazione ad agire</i>	226
MARIA ALESSANDRA SANDULLI, <i>Le problematiche della giustizia amministrativa del Terzo Millennio</i>	235

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

FEDERICO FINAZZI, <i>Consiglio di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084</i>	244
GIULIA RE FERRÈ, <i>Consiglio di Stato, Sez. V, 22 marzo 2023, n. 2911</i>	249
LEONARDO SCUTO, <i>Cassazione Civile, Sezioni Unite, 1 febbraio 2023, n. 3077</i>	252

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

ANTONIO BARONE, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Catania.

GIACOMO BIASUTTI, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Trieste.

CRISTIANO CELONE, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Palermo.

MARCELLO CLARICH, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, "Sapienza" Università di Roma.

FULVIO CORTESE, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Trento.

ALBERTO DI MARIO, Consigliere TAR Lombardia-Milano.

ROSARIO FERRARA, Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.

FEDERICO FINAZZI, Avvocato nel Foro di Milano.

CLAUDIO FRANCHINI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

TOMMASO EDOARDO FROSINI, Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

EVA MARIA MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

PIER LUIGI PORTALURI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo,
Università del Salento.

NICOLETTA RANGONE, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo,
Università LUMSA.

GIULIA RE FERRÈ, Dottoranda di Ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo (curriculum Diritto amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano.

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi Roma Tre.

LEONARDO SCUTO, Dottorando di Ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo (curriculum Diritto amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano.

BRUNA ŽUBER, Professore Associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Lubiana.

La speciale disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche

Cristiano Celone

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-16

Le opere pubbliche costituiscono uno degli oggetti principali e più qualificati della ordinaria disciplina urbanistica ed edilizia, cionondimeno ne sono generalmente sottratte. È a partire dagli anni Settanta del secolo scorso che vengono via via introdotte leggi di settore che attribuiscono ai procedimenti di localizzazione e realizzazione di differenti tipologie di opere pubbliche l'effetto di derogare sia alle previsioni del piano regolatore generale, evitando la procedura ordinaria di variante al piano, sia alla disciplina generale sui titoli abilitativi. Nella stessa direzione si sono mossi i decreti legge n. 77/2021 e n. 36/2022 con riferimento alle opere, agli impianti e alle infrastrutture necessari alla realizzazione di obiettivi strategici dell'Unione europea per la transizione ecologica e energetica del Paese compresi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e nel Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC). Lo scritto spiega le cause di questa sostanziale "deplanificazione" delle opere pubbliche e analizza soprattutto i regimi speciali individuati dal testo unico dell'edilizia.

The special urban planning and building regime relevant to of public works

Public works constitute one of the main objects of ordinary urban planning and building regulations. However, since the 1970s, laws have been gradually introduced with the effect of derogating either from the provisions of the general land use plan or from the general discipline on authorization procedures to build. The decree-laws n. 77/2021 and n. 36/2022 have continued this trend with reference to projects necessary to achieve the strategic objectives of the European Union for the country's ecological and energy transition included in the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) and the Integrated National Plan for Energy and Climate (PNIEC). This paper explains the causes of this substantial "deplanning" of public works the special regimes identified by the consolidated text on construction.

Sommario. 1. Opere pubbliche in deroga al piano urbanistico e alla disciplina generale dei titoli edilizi. - 2. Opere concordate da più amministrazioni pubbliche. - 3. Opere statali e di interesse statale. - 4. Opere comunali.

1. Opere pubbliche in deroga al piano urbanistico e alla disciplina generale dei titoli edilizi

Filippo Salvia nel suo fondamentale manuale di diritto urbanistico, giunto nel 2021 alla quarta edizione, riesce a ricomporre magistralmente, anche attraverso utili riferimenti storici, le coordinate del sistema e la debole trama di una materia soggetta a continue tensioni, a causa soprattutto di una disciplina urbanistica non unitaria per tutto il Paese (in virtù dell'avvento del regionalismo) e di una copiosa legislazione di settore finalizzata alla cura di altri interessi pubblici e motivata da emergenze di vario tipo, soprattutto ambientali ed economiche.

L'Autore, con riferimento al tema specifico di questo contributo^[1], chiarisce subito come (anche) le opere pubbliche e di interesse pubblico^[2], pur costituendo uno degli oggetti principali e più qualificati della ordinaria pianificazione urbanistica di livello comunale, vengono quasi sempre decise fuori dal contesto pianificatorio e immesse *ex post* nel piano attraverso procedimenti urbanistici atipici (ovvero attraverso procedimenti permissivi a valenza urbanistica), che attribuiscono all'approvazione del progetto dell'opera valore di variante (del piano) e diventano il vero baricentro della politica urbanistica al posto del procedimento di formazione del piano comunale di base^[3].

Questa sostanziale "depianificazione" delle opere di interesse generale avviene tanto nella tradizionale pianificazione comunale concepita dalla legge urbanistica n. 1150 del 1942 (che costituisce ancora oggi l'unica legge organica di rango statale vigente in materia), fondata sul piano regolatore generale (tuttora operante in molti comuni), quanto nella nuova pianificazione di carattere strategico introdotta da diverse leggi regionali e basata sullo schema del piano strutturale.

Si tratta di un fenomeno che riguarda, oggi, la maggior parte degli interventi pubblici e privati di una certa dimensione (per esempio: quelli di edilizia pubblica residenziale, quelli industriali e artigianali, i grandi centri commerciali, le grandi opere e quelle collegate ai grandi eventi^[4]).

Tali opere, insieme ai piani attuativi ed ai piani speciali ad indicenza urbanistica^[5],

dotati anch'essi dalla legislazione di settore in molti casi di forza derogatoria del piano comunale di base (sia esso piano regolatore generale o piano strutturale), hanno sostanzialmente modificato il modello tradizionale, ormai datato ^[6], della pianificazione urbanistica (ereditato dalla legge n. 1150/1942), fondato sul vincolo gerarchico tra i diversi livelli di piano (in virtù del quale il piano subordinato può solo attuare e all'occorrenza sviluppare le previsioni contenute nel piano sovraordinato) e sulla programmazione (ad opera delle autorità istituzionalmente abilitate al governo del territorio) degli interventi di modifica dell'assetto del territorio all'interno dei piani (anche attraverso la procedura ordinaria ed aggravata di variante al piano, per consentirne l'adeguamento alle nuove esigenze maturate nel tempo).

Le opere pubbliche e di interesse pubblico sono quindi sottratte perlopiù alla ordinaria disciplina urbanistica, ma anche edilizia (come si vedrà), in virtù di varie leggi di settore che, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, hanno via via attribuito ai procedimenti di approvazione di gran parte dei progetti di opere pubbliche e di opere private di interesse generale l'effetto di variante delle previsioni del piano urbanistico comunale e sottratto il relativo procedimento autorizzatorio alla disciplina generale sui titoli abilitativi.

L'art. 7 del testo unico dell'edilizia, di cui al d.P.R. n. 380/2001, conferma questa specialità, individuando, attraverso i richiami contenuti nelle tre lettere in cui si suddivide l'unico comma, alcune (ma non tutte le) tipologie di opere pubbliche sottoposte a procedimenti speciali, che derogano alla disciplina generale sui titoli abilitativi: per realizzare tali opere non è infatti necessario acquisire il permesso di costruire, né presentare la segnalazione certificata di inizio di attività ^[7], né pagare il contributo di costruzione ^[8].

Il regime urbanistico ed edilizio (a carattere derogatorio) delle opere pubbliche, in particolare, si caratterizza fondamentalmente per il fatto che le decisioni delle pubbliche amministrazioni, in ordine alla localizzazione ed alla realizzazione degli interventi, sostituiscono (per ragioni di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa) il permesso di costruire dell'autorità comunale, altrimenti richiesto dalla disciplina ordinaria, e, se difformi rispetto alle previsioni del piano regolatore generale (PRG) o del piano strutturale, ne producono automaticamente l'effetto di variante.

Per la realizzazione delle opere richiamate all'art. 7 e, si vedrà, per l'esecuzione di

altre specifiche tipologie di opere pubbliche (disciplinate da leggi di settore) non è quindi necessario il rilascio del provvedimento autorizzatorio da parte del comune, in quanto la verifica della loro conformità agli strumenti urbanistici viene assicurata da altri tipi di atti, unilaterali o consensuali (di cui si parlerà subito dopo), adottati da amministrazioni pubbliche, anche non comunali, al termine di procedimenti speciali finalizzati a soddisfare gli interessi pubblici sottesi alla realizzazione di tali opere, con rilevanti effetti urbanistici, essendo tali atti capaci di derogare alle previsioni del piano comunale di base, modificandone automaticamente il contenuto.

Un regime speciale per le opere delle amministrazioni statali è stato in effetti previsto fin dalla fondamentale legge urbanistica n. 1150/1942 (art. 29). Ma è soprattutto a partire dagli anni '70 che per le opere pubbliche vengono progressivamente introdotte discipline derogatorie, da parte di leggi dello Stato e delle regioni, in forza queste ultime della potestà legislativa concorrente esercitata nelle materie (strettamente connesse) dell'urbanistica e dell'edilizia, entrambe ricomprese, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, nella nuova espressione «*governo del territorio*» (art. 117, co. 3, Cost.), che allude ad un'unica materia di legislazione concorrente, avente ad oggetto, com'è noto, l'uso (non solo degli aggregati urbani, ma) dell'intero territorio nazionale^[9].

In virtù delle varie leggi di settore, via via introdotte, la localizzazione delle opere pubbliche viene decisa, non più all'interno della pianificazione urbanistica comunale, ma nell'ambito di altri procedimenti, nei quali l'approvazione del progetto non previsto nel piano urbanistico, oppure ad esso non conforme, assume il significato di variante al piano. Una variante che, proprio perché assunta al termine di un procedimento diverso da quello ordinario di modificazione dello strumento urbanistico, è variamente definita atipica, anomala, automatica, accelerata o semplificata^[10].

La normativa speciale sulle opere pubbliche, sempre più cospicua, rappresenta, quindi, una delle principali cause che negli ultimi cinquant'anni ha sicuramente contribuito a snaturare il sistema pianificatorio prefigurato originariamente dalla legge urbanistica del '42: un sistema nel quale il piano avrebbe dovuto precedere le singole trasformazioni del territorio, così che anche per la realizzazione delle opere di interesse generale si sarebbe dovuto seguire l'ordinario procedimento di formazione e modificazione del piano regolatore. Per cui, se la necessità di

realizzare l'opera fosse sorta successivamente all'approvazione del piano e questa non fosse stata prevista nello strumento urbanistico o non fosse stata ad esso conforme, la sua localizzazione sarebbe dovuta avvenire seguendo il procedimento ordinario di introduzione della variante al piano, ossia con le stesse modalità previste per l'adozione e l'approvazione dello strumento urbanistico, salvo l'obbligo di una più puntuale motivazione delle scelte urbanistiche in ragione del loro carattere derogatorio.

Il modello teorico di pianificazione previsto dalla legge del 1942, lento e complesso, si è in particolare scontrato con la necessità pratica di utilizzare procedimenti localizzativi veloci e semplificati, al fine di non bloccare la realizzazione di determinate opere, considerate indispensabili per lo sviluppo economico e sociale del Paese e spesso legate a finanziamenti da utilizzare in tempi brevi. L'esigenza di lavori pubblici emerge, infatti, di continuo ed incide ripetutamente su strumenti urbanistici già predisposti, i quali, se, da un lato, necessitano di solleciti aggiornamenti, allo scopo di poter recepire le previsioni idonee alla realizzazione di quanto progettato, dall'altro lato, risultano tuttavia caratterizzati da un elevato grado di rigidità, essendo privi di quella necessaria flessibilità e dinamicità, che sono, invece, indispensabili per un veloce inserimento delle nuove opere nel piano^[11].

Oggi, comunque, l'originario sistema di pianificazione dovrebbe considerarsi in parte superato almeno in quelle regioni che abbiano adottato un nuovo regime pianificatorio, più elastico e meno conflittuale, basato (non più sul binomio piano regolatore generale/piano particolareggiato o piano di lottizzazione, ma) su uno strumento urbanistico di base, di carattere essenzialmente strategico, denominato piano «*strutturale*», e su una serie di piani «*operativi*», in cui il primo, al di là di individuare le c.d. invarianti (le parti di territorio destinate ad essere preservate da sostanziali trasformazioni), si dovrebbe limitare, in effetti, a dare indicazioni di massima delle aree destinate alla trasformazione, per cui relativamente a queste ultime il piano non impone (o non dovrebbe imporre) vincoli precisi di localizzazione di impianti pubblici sulle singole proprietà, ma si limita (o dovrebbe limitarsi) piuttosto a indicare criteri-guida da sviluppare in un secondo momento tramite i piani operativi^[12].

Per il tramite della legislazione di settore si è così derogato ad uno dei principi informativi del nostro ordinamento urbanistico, qual è quello dell'obbligo di

conformità (anche) dell'opera pubblica al piano urbanistico, determinandone nella realtà (quasi) un capovolgimento, ovvero la sua trasformazione nell'obbligo di adattamento delle previsioni dello strumento urbanistico alle caratteristiche dell'opera pubblica^[13]. Si è cioè pervenuti al risultato per cui è la stessa procedura di localizzazione dell'opera pubblica ad assumere un contenuto sostanzialmente pianificatorio, innovativo dello strumento urbanistico, i cui contenuti vengono sotto questo profilo eterodeterminati.

Se si guarda poi alla giurisprudenza amministrativa, si scopre che anche questa, nel passato, ha avallato il fenomeno dell'immissione automatica nel piano urbanistico di opere pubbliche in variante, utilizzando criteri eccessivamente elastici^[14], come nel caso in cui, per esempio, ha ammesso la realizzazione di opere ferroviarie, stradali ed idroelettriche in zone destinate (dal piano) a verde agricolo, sulla base della generica compatibilità dell'opera pubblica con il contenuto del piano regolatore, anziché della più rigorosa conformità, espressamente prevista (invece) dall'art. 29, della legge n. 1150/1942, nonché dall'art. 2, del d.P.R. n. 383/1994^[15].

In ogni caso, tutte le volte in cui i giudici hanno legittimato l'immissione di opere pubbliche in variante al piano, oppure in comuni del tutto sprovvisti dello strumento urbanistico, si è prodotta una trasformazione del contenuto del permesso edilizio: da mero accertamento di conformità urbanistica ad una vera e propria valutazione discrezionale di compatibilità dell'intervento con l'assetto territoriale in atto e con quello prevedibile in fieri^[16].

Il denominatore comune ai vari regimi speciali sulle opere pubbliche e di pubblica utilità è dunque costituito dal fatto, si ripete, che essi sono derogatori rispetto alla ordinaria disciplina urbanistica ed edilizia, in quanto, per ragioni generalmente di semplificazione, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, la decisione che viene presa dalle amministrazioni pubbliche al termine del procedimento localizzativo, per un verso, sostituisce il provvedimento abilitativo dell'autorità comunale, che, altrimenti, dovrebbe essere richiesto in base alle regole generali dell'edilizia, per altro verso, qualora l'opera progettata non sia conforme alle previsioni del piano urbanistico, assume il valore di variante automatica dello stesso, nonché di dichiarazione implicita di pubblica utilità dell'opera, ai fini dell'avvio del connesso procedimento espropriativo^[17].

All'interno di questo rapporto dialettico tra procedimenti di pianificazione urbanistica e procedimenti di localizzazione delle opere pubbliche si inseriscono, a partire dagli anni '90, gli ulteriori strumenti della programmazione triennale con aggiornamenti annuali dei lavori che si intendono eseguire^[18] e del coordinamento programmatico di tipo preventivo tra i diversi livelli di governo (art. 55, d.lgs. n. 112/1998): un modello di azione, di tipo programmatico e concertativo, che, utilizzato in modo corretto, può certamente contribuire a ridimensionare il problema delle opere pubbliche localizzate e realizzate al di fuori del contesto della pianificazione urbanistica ed a scongiurare le localizzazioni di opere spesso prive di strutture di raccordo con il territorio circostante^[19].

Dopo queste considerazioni di carattere generale sulla specialità della disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche, si darà conto adesso di alcuni regimi speciali, soffermandosi in particolare su quelli individuati dall'art. 7 del testo unico dell'edilizia.

2. Opere concordate da più amministrazioni pubbliche

La lett. *a*) dell'articolo 7 del testo unico dell'edilizia richiama (in parte) la disciplina generale sull'accordo di programma, contenuta nell'art. 34 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. n. 267/2000), al fine di escludere dall'ambito applicativo delle ordinarie disposizioni sui titoli abilitativi (anche) le opere deliberate tramite la conclusione di un accordo tra le amministrazioni pubbliche interessate, a condizione che vi sia l'assenso del comune interessato e la pubblicazione dell'accordo nel bollettino ufficiale della regione. Di conseguenza, qualora l'amministrazione comunale non partecipi all'accordo o non esprima l'assenso, l'ente interessato dovrà munirsi del titolo abilitativo come qualsiasi altro soggetto privato.

Secondo una parte della dottrina la norma, proprio per il fatto che riprende talune disposizioni del predetto art. 34, contemplerebbe la figura dell'accordo di programma^[20]. La stessa richiama, però, soltanto l'adempimento della pubblicazione e non anche l'adempimento consistente nell'approvazione dell'accordo di programma «*con atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco*». Per cui, essa darebbe vita piuttosto ad una nuova fattispecie di accordo, ove è sufficiente unicamente la stipulazione

(senza che sia necessario anche l'atto formale di approvazione) affinché il negozio consensuale produca l'effetto sostitutivo del permesso di costruire.

L'approvazione – che svolge in ogni caso una funzione di controllo degli aspetti formali e sostanziali dell'accordo, nonché una funzione di novazione della fonte di produzione dell'effetto giuridico (che non è più l'accordo ma l'atto approvativo)^[21] – rimane tuttavia atto necessario ogni qual volta l'accordo abbia ad oggetto un progetto d'opera pubblica in variante al piano urbanistico e sarà di competenza del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco, ove si vuole che gli effetti siano quegli stessi prodotti dalla conferenza di servizi (sulle opere di interesse statale), disciplinata dall'art. 3, del d.P.R. n. 383/1994, in combinato con gli artt. 14 e ss. della legge n. 241/1990 (di cui si dirà diffusamente più avanti), ossia la variazione automatica dello strumento urbanistico.

Sia nel caso dell'accordo di cui all'art. 7 sia nell'ipotesi dell'accordo di programma di cui all'art. 34, si è comunque in presenza di un modello consensuale riconducibile nell'ambito della categoria generale dell'accordo organizzativo, di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990^[22] : uno strumento di semplificazione di attività di interesse comune di più amministrazioni pubbliche, finalizzato a consentire l'esercizio coordinato di funzioni programmatiche, pianificatorie, urbanistiche e finanziarie^[23], idoneo di per sé ad incidere attraverso una procedura accelerata sui piani urbanistici^[24] ma anche su quelli paesistici, determinandone la modificazione automatica^[25].

Per quanto riguarda la competenza a promuovere la conclusione dell'accordo, oppure a convocare una conferenza di servizi istruttoria (tra i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate) per verificare preliminarmente la possibilità di concordarne i contenuti, questa, secondo la disciplina fissata dall'art. 34, co. 1 e 3, spetterà al presidente della regione o al presidente della provincia o al sindaco, a seconda di chi tra questi soggetti abbia la competenza primaria o prevalente sull'opera (sull'intervento o sul programma di intervento)^[26], salvo che i lavori comportino il concorso di due o più regioni finitime, perché, in tal caso, la competenza sarà della Presidenza del Consiglio dei ministri (comma 8).

In ordine ai contenuti dell'accordo, che deve essere stipulato per atto scritto a pena di nullità^[27], bisogna distinguere i contenuti eventuali, che dipendono dall'autonoma disposizione delle parti stesse (salvi i limiti comuni a qualsiasi

negozio contrattuale: liceità della causa, determinazione o determinabilità dell'oggetto, ecc.), da quelli direttamente indicati dalla legge come necessari, che sono, oltre all'oggetto, la determinazione dei tempi e delle modalità di definizione ed attuazione delle opere, nonché la relativa provvista finanziaria ed ogni altro connesso adempimento^[28].

L'accordo presuppone naturalmente il consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e dei rappresentanti delle altre amministrazioni interessate (art. 34, co. 4). Qualora, tuttavia, non sia possibile raggiungere l'unanimità in ordine alla realizzazione di un'opera pubblica di interesse statale, si può applicare la procedura prevista dagli artt. 2 e 3, del d.P.R. n. 383/1994, ove si prevede l'intesa tra lo Stato e la regione, oppure, in mancanza di un'intesa, l'indizione di una conferenza di servizi ai sensi degli articoli da 14 a 14-quinquies della legge n. 241/1990. L'ultima disposizione disciplina un rimedio contro i dissensi motivati espressi in conferenza da una regione o da un'amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili (quali la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, della salute e della pubblica incolumità dei cittadini), seguiti da un'opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri, in quanto a quest'ultimo compete, tramite l'indizione di una o due riunioni, di individuare una soluzione condivisa, che sostituisca la determinazione motivata di conclusione della conferenza con i medesimi effetti. Nel caso di ulteriore esito negativo spetterà unilateralmente, questa volta, al Consiglio dei Ministri, decidere se accogliere anche in parte l'opposizione, sebbene alla riunione potranno partecipare anche i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate.

L'accordo produce effetti obbligatori, in quanto vincola le parti stipulanti ad ottemperare agli impegni assunti. Alle eventuali inadempienze di talune delle parti contraenti si può comunque rimediare attivando il meccanismo surrogatorio predisposto dall'art. 34, co. 2, che demanda ad un apposito collegio (presieduto e composto dai soggetti indicati nei commi 7 e 8), incaricato di vigilare sull'esecuzione dell'accordo, i relativi interventi sostitutivi.

Gli effetti prodotti dall'accordo possono essere: intrinseci, se derivano dalla natura contrattuale dell'accordo, in ordine ai quali possono ammettersi i rimedi civilistici contro l'inadempimento (azione di adempimento o di risoluzione per inadempimento e azione di risarcimento del danno, da promuovere innanzi alla

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. a, punto 2, d.lgs. n. 104/2010); oppure, *estrinseci*, che sono, invece, quelli che la legge ricollega in via automatica all'approvazione dell'accordo e cioè la sostituzione del permesso di costruire, la variazione del piano urbanistico e la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere. Quest'ultimo effetto, tuttavia, si produce solo nel caso in cui venga approvato un accordo che abbia ad oggetto opere pubbliche (da iniziarsi, a pena di decadenza della dichiarazione, entro tre anni) comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti.

La dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere, implicita nell'approvazione del progetto, non esonera comunque l'ente locale – secondo quanto afferma la giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato^[29] – dall'obbligo di comunicare ai soggetti privati interessati, ai sensi dell'art. 7 della legge 241/1990, l'avvio del relativo procedimento prima dell'approvazione dell'accordo, salvo che sussistano «*particolari esigenze di celerità*», le quali potrebbero legittimare l'amministrazione a non attivare i meccanismi partecipativi^[30].

La comunicazione di avvio del procedimento, tra l'altro, deve essere inviata «*personalmente*» ai destinatari del provvedimento espropriativo, in quanto altre forme idonee di pubblicità, decise di volta in volta dall'amministrazione (quali, per esempio, l'affissione all'albo pretorio), sono ammissibili solo nei casi in cui «*per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa*», nel rispetto, d'altronde, di quanto prescrive l'art. 8, co. 3, della legge n. 241^[31].

Per quanto riguarda, invece, l'ordine legale delle competenze degli organi delle singole amministrazioni partecipanti all'accordo, questo, analogamente a quanto avviene nella conferenza di servizi (di cui si dirà nel successivo paragrafo), non può essere derogato^[32]. Ne segue che, se la competenza amministrativa in una data materia è attribuita in via primaria ad un determinato organo, la partecipazione all'accordo di diverso organo dello stesso ente non può sostituire decisioni riservate al primo, a meno che quest'ultimo l'abbia espressamente delegato. Nell'ipotesi in cui pertanto sia presente un organo non delegabile o non delegato, la sua partecipazione all'accordo può comportare soltanto il suo impegno a sottoporre la questione all'organo competente^[33].

L'accento posto, sia dall'art. 7 sia dall'art. 34, sulla necessità del consenso comunale intende ovviamente salvaguardare le attribuzioni urbanistiche del comune, in quanto esclude che, tanto l'abrogazione delle eventuali prescrizioni di piano in contrasto con la realizzazione dell'opera, quanto la sostituzione dei permessi di costruire, possano avvenire in mancanza dell'adesione dell'ente locale. Nel caso di variante al piano urbanistico è in ogni caso necessario che l'adesione del sindaco venga ratificata dal consiglio comunale, entro trenta giorni, a pena di decadenza, sia nell'ipotesi in cui il promotore dell'accordo non sia il sindaco ma altro organo pubblico (la Presidenza del Consiglio dei ministri, il presidente della regione o il presidente della provincia), sia nel caso in cui l'artefice dell'iter volto alla stipula dell'accordo sia lo stesso sindaco^[34]. E ciò al fine di rispettare i principi generali in tema di riparto delle competenze all'interno dell'amministrazione comunale, ove le funzioni principali in materia urbanistica sono prerogativa consiliare^[35]. Dette funzioni non possono cioè ritenersi trasferite al sindaco, il cui assenso deve essere sempre ratificato dal consiglio comunale. Se, tuttavia, sussiste una delega preventiva dell'organo consiliare, si è posto in dottrina il problema della necessità o meno della successiva ratifica da parte dello stesso organo delegante, che è stato risolto da alcuni autori ritenendo sempre necessaria la ratifica, in considerazione, sia del fatto che il mandato lascia al sindaco ampi margini di discrezionalità, sia del fatto che le decisioni assunte in sede di accordo, laddove comportino variazioni degli strumenti urbanistici, esproprierebbero il consiglio comunale di una delle sue competenze più rilevanti^[34]. Il problema dell'obbligatorietà della ratifica pare pertanto che si possa porre soltanto se nella delega consiliare siano impartite al sindaco istruzioni sufficientemente dettagliate in ordine ad un'ipotesi di accordo su un progetto in variante al piano urbanistico già deliberato dallo stesso consiglio, perché, in tal caso, la necessità di una successiva ratifica finirebbe per frustrare quelle esigenze di efficienza, semplificazione e accelerazione, che sono alla base dell'istituto, senza peraltro trovare giustificazione nell'esigenza di salvaguardare le competenze dell'organo collegiale. In mancanza di un'investitura preventiva, quindi, l'adesione all'accordo del rappresentante legale dell'ente può solo valere come impegno all'avvio del procedimento di successiva ratifica.

In ogni caso, se l'adesione di ciascuno dei soggetti interessati all'accordo non viene preceduta dalla formale deliberazione dell'organo competente a disporre in

ordine all'adesione medesima, si pone il problema dell'illogicità di dar luogo alla formazione di un atto consensuale, che ha per oggetto il coordinamento volontario di funzioni amministrative, senza che gli organi effettivamente titolari delle funzioni da coordinare abbiano preventivamente inteso aderire a una siffatta soluzione della vicenda^[37]. Appare pertanto preferibile la soluzione del previo mandato, sia perché più garantista delle rispettive competenze interne, sia per la maggiore stabilità che conferisce all'accordo raggiunto, considerato che l'organo competente alla ratifica potrebbe rifiutarla in mancanza di una delega preventiva^[38]. Nel caso di conferimento del mandato si segue del resto una modalità che è tipica di tutti quei contratti in cui una delle parti è un'organizzazione complessa e determinate questioni sono devolute alla competenza deliberativa dell'organo collegiale^[39].

Per quanto riguarda, infine, la *pubblicazione* nel bollettino ufficiale della regione, essa va configurata come fase integrativa dell'efficacia, in quanto assolve ad una funzione di pubblicità legale e di tutela dei terzi controinteressati e segna il momento a partire dal quale inizia a decorrere il termine decadenziale di impugnazione per tutti i soggetti che non siano direttamente e nominativamente contemplati nell'accordo^[40].

3. Opere statali e di interesse statale

Per le opere da eseguirsi da parte delle amministrazioni statali, già la legge urbanistica del '42, all'art. 29 (da considerare, però, ormai, implicitamente abrogato, in seguito alla disciplina parzialmente diversa introdotta dal d.P.R. n. 383/1994), aveva introdotto un regime speciale, in quanto tali opere erano state sottratte alla licenza edilizia del comune e sottoposte soltanto al previo accertamento di conformità da parte del Ministero dei lavori pubblici (oggi, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), titolare unico, in quel tempo, del potere di accertare che le opere non fossero in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore e del regolamento edilizio vigenti nel territorio comunale.

Successivamente, la materia ha trovato un nuovo assetto con i due decreti, del '77 e del '98, di trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle regioni ed agli enti locali (art. 81, d.P.R. n. 616/1977, art. 55, d.lgs. n. 112/1998), e con il d.P.R. n. 383/1994. Il testo unico dell'edilizia (all'art. 7, lett. *b*) conferma questa

sistemazione e prevede lo stesso regime per le opere statali e di interesse statale, sancendo per le «*opere pubbliche, da eseguirsi da parte delle amministrazioni statali, o comunque insistenti su aree del demanio statale*», e per le «*opere pubbliche di interesse statale, da realizzarsi da parte*», non solo «*degli enti istituzionalmente competenti*», ma anche «*dei concessionari di pubblici servizi*», la sottrazione al regime (ordinario) del permesso edilizio e l'assoggettamento, invece, al procedimento dell'accertamento di conformità (alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie)^[41], disciplinato, oggi, dal predetto decreto n. 383/1994 (e successive modifiche), ove è stabilito che tale verifica sia fatta dallo Stato d'intesa con la regione interessata, entro sessanta giorni dalla richiesta dell'amministrazione competente, la quale, peraltro, se diversa dalla regione o dall'ente locale, deve, ai sensi dell'art. 55, co. 1, d.lg. n. 112/1998, presentare annualmente alla regione, prima dell'avvio della procedura di localizzazione dell'opera, un quadro complessivo delle opere e degli interventi, compresi nella propria programmazione triennale, che intende realizzare nel territorio regionale^[42].

L'inclusione (anche) delle «*opere pubbliche di interesse statale*» che devono essere realizzate dai «*concessionari di pubblici servizi*» consente – secondo un parte della dottrina^[43] e della giurisprudenza^[44] – di assoggettare al regime speciale dell'accertamento di conformità (pure) le opere da eseguirsi da parte di soggetti privati (associazioni, fondazioni, società per azioni), quando agiscano come organi indiretti delle amministrazioni pubbliche e, in virtù del rapporto di sostituzione che (nell'esercizio di talune funzioni amministrative) si realizza con la concessione di costruzione (o di costruzione) e gestione, operino in concreto (o in senso lato) al posto dell'ente pubblico per la realizzazione di un'opera funzionale al perseguimento di un interesse generale. Si pensi, al riguardo, alle opere di interesse nazionale, come, per esempio, gli elettrodotti e le linee elettriche, oppure le autostrade, realizzate e gestite da Enel S.p.A. o da Autostrade per l'Italia S.p.A.: da società, cioè, private, ovvero privatizzate (sostanzialmente), non essendo (più) sottoposte, direttamente o indirettamente, all'*influenza dominante* dello Stato o di altro ente pubblico^[45].

Resterebbero quindi escluse dall'ambito applicativo della disposizione le opere di interesse statale realizzate da soggetti privati che non agiscano in veste di concessionari di un pubblico servizio. In linea con le definizioni di «*opera*

pubblica» ed «*opera (privata) di pubblico interesse ovvero di pubblica utilità*», che sono state illustrate nella nota iniziale di questo contributo, in queste ipotesi, l'opera potrebbe tutt'al più essere inquadrata nella categoria, non dell'opera pubblica "in senso stretto" o "in senso lato", bensì dell'opera privata di interesse pubblico o di utilità pubblica, che, sebbene abbia anch'essa un regime giuridico di maggior favore rispetto all'opera privata in senso proprio, non può tuttavia essere assimilata *tout court* all'opera pubblica^[46], se non in forza di un'espressa disposizione di legge, non essendo possibile a tal fine ricorrere né all'*analogia legis* né all'*analogia iuris*^[47].

Se si volesse invece applicare il regime speciale dell'accertamento di conformità anche a queste ultime opere, si dovrebbe aderire ad una nozione di opera pubblica solo in senso "oggettivo" e "finalistico", non considerando il requisito "soggettivo" come elemento costitutivo necessario del concetto giuridico di "opera pubblica", così come, d'altra parte, potrebbe dirsi in effetti per l'altra fattispecie, ossia quella delle «*opere pubbliche costruite su aree del demanio statale*», considerato che su tale demanio potrebbe edificare anche un privato, solo a condizione, però, che sia destinatario di una concessione *ad hoc*^[48].

Per quanto riguarda, invece, i profili procedurali di questo regime speciale, qualora l'intesa sulla localizzazione e realizzazione delle opere pubbliche statali e di interesse statale non si perfezioni nel termine stabilito, oppure l'accertamento di conformità dia esito negativo, in quanto l'opera che si intende realizzare è difforme rispetto alle previsioni dello strumento urbanistico, il decreto del '94, all'art. 3, prevede la convocazione di una *conferenza di servizi* e rimanda per intero, dopo le modifiche intervenute nel 2019 (che hanno abrogato tutti i commi dell'art. 3 successivi al primo), alla disciplina generale della conferenza contenuta nella legge n. 241 del 1990.

La disposizione ha solo cura di precisare, al fine di salvaguardare le attribuzioni urbanistiche degli enti istituzionalmente competenti in materia, che alla conferenza (questa volta) sono invitati a partecipare, oltre alla regione, anche il comune o i comuni interessati, nonché le altre amministrazioni dello Stato e gli enti comunque tenuti ad adottare atti di intesa, o a rilasciare pareri, autorizzazioni, approvazioni, nulla osta, ove previsti dalle leggi statali e regionali^[49]. La determinazione finale di approvazione del progetto dell'opera, ove espressa in conferenza dai rappresentanti delle amministrazioni partecipanti, se difforme

dalle previsioni dello strumento urbanistico, assume (anche) il valore di variante al piano e sostituisce, ad ogni effetto, tutti gli atti di assenso comunque previsti dalla normativa^[50]. Nel caso, però, di variazione dello strumento urbanistico vigente, l'amministrazione procedente è tenuta a predisporre, insieme al progetto, uno specifico studio sull'incidenza urbanistico-territoriale e ambientale dell'opera e sulle misure necessarie per il suo inserimento nel territorio comunale (art. 55, co. 2, del d.lgs. n. 112/1998), perché, in caso contrario, la procedura localizzativa risulterà viziata ed il relativo atto finale annullabile^[51].

La conferenza non deve più registrare l'unanimità dei consensi dei soggetti partecipanti, com'era previsto all'origine dell'istituto^[52]. Oggi, infatti, anche se una o più amministrazioni abbiano espresso il proprio dissenso, l'amministrazione statale procedente, dopo aver valutato le specifiche risultanze della conferenza e tenuto conto delle posizioni prevalenti espresse, può comunque assumere una determinazione finale favorevole alla localizzazione dell'opera. Sicché l'eventuale intervento, unilaterale ed autoritativo, da parte del *Governmento*, disciplinato dall'art. 81, co. 4, del d.P.R. n. 616/1977, prima collegato all'ipotesi in cui non si fosse raggiunto un accordo tra tutti i partecipanti^[53], adesso può aversi soltanto quando il dissenso, nell'ambito della conferenza di servizi, sia espresso dalla regione interessata, oppure da un'amministrazione dello Stato preposta alla tutela di interessi «*sensibili*», quali l'ambiente ed il paesaggio, il patrimonio storico ed artistico, la salute e la pubblica incolumità^[54].

La procedura straordinaria prevista dal decreto del '77^[55] consente in particolare al Consiglio dei ministri in via autoritativa e unilaterale, in virtù di un interesse statale prevalente su quello regionale e locale, nel caso in cui l'intesa con la regione interessata non si realizzi entro il termine prefissato, di decidere sulla localizzazione dell'opera pubblica in variante al piano regolatore con una deliberazione che deve essere adottata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del ministro o dei ministri competenti, sentita la Commissione parlamentare per le questioni regionali. In questo caso, è il provvedimento governativo, che ha natura di atto di alta amministrazione^[56], a determinare la variazione automatica del piano urbanistico^[57].

Questo meccanismo di superamento del dissenso in via unilaterale da parte del Governo è stato tuttavia criticato, già alla fine degli anni '70, da una parte della dottrina, che, in alternativa ad esso, avrebbe preferito la soluzione, prospettata

dalla commissione ministeriale di studio presieduta (allora) da M.S. Giannini, che intendeva affidare la decisione ultima sulla localizzazione di siffatte opere al Parlamento (mediante atto legislativo), in modo tale che il contrasto fosse discusso ed approfondito da tutte le forze politiche^[8].

Non si comprende, poi, in effetti, perché il legislatore del 2019 abbia abrogato il comma 2 ed il comma 3 dell'art. 81 del decreto n. 616 del '77, ma abbia mantenuto inspiegabilmente in vita il comma 4, che mal si concilia con la disciplina contenuta nel decreto n. 383 del '94 e nella legge n. 241 del '90, già illustrata, ove si prevedono, intanto, termini diversi per l'intesa. L'intesa tra Stato e regione si deve infatti realizzare entro sessanta giorni dalla richiesta da parte dell'amministrazione statale competente, anziché entro novanta giorni dal ricevimento da parte delle regioni del programma di intervento. Ma soprattutto, quel che è più importante, anche in virtù della giurisprudenza costituzionale (di cui si darà subito conto), impone al Governo di trovare una soluzione condivisa nel corso di almeno due distinte riunioni prima di poter decidere unilateralmente in una terza riunione, alla quale possono partecipare i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate.

Il sistema delineato dal decreto del '77 non appare, infatti, in linea con il nuovo assetto dei rapporti e delle competenze tra Stato, regioni ed enti locali, quello introdotto dalla riforma costituzionale del 2001 (che, è noto, ha potenziato l'autonomia delle regioni e degli enti locali), soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. L'intervento unilaterale del Governo, in questo caso, verrebbe prefigurato come mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa con la regione, sebbene entro un termine non breve, e tale meccanismo non sembra conforme al principio di leale collaborazione, ovvero, rispettoso delle sfere di competenza regionale. Sul punto, infatti, la Corte costituzionale, con la sentenza dell'11 luglio 2012, n. 179, richiamati diversi suoi precedenti e pronunciatisi su un caso analogo – ossia sulla disciplina contenuta nell'art. 14-*quater*, co. 3 (successivamente modificato), della l. n. 241/1990, avente ad oggetto il superamento del dissenso espresso, in sede di conferenza, da una regione (o da una provincia autonoma) in una delle materie di propria competenza – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui aveva previsto che, nel caso di dissenso espresso nella sede della conferenza di servizi da una regione (o da una provincia

autonoma), in una delle materie di propria competenza, ove non fosse stata raggiunta l'intesa, entro il termine breve di trenta giorni, il Consiglio dei ministri avrebbe potuto deliberare unilateralmente, in forza del proprio potere sostitutivo, sia pure con la partecipazione dei presidenti delle regioni (o delle province autonome) interessate. Secondo la Corte, la previsione dell'intesa, imposta dai principi di sussidiarietà e leale collaborazione, implica che non sia legittima una norma che contenga una «drastica» disposizione sulla decisività della volontà di una sola parte, essendo necessarie «*idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze*»^[59]. Solo nell'ipotesi di ulteriore esito negativo di tali procedure finalizzate all'accordo, può essere rimessa al Governo una decisione unilaterale^[60], come nel caso relativo alla disciplina del procedimento di certificazione dei siti idonei all'insediamento degli impianti nucleari^[61]. La norma impugnata, invece – prima delle ultime modifiche apportate al predetto comma 3, da parte del d.l. n. 179/2012 (convertito con modifiche dalla l. n. 221/2012), che si sarebbe, sul punto, allineato alle indicazioni della Consulta – conteneva una drastica previsione di superamento unilaterale dell'intesa da parte dello Stato, ritenuta dalla giurisprudenza costante della Corte come inidonea ad assicurare il rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Non era stato previsto, infatti, alcun meccanismo procedurale che potesse consentire un superamento concordato del dissenso. L'intervento unilaterale dello Stato non si presentava, quindi, come ipotesi estrema, che si verifica allorché l'esperimento di ulteriori procedure bilaterali si sia rivelato inefficace, ma era previsto come conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa, in relazione alla quale, peraltro, era stato fissato un termine molto ristretto, posto che il Consiglio dei ministri avrebbe potuto deliberare unilateralmente in materie di competenza regionale, allorquando, in seguito al dissenso espresso in conferenza dall'amministrazione regionale competente, non si fosse raggiunta l'intesa con la regione interessata nei successivi trenta giorni: non solo il termine era così esiguo da rendere oltremodo complesso e difficoltoso lo svolgimento di una qualsivoglia trattativa, ma dal suo inutile decorso si faceva automaticamente discendere l'attribuzione al Governo del potere di deliberare unilateralmente, senza prevedere adeguate forme di coinvolgimento delle regioni. Né, d'altro canto – precisa la Consulta – la previsione che il Consiglio dei ministri deliberi, in esercizio del proprio potere sostitutivo, con la partecipazione dei presidenti delle

regioni o delle province autonome interessate, «può essere considerata valida sostituzione dell'intesa, giacché trasferisce nell'ambito interno di un organo costituzionale dello Stato un confronto tra Stato e Regione, che deve necessariamente avvenire all'esterno, in sede di trattative ed accordi, rispetto ai quali le parti siano poste su un piano di parità»^[62]. Sicché è intervenuta la modifica legislativa del 2012, che, nella logica di garantire adeguatamente le regioni all'interno di un procedimento diretto a favorire il raggiungimento dell'intesa con lo Stato, aveva previsto (al co. 3 dell'art. 14-*quater*) l'indizione di tre distinte riunioni, a distanza di trenta giorni l'una dall'altra, allo scopo di superare i punti di dissenso e di favorire l'individuazione di una soluzione condivisa, anche volta a modificare il progetto originario, rimettendo al Governo il potere di decidere unilateralmente, sia pure con la partecipazione dei presidenti delle regioni o delle province autonome interessate, solo nell'ipotesi di ulteriore esito negativo di tali ripetute trattative. Oggi, dopo le ultime modifiche, le riunioni previste prima che il Consiglio dei Ministri decida unilateralmente sono soltanto due e vanno fissate non più entro 30 ma entro 15 giorni (art. 14-*quinquies*). Ci si potrebbe a questo punto domandare, sulla base della giurisprudenza costituzionale, se la riduzione (da tre a due) del numero delle riunioni in cui trovare una soluzione condivisa e soprattutto la contrazione (da trenta a quindici giorni) dell'intervallo temporale tra le due riunioni possa anch'esso considerarsi un sistema in linea con i principi costituzionali prima richiamati a garanzia delle prerogative regionali in materia.

Per quanto riguarda, invece, le modalità del procedimento d'intesa, poiché il decreto del '94 non le specifica, la norma, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, si considera osservata allorquando si sia comunque realizzata la concordanza delle volontà delle parti interessate^[63], anche se l'atto d'intesa da parte della regione intervenga dopo l'approvazione del progetto da parte dell'amministrazione statale^[64], a condizione, però, che l'assenso venga dato per iscritto e non in forma tacita, né *per facta concludentia*, in modo tale che il consenso e la conformità dell'opera alla disciplina urbanistica risultino in modo inequivocabile^[65].

Il decreto del '94 non prevede, però, quando l'opera sia conforme al piano urbanistico, la consultazione del comune come condizione necessaria per il raggiungimento dell'intesa tra lo Stato e la regione^[66]. Il che parrebbe comprimere le attribuzioni comunali in materia. A meno che, pertanto, la regione, in sede di

regolamentazione del subprocedimento per il raggiungimento dell'intesa con lo Stato, non preveda il parere obbligatorio del comune^[67], quest'ultimo potrà intervenire soltanto nella fase (successiva ed eventuale) della conferenza di servizi (art. 3), con poteri, questa volta, non meramente consultivi ma negoziali^[68]. In ogni caso, il nostro diritto legislativo si sarebbe ormai orientato da tempo nel senso di comprimere le attribuzioni comunali nel governo del territorio, in quanto il dissenso dei municipi è più facilmente superabile nella conferenza di servizi, seppur muovendosi nella logica tracciata dalla Corte costituzionale del rispetto dei principi di sussidiarietà, leale collaborazione e proporzionalità^[69].

Rientra, comunque, nella discrezionalità dello Stato e della regione la decisione di convocare la conferenza di servizi anche all'inizio del procedimento finalizzato al raggiungimento dell'intesa, non già soltanto (come vedremo subito dopo) nel momento (successivo) in cui questa fallisca o si riscontri la difformità dell'opera, consentendo così ai comuni interessati di partecipare fin dall'origine all'anzidetto procedimento, che altrimenti (almeno nella prima fase) coinvolgerebbe unicamente Stato e regione^[70].

Diversamente, poi, da quanto era previsto nel terzo comma (ormai abrogato) dell'art. 81, del decreto del '77^[71], lo Stato e la regione non possono più, tramite l'intesa, localizzare l'opera in modo difforme rispetto alle prescrizioni dello strumento urbanistico, in quanto un simile risultato è conseguibile soltanto nella successiva fase procedimentale della conferenza di servizi^[72], alla quale (si è prima detto) partecipano pure gli enti locali interessati, che, in questo modo, hanno visto in ogni caso accresciuta l'importanza del loro ruolo rispetto alla disciplina previgente, in cui gli veniva assegnata solo una funzione consultiva^[73].

Riguardo, infine, alla natura giuridica della conferenza di servizi in esame, questa è una conferenza decisoria, in quanto – tenendo conto delle norme ormai abrogate (dal 2019) contenute nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 3 del decreto n. 383/1994 - i soggetti partecipanti sono chiamati a valutare il progetto definitivo dell'opera, nel rispetto degli eventuali vincoli archeologici, storici, artistici ed ambientali, ad approvarlo, con la facoltà di apportarvi, ove occorra, le modifiche che si rendano opportune, senza che queste comportino la necessità di una nuova deliberazione del soggetto proponente, a condizione, però, che la modifica non comporti uno «*stravolgimento del progetto originario*»^[74].

Per quanto riguarda, infine, i soggetti partecipanti alla conferenza, questi, come si

è già visto a proposito degli accordi tra le amministrazioni pubbliche, devono essere effettivamente muniti del potere di rappresentanza^[73], potendo validamente esprimere la volontà degli enti rappresentati soltanto in relazione a quei beni e a quegli interessi che rientrano nelle proprie competenze, oppure in virtù di precise direttive impartite o di specifiche deleghe conferite dall'organo rappresentato (dopo un esame preventivo del progetto), in modo da non sovvertire l'ordine legale o regolamentare delle competenze tra gli organi dell'ente^[74]. Così, nel caso del sindaco^[75], occorre che sia rispettata l'ordinaria competenza del consiglio comunale in ordine alla pianificazione urbanistica ed alle eventuali deroghe^[76], essendo preferibile, nel momento in cui la conferenza si riunisce, che l'organo consiliare abbia già deliberato sul progetto di localizzazione dell'opera pubblica, riservando, tuttavia, al sindaco un certo margine di scelta nel corso delle trattative, soltanto al fine di apportare al progetto quelle modifiche di lieve entità che si rendano necessarie o semplicemente opportune in virtù del confronto dialettico con i rappresentanti delle altre amministrazioni partecipanti alla conferenza^[79].

Questo modello di conferenza di servizi si profila, peraltro, come istituto speciale rispetto alla figura generale di conferenza disciplinata dagli artt. 14 e seguenti della legge n. 241/1990, come risultava peraltro dal vecchio art. 14-*quater*, co. 3, della medesima legge, che escludeva espressamente dal proprio ambito di applicazione le opere di interesse statale, oltre alle infrastrutture ed agli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale. La conferenza in esame, infatti – al di là della funzione tipica di qualunque conferenza, di coordinamento dei poteri e di ponderazione effettiva degli interessi coinvolti, di concentrazione e di semplificazione dei procedimenti, nel rispetto delle attribuzioni delle singole amministrazioni coinvolte^[80] – ha ad oggetto specificamente opere statali e di interesse statale e produce l'effetto di modificare automaticamente il piano regolatore, sostituendosi in tal modo alla procedura ordinaria di variante.

Ma l'effetto di variante (o l'effetto più limitato di proposta di variante) dello strumento urbanistico può scaturire anche da altre figure speciali di conferenza di servizi (alla quale partecipano tutte le amministrazioni interessate), come, per esempio, quelle previste e disciplinate dalla normativa sugli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili (art. 12, d.lgs. n.

387/2003; artt. 4 ss., d.lgs. n. 28/2011), o sullo sportello unico per le attività produttive (art. 25, co. 2, lett. g, d.lgs. n. 112/1998; art. 8, d.P.R. n. 160/2010), oppure sulle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici (art. 87, d.lgs. n. 259/2003, recante il codice delle comunicazioni elettroniche).

Vale la pena a questo punto domandarsi se il risultato di variante al piano urbanistico sia conseguibile anche attraverso la figura generale di conferenza di servizi disciplinata dalla legge n. 241/1990. Al riguardo si osserva che nella legge generale sul procedimento non v'è una norma espressa che attribuisca alla determinazione motivata di conclusione della conferenza (adottata dall'amministrazione precedente all'esito della stessa) valore di variante, ma tutt'al più l'effetto (più limitato) di sostituzione a ogni effetto di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati (art. 14-*quater*, co. 1). La questione non si ritiene che possa essere risolta facendo riferimento al combinato disposto degli articoli 10 e 19, del d.P.R. n. 327/2001, recante il testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità, in quanto dalla lettura di dette norme si può dedurre soltanto che, quando l'opera da realizzare non risulti conforme alle previsioni urbanistiche, la variante al piano regolatore può essere sì disposta (anche) mediante una conferenza di servizi (oltre che un «*accordo di programma, una intesa ovvero un altro atto, anche di natura territoriale*»), ma a condizione che «*la legislazione vigente*» attribuisca all'istituto il valore di «*variante al piano urbanistico*»^[81]. Le predette norme, cioè, pur prevedendo in astratto la possibilità di utilizzare lo strumento della conferenza di servizi per realizzare opere pubbliche (o di pubblica utilità) non previste dal (o non conformi al) piano regolatore, non introducono in concreto una disciplina *ad hoc*, limitandosi a rinviare alla legislazione vigente, di modo che l'istituto rimane regolato in via generale dalla legge n. 241/1990^[82]. A ben vedere, tuttavia, non pare che vi possano essere ragioni realmente ostative a riconoscere in generale al provvedimento conclusivo della conferenza di servizi, disciplinata dalla legge n. 241/1990 e avente ad oggetto la localizzazione di un'opera di interesse pubblico non conforme al piano urbanistico, significato ed effetto di variante al piano urbanistico, a condizione, però, che questa decisione venga assunta con il consenso del comune e della regione^[83], anche sulla base delle posizioni prevalenti espresse nella conferenza dalle

altre amministrazioni interessate. Se poi la regione o le amministrazioni preposte alla cura degli interessi «*sensibili*» dissentono, opererà il meccanismo (di superamento del dissenso) disciplinato dall'art. 14-*quinquies*, di cui si è detto prima. Il problema, infatti, non è tanto quello di un'espressa previsione di legge sul punto, quanto piuttosto quello di salvaguardare le attribuzioni urbanistiche dei due enti (comune e regione) e le competenze urbanistiche del consiglio comunale, come hanno già sottolineato, d'altronde, la Corte costituzionale ed il Consiglio di Stato. La prima, in particolare, ha inteso tutelare le prerogative regionali in materia urbanistica, dichiarando l'illegittimità costituzionale della normativa statale sullo sportello unico per le attività produttive, nella parte in cui aveva previsto, laddove il progetto sull'insediamento produttivo fosse stato in contrasto con le previsioni dello strumento urbanistico, che la determinazione assunta all'esito della conferenza di servizi costituisse, anche nell'ipotesi di dissenso della regione, proposta di variante, sulla quale si sarebbe pronunciato in via definitiva il consiglio comunale. In questo modo, la disposizione ledeva – secondo la Corte – le attribuzioni urbanistiche della regione, dal momento che il piano regolatore, nella fattispecie *de qua*, si sarebbe potuto modificare senza il consenso della regione interessata^[84]. Il Consiglio di Stato, invece, ha inteso salvaguardare le competenze urbanistiche del consiglio comunale, affermando che, in mancanza del previo assenso del predetto organo consiliare, il consenso del sindaco, espresso nella conferenza di servizi su un progetto non conforme alle previsioni del piano regolatore, non è sufficiente a far assumere alla determinazione conclusiva significato ed effetto di variante urbanistica^[85], ma tutt'al più “proposta di variante”^[86].

La specialità della conferenza di servizi disciplinata dal decreto del '94, avente ad oggetto opere statali e di interesse statale in variante allo strumento urbanistico, esclude, quindi, il fenomeno dell'abrogazione implicita della norma da parte della legge n. 241/1990, che, in ogni caso, oggi, ne integra la disciplina, come si è visto^[87].

Il regime finora descritto delle opere statali e di interesse statale non si applica, comunque, ai procedimenti di localizzazione e realizzazione di talune tipologie di opere pubbliche di interesse nazionale, come, per esempio, gli insediamenti produttivi ritenuti prioritari e rilevanti per lo sviluppo economico e sociale del paese^[88], gli impianti di produzione di energia elettrica^[89], alimentati anche da fonti

rinnovabili^[90], le infrastrutture lineari energetiche (gasdotti, elettrodotti, oleodotti e reti di trasporto di fluidi termici)^[91], le centrali termoelettriche ed elettronucleari e gli impianti di gestione del combustibile nucleare esaurito e dei rifiuti radioattivi^[92], oppure le opere destinate alla difesa nazionale^[93], in quanto tutte queste opere^[94] sono soggette a regimi diversi, altrettanto speciali, che si caratterizzano, sia per la complessità dei procedimenti, che negli ultimi anni il legislatore ha tuttavia tentato di razionalizzare, semplificare, velocizzare ed unificare, sia per la preminenza degli interessi statali che risultano inevitabilmente coinvolti^[95]. Sono indicativi al riguardo i recenti decreti legge (convertiti in legge) n. 77/2021 e n. 36/2022, che hanno introdotto numerose e articolate misure di potenziamento, accelerazione e snellimento (tra cui nuove varianti automatiche o semplificate agli strumenti urbanistici vigenti^[96]), delle procedure di localizzazione e realizzazione di opere, impianti e infrastrutture necessari alla realizzazione di obiettivi strategici dell'Unione europea per la transizione ecologica e energetica del Paese compresi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e nel Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC).

4. Opere comunali

Anche le opere pubbliche deliberate dal consiglio o dalla giunta comunale sono sottratte alla disciplina ordinaria dei titoli abilitativi, come afferma a chiare lettere l'art. 7 del testo unico dell'edilizia, ma devono essere assistite dalla verifica della conformità dell'opera e dalla validazione del progetto da parte del responsabile del procedimento^[97].

La deliberazione comunale di approvazione del progetto sostituisce quindi il permesso di costruire^[98], quando, invece, fino alla metà degli anni '90, era controverso se il comune avesse dovuto o meno rilasciare a sé stesso il permesso edilizio per costruire una determinata opera, in quanto la legge urbanistica del '42 non aveva previsto uno specifico meccanismo autorizzatorio per la realizzazione delle opere pubbliche comunali.

Su tale questione la giurisprudenza si era in particolare divisa. Secondo l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, condiviso anche da alcuni TAR, si riteneva che i comuni non fossero tenuti a munirsi della concessione edilizia per le opere dallo stesso deliberate, sostenendo che gli organi deliberativi

del comune, nel momento in cui approvano il progetto, assolvono anche al compito di controllare che l'opera sia conforme agli strumenti urbanistici, alla legge ed ai regolamenti, oltre che alle esigenze dell'igiene e dell'estetica^[99].

Diversamente, altri TAR e la Cassazione penale ritenevano che, anche nel caso in cui l'opera fosse stata deliberata dal consiglio comunale, fosse necessario il preventivo e formale rilascio della concessione edilizia da parte del sindaco, il quale aveva il compito di verificare (attraverso l'esercizio del proprio potere di controllo nella distinta procedura culminante nel rilascio della concessione) che l'opera deliberata dall'organo consiliare fosse conforme alla normativa vigente^[100].

La *querelle* giurisprudenziale è stata definitivamente risolta dall'art. 2, co. 60, della l. n. 662/1996, che ha stabilito che la deliberazione con la quale il consiglio o la giunta comunale approvano il progetto o autorizzano l'opera ha i «*medesimi effetti della concessione edilizia*»^[101], purché i progetti siano «*corredati da una relazione a firma di un progettista abilitato, che attesti la conformità del progetto alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie, nonché l'esistenza dei nulla osta di conformità alle norme di sicurezza, sanitarie, ambientali e paesistiche*».

Il comma 60 è stato poi abrogato dall'art. 136, co. 2, lett. *b*), del presente testo unico dell'edilizia, ma il tenore sostanziale della disposizione è stato riprodotto nella lett. *c*) dell'articolo in commento, che sottrae in tal modo alla disciplina generale sui titoli abilitativi le opere pubbliche deliberate dal consiglio o dalla giunta comunale, se queste sono corredate dell'atto formale di validazione del progetto, che, similmente a quanto era previsto dal comma 60, è rivolto a verificare, tra le altre cose, anche «*la conformità del progetto alla normativa vigente*», quindi anche al contenuto del piano urbanistico^[102].

Se, invece, il progetto è difforme dallo strumento urbanistico, il comune, ieri come oggi, può seguire la procedura ordinaria oppure una procedura semplificata ed accelerata per l'introduzione della variante al piano regolatore. In quest'ultimo caso, in passato, si applicavano le disposizioni contenute nell'art. 1, co. 4 e 5, della l. n. 1/1978, ove era previsto che l'approvazione del progetto non conforme alle previsioni del piano urbanistico, in presenza delle condizioni indicate dalla norma, o «*non comportava la necessità di varianti*» allo strumento urbanistico^[103], oppure ne «*costituiva essa stessa variante*»^[104]. Oggi – in seguito all'abrogazione dei predetti co. 4 e 5, da parte dell'art. 136, co. 2, lett. *d*), cit. – si applica, invece, l'art. 19, del testo unico sull'espropriazione (d.P.R. n. 327/2001), che attribuisce alla

delibera di approvazione da parte del consiglio comunale (quale unico organo legittimato, ai sensi dell'art. 42, co. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 267/2000), tanto del «*progetto preliminare*» quanto di quello «*definitivo*», che non sia conforme al piano regolatore, valore di «*variante allo strumento urbanistico*», e tale delibera «*si intende approvata dalla regione*» (o dall'ente da questa delegato all'approvazione del piano urbanistico) se questa «*non manifesta il proprio dissenso entro il termine di novanta giorni*» (decorrente dalla ricezione della determinazione consiliare e della relativa completa documentazione), anche se (in quest'ultimo caso) gli effetti giuridici della delibera e quindi della variante al piano rimangono comunque sospesi fino alla successiva seduta del consiglio comunale, che dovrà disporre espressamente l'efficacia della precedente deliberazione ^[105] .

La stessa procedura di variante semplificata, in cui l'approvazione regionale si può avere anche attraverso il meccanismo del silenzio assenso (decorsi 90 giorni dalla ricezione della delibera del consiglio comunale e della relativa completa documentazione) e la variante produce effetto nella seduta successiva del consiglio comunale (che dispone l'efficacia della precedente delibera), è prevista pure dall'art. 9, co. 5, del t.u. sull'espropriazione, con riferimento alle opere pubbliche o di pubblica utilità *diverse* da quelle originariamente previste nel piano urbanistico, ma «*insistenti sulla stessa area soggetta al vincolo preordinato all'esproprio*» ^[106] .

Per quanto riguarda l'oggetto della deliberazione consiliare, si osserva ancora come la norma equipari, ai fini della produzione dell'effetto di variante al piano urbanistico, l'approvazione del «*progetto preliminare*» all'approvazione del «*progetto definitivo*». Tuttavia, se si vuole che l'approvazione produca anche l'effetto di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, è necessario che il consiglio comunale approvi il «*progetto definitivo*», in quanto – ai sensi dell'art. 12, co. 1, lett. *a*), del t.u. sull'espropriazione – è soltanto l'approvazione del progetto definitivo che comporta (implicitamente) la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera ^[107] .

Al fine poi di accelerare la realizzazione di progetti definitivi per «*infrastrutture di trasporto, viabilità e parcheggi, tese a migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città*», l'art. 98, co. 2, del vecchio codice dei contratti pubblici del 2006, stabiliva che la loro approvazione, da parte del consiglio comunale,

aveva il valore di «*variante urbanistica a tutti gli effetti*». Ma la norma è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, con la sentenza 23 novembre 2007, n. 401, in quanto, pur se presenta collegamenti con la materia dell'ambiente per le finalità perseguite, che sono dichiaratamente quelle del miglioramento della «*qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città*», afferisce, riguardo al suo peculiare oggetto, prevalentemente all'ambito materiale del governo del territorio, di competenza ripartita Stato-regioni, sul quale lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali, spettando invece alle regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio, secondo quanto stabilito dall'art. 117, terzo comma, ultimo periodo, della Costituzione. La disposizione in questione, viceversa, per il suo contenuto precettivo del tutto puntuale, secondo la Consulta non lascia alcuno spazio di intervento alle regioni, in quanto l'affermazione secondo cui «*l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti*» non è passibile di ulteriore svolgimento da parte del legislatore regionale, con la conseguente compromissione della competenza che spetta alle regioni nella materia dell'urbanistica e quindi dell'assetto del territorio. La norma, peraltro, avrebbe potuto essere considerata illegittima anche per un ulteriore profilo, in quanto, tenendo conto soprattutto di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 206/2001 (di cui si è già discusso nel precedente paragrafo), avrebbe leso, sia pure con riferimento ad opere finalizzate alla tutela dell'ecosistema e dell'ambiente, le attribuzioni urbanistiche della regione, privandola del potere di approvare o meno la variante.

1. Il presente scritto, destinato agli Studi in onore di Filippo Salvia, a cura di G. Corso e M. Immordino, riprende, con modifiche e aggiornamenti, un precedente lavoro (C. CELONE, *Attività edilizia delle pubbliche amministrazioni*, in *Testo Unico dell'Edilizia*, a cura di M. A. Sandulli, con il coordinamento di S. Bellomia - M. R. Spasiano - G. Mari, Milano, III ed., 2015, 218 ss.).
2. Per “opera pubblica” la dottrina prevalente sembra intendere «*il risultato immediato di qualsiasi attività materiale (costruttiva e non) consistente in una modificazione durevole del mondo reale (elemento oggettivo), di cui lo Stato o altro ente pubblico risulta titolare (elemento soggettivo), destinato a soddisfare direttamente interessi generali della collettività (elemento finalistico)*» (M.A. Sandulli, *Il concetto di opera pubblica e di lavoro pubblico*, in E. Picozza - M.A. Sandulli - M. Solinas, *I lavori pubblici*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. X, Padova, 1990, 9 ss.; M. Pallottino, voce *Opere e lavori pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, 1995, 340 ss.). Perché l'opera sia definita pubblica

CERIDAP

non è tuttavia necessario – secondo una parte della dottrina (P. Urbani - S. Civitaresse Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2020, 289; G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 370-371) – che sia di proprietà di un'amministrazione pubblica "in senso stretto", ossia di un ente pubblico, potendo anche appartenere ad una "impresa pubblica" o ad un "organismo di diritto pubblico", a condizione, però, che sia funzionalizzata ad un interesse pubblico. Il concetto di "opera pubblica" va poi distinto da quello limitrofo di "opera (privata) di pubblico interesse o di pubblica utilità", in cui l'opera, invece, appartiene ad un soggetto privato (che ne è proprietario), ma, in ragione del fatto di essere destinata a soddisfare bisogni della collettività, può essere assoggettata ad un regime giuridico speciale, uguale o simile a quello delle opere pubbliche. Distinto ma intrinsecamente collegato al concetto di "opera pubblica" è infine quello di "lavoro pubblico": quest'ultimo viene infatti identificato con le attività di «costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere», mentre, quello di "opera" con «il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica», e comprende sia le opere che sono «il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, [...] di difesa e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistico e di ingegneria naturalistica» (art. 3, co. 1, lett. nn) e pp), cod. appalti, di cui al d.lgs. n. 50/2016). Il lavoro pubblico è quindi l'attività tecnico-materiale necessaria alla realizzazione dell'opera, mentre l'opera è il risultato finale di tale attività. L'opera può dunque consistere tanto in una costruzione *ex novo*, quanto in una demolizione (per esempio, abbattimento di un ponte pericolante), in una ristrutturazione, in una modificazione di un ambiente naturale (per esempio, bonifica di un'area paludosa, riqualificazione ambientale degli alvei di un fiume).

3. In questi termini, F. Salvia – C. Bevilacqua – N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, 4° ed., Milano, 2021, 62 ss., 104 ss., 159 ss., 255 ss.
4. Sui grandi eventi, si v., di recente, per esempio, la legge di bilancio per il 2022, che, al fine di assicurare gli interventi funzionali alle celebrazioni del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025 nella città di Roma e taluni di quelli inclusi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), prevede la nomina di un Commissario straordinario del Governo, in carica fino al 31 dicembre 2026, al quale, limitatamente agli interventi urgenti di particolare criticità, è attribuito il potere di operare a mezzo di ordinanze in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, salvo il rispetto del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (di cui al d. lgs. n. 159/2011), del codice dei beni culturali e del paesaggio (di cui al d. lgs. n. 42/2004), nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Ordinanze, quelle adottate dal Commissario straordinario, che sono immediatamente efficaci e sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale (art. 1, comma 425, legge n. 234/2021).
5. Con l'espressione "piani speciali" si intende fare riferimento a tutti quei piani introdotti nel tempo dalla legislazione di settore preordinati al soddisfacimento di interessi pubblici settoriali, che si sovrappongono o si intrecciano con il sistema della pianificazione

- urbanistica ordinaria. Possono rientrare in questa categoria per esempio: i piani di zona per l'edilizia economica e popolare, i piani per il recupero del patrimonio edilizio esistente, i piani città, i piani della rete commerciale, i piani per gli insediamenti produttivi, i piani regolatori portuali, i piani dei trasporti, i piani energetici.
6. Come sottolinea, di recente, anche E. Boscolo, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, maggio 2021, 1257, quando, a proposito del decreto semplificazioni n. 76/2020, rimarca che ha inciso profondamente sulla struttura del testo unico dell'edilizia (d.P.R. n. 380/2001) con una serie di interventi puntuali, mentre, sul versante dell'urbanistica, costituisce (al pari della legge di conversione) l'ennesima occasione mancata «rispetto all'esigenza, comunemente avvertita, di un rinnovato catalogo di principi in grado di aggiornare la trama fortemente datata della legge urbanistica del 1942 (e, in primis, lo schema di piano post-razionalista imperniato sul binomio zoning-standard, pensato in stagioni improntate a modelli espansivi)». L'adeguamento dell'intero impianto dogmatico-disciplinare del diritto urbanistico sarebbe reso indifferibile – secondo l'Autore (E. Boscolo, *Evoluzione storica e dimensioni attuali della pianificazione comunale. Il diritto urbanistico oltre la tradizione: efficienza insediativa e tutela dei beni comuni territoriali*, Torino, 2017, abstract) – dall'estensione del novero delle funzioni assunte dal piano regolatore generale (che oltre alla tradizionale funzione di disciplina degli usi del territorio e di regolazione dei processi insediativi, allo scopo di assicurare razionalità nelle trasformazioni urbane, da orientare necessariamente con sempre maggior vigore in direzione della rigenerazione urbana e del riuso del già costruito, nel periodo più recente ha assunto anche la funzione di promozione dei valori della sostenibilità ambientale, dell'urbanità e della qualità degli spazi di vita, della coesione sociale e della competitività territoriale) e dal conseguente «mutamento della struttura interna del piano e, prima ancora, della procedura di pianificazione entro cui, anche grazie al riconoscimento di spazi sempre crescenti a nuove forme di partecipazione, devono trovare un difficile bilanciamento interessi spesso in serrata conflittualità».
 7. G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 369.
 8. Art. 17, co. 3, lett. c), t.u. edilizia. Cfr. sul punto V. Mazzarelli (a cura di), *Diritto dell'edilizia*, Torino, 2004, 65.
 9. G.F. Ferrari, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Aa.Vv., a cura di R. Ferrara - G.F. Ferrari, 2005, 5 ss.; P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, 2° ed., Milano, 2006, 5 ss.; R. Chieppa, *Governo del territorio, in Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Aa.Vv., a cura di G. Corso - V. Lopilato, parte speciale, I, Milano, 2006, 448 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, 2° ed., Padova, 2012, 21 ss.; P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, 2° ed., Milano, 2012, 1 ss.; P. Urbani, (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, 90 ss.; F. Salvia – C. Bevilacqua – N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 31-32. Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303; Id., 7 ottobre 2003, n. 307; Id., 19 dicembre 2003, n. 362; Id., 28 giugno 2004, n. 196; Id., 16 giugno 2005, n. 232; Id., 27 luglio 2005, n. 336.
 10. Cfr.: E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983, 186; F. Salvia - F.

- Teresi, *Diritto urbanistico*, 7° ed., Padova, 2002, 88; F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 104; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, Padova, 2003, 119; V. Mazzarelli, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Dir. amm. speciale*, vol. IV, *La disciplina dell'economia*, Milano, 2003, 3372; G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, 5° ed., Milano, 2003, 204; P. Urbani - S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. ...*, cit., 52-53; R. De Nictolis, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, in *Cons. St.*, 2004, 2268 ss.; N. Centofanti, *Diritto a costruire. Pianificazione urbanistica. Espropriazione*, Milano, 2005, 457; A. Fiale - E. Fiale, *Diritto urbanistico*, 12° ed., Napoli, 2006, 201.
11. G. Sala, *Il procedimento espropriativo e il vincolo preordinato all'esproprio*, in *Il testo unico in materia di espropriazione. Commento sistematico al d.p.r. n. 327/2001 come modificato dal d.lgs. n. 302/2002*, a cura di G. Scullo, con la collaborazione di R. Ferrara - G. Sala, Torino, 2004, 57; P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Aa. Vv., a cura di N. Assini - P. Mantini, 2007, 976.
 12. In questi termini, F. Salvia - C. Bevilacqua - N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 109, «Negli ultimi anni, il disegno dell'assetto del territorio (che tradizionalmente ha sempre costituito la caratteristica peculiare degli strumenti urbanistici) tende a perdere consistenza, poiché la funzione di orientamento (o strategica) dei "piani strutturali" dell'ultima generazione, non si traduce sempre in un "abbozzo di assetto del territorio" (come ad es. avviene nei piani di direttive vecchia maniera), ma piuttosto - come annota Boscolo (con riferimento soprattutto alla legge lombarda) - nella indicazione degli "obiettivi in chiave quantitativa più che territoriale da perseguire nel governo del territorio"» (110).
 13. In questo senso: P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 976; G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, in *Manuale di diritto urbanistico*, a cura di N. Assini - P. Mantini, Milano, 1997, 782, 792; P. Urbani - S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. ...*, cit., 292-294; F. Salvia - F. Teresi, *Diritto urbanistico*, cit., 247-248; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 199; G. Sala, *Il procedimento espropriativo e il vincolo preordinato all'esproprio*, cit., 58; A. Fiale - E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 210, 817; *Cons. St.*, IV, 14 luglio 1972, n. 729; *Id.*, 1° giugno 1989, n. 356. In altri termini, si è dato vita al fenomeno inverso della cd. *sovrapposizione* dei progetti di opere pubbliche ai piani urbanistici (F.C. Rampulla, *La sovrapposizione di opere pubbliche agli strumenti urbanistici*, in *Le Regioni*, 1978, 969 ss.; sull'argomento, si v. pure: V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1985, 397 ss.; R. La Barbera, *L'attività amministrativa. Dal piano al progetto*, Padova, 1990, 83 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Sulla dinamica degli interessi pubblici nella pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1992, 155 ss.; G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 784 ss.; A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, 24 ss.).
 14. M. Pampanin, *Disciplina del territorio e opere statali secondo le scelte del giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 1981, 1012.

15. Cons. St., IV, 29 agosto 1972, n. 768; Id., IV, 9 dicembre 1983, n. 907; Id., VI, 13 maggio 1985, n. 197; Id., V, 16 ottobre 1989, n. 642; Id., IV, 27 dicembre 1989, n. 991; *contra*: G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 783 ss.; P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., cit., 975.
16. F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 206. Sui concetti di conformità e compatibilità urbanistica del progetto rispetto al piano, si v. P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, 2^a ed., Milano, 2006, 162 ss., che propone una differente prospettiva ricostruttiva, favorevole alla compatibilità.
17. Oggi, i diversi tipi di atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità sono individuati dall'art. 12 del testo unico sull'espropriazione, emanato con d.P.R. n. 327/2001.
18. Art. 14, legge n. 109/1994, confluito, con modif. ed aggiunte, prima nell'art. 128 del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006, e poi nell'art. 21, del codice dei contratti pubblici, denominato anche codice degli appalti, emanato con d.lgs. n. 50/2016, destinato anche questo ad essere sostituito a breve, a partire dal 1° aprile 2023 (salvo eventuali proroghe), dal nuovo codice approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri nella seduta del 16 dicembre 2022.
19. V. Mazzerelli, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, cit., 3375.
20. F. ROCCO, in *Testo unico sull'edilizia*, Aa. Vv., coordinato da V. Italia, Milano, 2003, 132; R. TOMEL, Sub art. 7, in *L'attività edilizia nel testo unico. Commentario*, Aa.Vv., a cura di F. Caringella - G. De Marzo, 2^a ed., Milano, 2006, 114-115; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Aa. Vv., a cura di R. Ferrara - G.F. Ferrari, 2005, 137.
21. In questi termini, E. STICCHI Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 207; cfr. pure Cons. St., IV, 27 maggio 2002, n. 2909, ove si precisa che è dall'atto di approvazione che sorge l'eventuale interesse all'impugnazione.
22. A. Fioritto, *Introduzione al diritto delle costruzioni*, Torino, 2013, 48, 119 ss.; Cons. St., VI, 5 gennaio 2001, n. 25; Cass. civ., SU, 14 giugno 2005, n. 12725.
23. F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 33.
24. Cfr. Cons. St., I, 25 novembre 2015, n. 361.
25. Cons. St., VI, sent. n. 25/2001, cit.; TAR Toscana, Firenze, I, 12 febbraio 2007, n. 228; S. Civitaresse Matteucci, *Un rilevante contributo del Consiglio di Stato per la ricostruzione della natura giuridica degli accordi di programma*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 485.
26. F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 33-34.
27. Art. 15, co. 2, legge n. 241/1990. Sul tema, cfr. E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 206.
28. S. Civitaresse Matteucci, voce *Accordo di programma (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, III, agg., 1999, 20-21.
29. Cons. St., IV, 11 febbraio 2003, n. 736, cit.; Cons. St., ad. plen., 15 settembre 1999, n. 14;

CERIDAP

- CGAS, 22 dicembre 1999, n. 658; Cons. St., IV, 14 giugno 2001, n. 3169; in senso parzialmente diverso, pare esprimersi Cons. St., VI, 26 giugno 2001, n. 3460.
30. R. Damonte, *Accordi di programma e pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 219.
31. Cons. St., IV, 11 febbraio 2003, n. 736.
32. Damonte R., *L'accordo di programma in generale e suoi effetti sui procedimenti urbanistici*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, 49, 66.
33. Cons. St., VI, sent. n. 25/2001 cit.; Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 62.
34. Cons. St., VI, 7 febbraio 1996, n. 182.
35. A. Maestroni, *Il Consiglio di Stato e l'autocoscienza dell'effetto espansivo del giudicato amministrativo: linee guida in tema di accordi di programma*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, 708-709.
36. F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, cit., 36; R. Damonte, *L'accordo di programma in generale e suoi effetti sui procedimenti urbanistici*, cit., 63.
37. E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 205.
38. F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, cit., 35-36; G. Manfredi, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1992, 349.
39. S. Civitaresse Matteucci, *Un rilevante contributo del Consiglio di Stato per la ricostruzione della natura giuridica degli accordi di programma*, cit., 487.
40. Cons. St., IV, 30 luglio 2002, n. 4075.
41. In questo senso, Cass. pen., III, 10 maggio 2019, n. 27298, ove si afferma che anche per le opere realizzate per scopi di pubblica utilità su area demaniale, se non è richiesto il previo rilascio del permesso di costruire, è comunque necessario il rispetto delle disposizioni urbanistiche vigenti.
42. G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 788; F. Salvia - F. Teresi, *Diritto urbanistico*, cit., 249; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, cit., 145-146; A. Fiale - E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 829-831. Cons. St., VI, 11 marzo 1980, n. 299; Id., VI, 13 maggio 1985, n. 197; Id., IV, 15 luglio 1993, n. 714; Id., IV, 24 gennaio 1995, n. 33; Id., V, 18 dicembre 2002, n. 7043; TAR Lazio, I, 22 ottobre 1984, n. 936; TAR Sicilia, Catania, II, 30 novembre 1988, n. 1250; TAR Lazio, II, 4 aprile 1989, n. 486; TAR Marche, 10 aprile 1992, n. 245; TAR Valle d'Aosta, 22 marzo 1993, n. 40; TAR Veneto, I, 18 maggio 1994, n. 550; TSA, 16 aprile 1993, n. 46; Cass. pen., III, 12 dicembre 1988, n. 2167; Id., III, 7 aprile 1994.
43. M. Pallottino, voce *Opere e lavori pubblici*, cit., 344; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, cit., 141-143; A. Fiale - E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 830-831; G. D'angelo, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, 11^a ed., Padova, 2006, 264; Id., 2012, 225, ove, però, quanto agli «enti istituzionalmente competenti», intende la norma come riferita alle sole «persone giuridiche pubbliche», che hanno il compito istituzionale di realizzare opere pubbliche di interesse statale».
44. Cons. St., VI, 13 maggio 1985, n. 197; TAR Sicilia, Catania, II, 30 novembre 1988, n.

CERIDAP

- 1250; Cass. pen., III, 12 dicembre 1988, n. 2167; TAR Marche, 10 aprile 1992, n. 245; TAR Valle d'Aosta, 22 marzo 1993, n. 40; TAR Veneto, I, 18 maggio 1994, n. 550; TAR Basilicata, Potenza, 22 marzo 2002, n. 263.
45. L'influenza dominante è presunta, ai sensi del vigente art. 3, co. 1, lett. t), del codice dei contratti pubblici, quando il soggetto pubblico, alternativamente o cumulativamente, detenga la maggioranza del capitale sottoscritto, oppure controlli la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dalla società, oppure abbia il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza della società.
46. A. Crosetti - A. Police - M.R. Spasiano, *Diritto urbanistico e dei lavori pubblici*, Torino, 2007, 188.
47. G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 371.
48. Cfr. G. Pagliari, *op. ult. cit.*, 372.
49. Cons. St., VI, 18 marzo 2004, n. 1443; Id., VI, 5 settembre 2005, n. 4520; TAR Emilia-Romagna, I, 6 marzo 1999, n. 92.
50. Cfr. Cons. St., VI, 12 gennaio 2011, n. 114.
51. P. Urbani - S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. ...*, cit., 298; Cons. St., VI, sent. n. 4520/2005, cit.
52. Cfr., per il passato: Cons. St., IV, 31 gennaio 2005, n. 224; Id., VI, 5 settembre 2005, n. 4520; G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 790; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governare del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 203; G. D'angelo, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, cit., 265-266.
53. Cfr., per il passato, Cons. St., VI, 18 marzo 2004, n. 1443; Id., IV, sent. n. 224/2005, cit.
54. Art. 3, co. 4, d.P.R. n. 383/1994, come sostituito dall'art. 20 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2.
55. Cfr. Cons. St., IV, 1° marzo 2001, n. 1152; Id., VI, 18 marzo 2004, n. 1443; Id., IV, sent. n. 224/2005, cit.
56. Così come stabiliva espressamente anche il vecchio art. 14-*quater*, co. 3, della legge n. 241/1990, in seguito all'inciso introdotto dall'art. 25 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164), successivamente abrogato.
57. G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 790; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governare del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 202-203; A. Fiale - E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 828.
58. P. Urbani, in *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della l. 382, Aa.Vv.*, a cura di A. Barbera - F. Bassanini, Bologna, 1978, 458.
59. *Ex plurimis*, Corte cost. n. 182/2013, n. 121/2010, n. 24/2007, n. 339/2005.
60. Corte cost. n. 165/2011.
61. Corte cost. n. 33/2011.
62. Corte cost. n. 165/2011 (corsivo non testuale).
63. G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 789; Corte cost., 5 maggio

CERIDAP

- 1988, n. 514.
64. TSA, 21 gennaio 1986, n. 2.
65. TAR Liguria, 24 febbraio 1988, n. 161.
66. N. Assini, *Diritto urbanistico (Governare del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 202.
67. S. Amoroso, *Gli interventi statali sul territorio regionale e locale. Programmi d'opere pubbliche e pianificazione urbanistica*, Milano, 1979, 112.
68. S. Civitarese Matteucci, *Semplificazione ed autocordinamento nei procedimenti di localizzazione delle opere statali*, in *Le Regioni*, 1995, 119.
69. In questi termini, P. L. Portaluri, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *federalismi.it*, 29 dicembre 2021.
70. G. Comporti, *Conferenze di servizi ed ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 1998, 225.
71. B. Masi, *Riflessioni sull'art. 81 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616*, in *Riv. giur. urb.*, 1992, 559; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, cit., 145.
72. Cfr. G. Turco Liveri, *Opere pubbliche e trasformazioni del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 368; P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 748.
73. P. Urbani - S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. ...*, cit., 297.
74. Cons. St., IV, 24 febbraio 2000, n. 1002; TAR Campania, Salerno, I, 14 febbraio 2002, n. 109.
75. Cons. St., VI, 7 agosto 2003, n. 4568; Id., sent. n. 4520/2005, cit.
76. Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 62; Id., 28 luglio 1993, n. 348; Cass. pen., IV, 21 ottobre 1993; Cons. St., IV, 12 aprile 1995, n. 233; TAR Puglia, Lecce, I, 1 maggio 1999, n. 504; F. Pellizzer, *Vecchi problemi e nuovi strumenti operativi nel rapporto tra urbanistica e opere pubbliche*, in *Le Regioni*, 1996, 670.
77. Quale rappresentante legale dell'ente locale (art. 50, d.lgs. n. 267/2000).
78. Cfr. art. 42, co. 2, lett. b, d.lgs. n. 267/2000.
79. Cfr. F. Nicoletti, *La conferenza di servizi e la localizzazione delle opere pubbliche statali tra semplificazione e rispetto delle competenze*, in *Riv. giur. urb.*, 2001, 243.
80. D. D'orsogna, *Conferenza dei servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 119 ss.
81. R. De Nictolis, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, cit., 2270; *contra*, L. Maruotti, *Articolo 10. Vincoli derivanti da atti diversi dai piani urbanistici generali*, in *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, a cura di F. Caringella - G. De Marzo - R. De Nictolis - L. Maruotti, Milano, 2002, 127; negli stessi termini, TAR Campania, Salerno, I, 27 novembre 2006, n. 2178.
82. R. Damonte, *Accordo di programma e conferenza di servizi alla luce del nuovo Testo unico sulle espropriazioni*, in *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico. Commentario*, a cura di F. Caringella - G. De Marzo, Milano, 2005, 140.
83. G. Cerisano, *La procedura di variante*, in *op. ult. cit.*, 129.

CERIDAP

84. Corte cost., 26 giugno 2001, n. 206.
85. Cons. St., IV, sent. n. 3830/2000, cit.
86. In questi termini, di recente, TAR Campania, Napoli, VIII, 24 maggio 2022, n. 3525, ed i precedenti conformi ivi richiamati, nonché, TAR Lombardia, Brescia, I, 1 aprile 2021, n. 310, Cons. St., IV, 8 maggio 2019, n. 2954.
87. Prima delle modifiche apportate nel 2019, si v. le riflessioni di A. Fioritto, *Introduzione al diritto delle costruzioni*, cit., 108. Si v. pure, per il periodo antecedente: Cons. St., I, parere 5 novembre 1997, n. 1622; F. Nicoletti, *La conferenza di servizi e la localizzazione delle opere pubbliche statali tra semplificazione e rispetto delle competenze*, cit., 229, 246 ss.; P. Urbani - S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, 3^a ed., Torino, 2004, 306.
88. D.P.R. n. 194/2016.
89. Legge n. 880/1973.
90. D.lgs. n. 387/2003, d.lgs. n. 28/2011.
91. Artt. 52-*quater* e 52-*quinquies*, d.P.R. n. 327/2001.
92. Legge n. 393/1975, d.lgs. n. 45/2014.
93. In passato, legge n. 898/1976, oggi, d.lgs. n. 66/2010, che contiene il Codice dell'ordinamento militare.
94. Alcune delle quali richiamate anche dall'art. 81, ult. comma, del decreto del '77, e dall'art. 2, del decreto del '94.
95. Cfr. F. Salvia – C. Bevilacqua – N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 258 ss.. Si v. pure G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 792 ss.; A. Fiale - E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 831 ss.; F. Salvia - F. Teresi, *Diritto urbanistico*, cit., 254-255; per la giurisprudenza, TAR Campania, Napoli, V, 27 marzo 2003, n. 3037; TAR Abruzzo, L'Aquila, 22 aprile 2005, n. 205; TAR Abruzzo, Pescara, 2 maggio 2005, n. 192.
96. Cfr., per es., art. 24, art. 44, co. 4, art. 48 bis, art. 53 bis, co. 1, art. 57, co. 1, lett. c, d.l. n. 77/2021, oppure art. 33, co. 2, d.l. n. 36/2022.
97. Tale procedura di verifica e validazione, in passato, era regolamentata dall'art. 47 del d.P.R. n. 554/1999 (a cui la disposizione del testo unico dell'edilizia continua in effetti a fare anacronisticamente riferimento), poi, dal d.P.R. n. 207/2010 (in part., artt. 45, 52-55), che conteneva il regolamento di attuazione del precedente codice degli appalti del 2006, abrogati entrambi dall'attuale codice degli appalti del 2016, destinato anch'esso ad essere sostituito a breve (cfr. nota 17).
98. Cons. St., VI, 14 gennaio 2004, n. 74; Id., IV, 27 ottobre 2003, n. 6631; Cass. pen., III, 11 marzo 2004, n. 18697.
99. Cons. St., IV, 11 aprile 1978, n. 289; Id., II, parere 30 maggio 1984, n. 936; Id., IV, 12 novembre 1996, n. 1204; TAR Toscana, 26 gennaio 1985, n. 32; TAR Veneto, 16 marzo 1985, n. 109; TAR Sicilia, Palermo, I, 3 giugno 1991, n. 376.
100. TAR Umbria, 26 aprile 1986, n. 183; TAR Abruzzo, L'Aquila, 14 febbraio 1990, n. 100; TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 28 aprile 1998, n. 179; Cass. pen., III, 28 maggio 1981, n. 1135; Cass. pen., VI, 3 marzo 1984, n. 83.

CERIDAP

101. P. Marzaro Gamba, *L'esclusione della concessione edilizia per la realizzazione delle opere pubbliche comunali*, in *Riv. giur. urb.*, 1997, 295.
102. In questo senso, Cons. St., V, 5 novembre, 2012, n. 5589; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 19 settembre 2013, n. 2248; Cass. pen., III, 22 maggio 2012, n. 40115; Cass. pen., III, 2 aprile 2008, n. 18900; *contra*, B.G. Carbone, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Aa.Vv., coordinato da M. De Paolis - M. Pallottino, Rimini, 2004, 112.
103. Cons. St., V, 22 giugno 1989, n. 391; Id., IV, 12 ottobre 2000, n. 5423; TAR Campania, Salerno, I, 18 giugno 2002, n. 535.
104. CGA, 8 novembre 1988, n. 184; Cons. St., IV, 4 febbraio 1999, n. 110; Id., V, 1° ottobre 2001, n. 5189; Id., IV, 27 marzo 2002, n. 1742; Id., IV, 8 luglio 2002, n. 3804.
105. Cfr. TAR Campania, Salerno, I, 6 luglio 2005, n. 1107; TAR Liguria, Genova, I, 8 luglio 2005, n. 1065; TAR Campania, Salerno, II, 9 marzo 2006, n. 252; TAR Emilia-Romagna, Bologna, I, 28 aprile 2006, n. 533; TAR Lombardia, Milano, II, 17 luglio 2006, n. 1804; TAR Campania, Napoli, V, 3 ottobre 2006, n. 8485.
106. Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, II, 31 agosto 2005, n. 1853.
107. R. De Nictolis, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, cit., 2272; Cons. St., IV, 14 dicembre 2002, n. 6917.

L'ordine giuridico del digitale

Tommaso Edoardo Frosini

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-6

L'articolo presenta e rappresenta l'ordine giuridico del digitale, inquadrandolo nella dimensione costituzionale. Quindi, principalmente ma non esclusivamente, i nuovi diritti di libertà che si sono venuti a formare con l'avvento della tecnologia, soprattutto delle piattaforme digitali. Si dubita dell'efficacia di un intervento regolatorio del sistema digitale, come sta facendo la UE con i suoi regolamenti lunghi, complessi, la cui finalità non sembra essere quella promozionale ma sanzionatoria. Nell'articolo vengono evidenziate le luci più che le ombre di un ordine giuridico digitale, sebbene vi siano alcuni problemi riferiti al mercato del digitale, dove le poche grandi aziende esercitano una posizione dominante che limitano il fenomeno concorrenziale. Ulteriori riflessioni sono dedicate al tema della democrazia nell'internet e alle disfunzioni derivanti dalla disinformazione.

The legal order of the digital sphere

This article addresses the legal order of the digital sphere, focusing on the constitutional dimension. In particular, the new freedoms that have come into being with the advent of technology, especially digital platforms. There are doubts about the effectiveness of regulatory intervention, such as that attempted by the EU whose purpose seems to focus on sanctions for violations rather than on promoting freedoms. The article emphasizes the positives rather than the negatives of a digital legal order, while recognizing the problems with the digital market where the large companies exercise a dominant and anti-competitive position. The article also addresses the issue of democracy on the Internet and the challenge of misinformation.

Sommario. 1. Ordine (e disordine) nel diritto digitale.- 2. Costituzionalismo e tecnologia.- 3. I nuovi diritti costituzionali nell'era di Internet. Il diritto di accesso.- 4. Segue: il diritto alla libertà di espressione.- 5. Segue: il diritto alla privacy.- 6. Segue: il diritto all'oblio.- 7. Il diritto nell'intelligenza artificiale.- 8. Democrazia

e società digitale.- 9. Fake news e disinformazione.- 10. Conclusioni.

1. Ordine (e disordine) nel diritto digitale

Il titolo di questo scritto prende, volutamente, spunto da una formulazione, «*l'ordine giuridico del mercato*»^[1], presentata diversi anni fa, la cui teorizzazione ha suscitato consensi e perplessità: si affermava, tra l'altro, il luogo del mercato come statuto di norme, la cui decisione finale regolatoria spetta alla politica e quindi alla scelta legislativa, piuttosto che ai tribunali o alle dottrine giuridiche. Quella formula intendo qui trasferirla a uno tra i più rilevanti settori del mercato odierno, che è quello digitale. Dove però lo statuto di norme, inteso come strutturata regolazione e codificazione, appare quale metodo meno indicato per provare a dare un ordine giuridico: se non altro, quantomeno, a causa della tendenziale obsolescenza delle stesse norme, tenuto conto della rapidità con la quale si evolve e progredisce il digitale nella sua produzione industriale. Certo, ci dovrà pur essere un ordine giuridico che regola il sistema del digitale ma, a mio avviso, dovrebbe organizzarsi sulla base di norme di principio anziché di dettaglio, su norme a prevalenza promozionali anziché sanzionatorie. Come invece sembra essersi avviata l'Unione europea, attraverso una continua produzione di regolamenti, con i quali ha iniziato a normare il mercato e i servizi delle piattaforme digitali e financo a contenere l'espansione dell'intelligenza artificiale. Nell'illusione di volere “plasmare il futuro digitale dell'Europa”, per dirla con uno *slogan* coniato dalla stessa UE, mentre invece rischia di determinare un disordine giuridico del mercato digitale, generato da un eccesso farraginoso di norme, che complicano il quadro regolatorio e rendono assai difficile l'applicazione delle stesse, sia da parte del cittadino-consumatore-utente delle piattaforme digitali, sia da parte delle aziende che operano nel settore della tecnologia industriale. Una prova di ciò è già verificabile nei regolamenti che sono stati varati dalla UE, che si distribuiscono per numerosi articoli e paragrafi^[2]: si prenda, a esempio, il Regolamento sull'intelligenza artificiale^[3] (d'ora in poi: IA), che si spalma su 89 “considerando”, 85 articoli (di cui, almeno uno, il 4, di 44 paragrafi) e 9 allegati^[4]. Non è facile districarsi nella boscaglia normativa nemmeno per l'intelligenza umana, anche quella di un giurista avvezzo alla interpretazione delle norme. Invece: un regolamento su una materia davvero

strategica per la UE e non solo (posto che la IA si andrà a usare e applicare, da cittadini e imprese europee, in giro per il mondo, quindi oltre la perimetrazione normativa eurounitaria) dovrebbe, a mio avviso, essere sorretto da una disciplina normativa “sostenibile”, con l’intento di riuscire a bilanciare interessi e concezioni diversificate, ponendosi quale primario obiettivo quello di non inibire la ricerca e lo sviluppo della IA, tenuto conto della sua importanza per la crescita economica e per l’implementazione della ricerca scientifica, a cominciare da quella medica, dove l’impatto della IA si sta rivelando determinante per la diagnosi e la terapia di una serie di patologie. La normativa europea dovrebbe essere altresì flessibile e adattabile ai cambiamenti; con l’obiettivo di creare e formare un diritto della IA “*stable but not still*”.

In tal modo, si potrà giungere a una sorta di ordine giuridico del digitale: ordine da intendersi non come comando piuttosto come precetto, che dispone di compiere (o di non compiere) un certo tipo di azioni. Pertanto, il problema va impostato e risolto sul terreno pratico dell’esperienza giuridica; si deve cioè esaminare, se si tratta o no di un fatto, che si verifica nel mondo delle azioni degli uomini in società, dove è dato constatare l’esistenza del diritto, quello costituzionale in particolare.

2. Costituzionalismo e tecnologia

Del problema relativo all’ipertrofia normativa europea tratterò (anche) in questo scritto, dopo avere prima presentato e rappresentato la questione dell’ordine giuridico del digitale, sia pure costituzionalmente orientato^[5]. Inizialmente, però, vorrei provare a mettere un punto fermo, oggettivo, sul sistema digitale e le sue applicazioni, tramite le piattaforme, nella società globale di oggi. Per fare ciò, è opportuno dare i numeri, per così dire, al fine di rendersi ben conto del problema, e quindi di ciò che siamo e di ciò che non vogliamo. Ebbene, con riferimento ai (più diffusi) *social network*, i numeri sono questi: iniziamo con *Facebook*, che ha 2,80 miliardi di utenti attivi mensili, 1,8 miliardi di utenti attivi giornalieri; il 59% degli utenti di internet, 58,5 minuti al giorno vengono trascorsi a “navigare” sul *social*; poi, *Whatsapp*, che ha 2 miliardi di utenti attivi mensili, ogni giorno vengono inviati più di 100 miliardi di messaggi, l’utente medio trascorre 38 minuti al giorno a mandare e leggere messaggi; infine, *Twitter*, che ha

353 milioni di utenti attivi al mese con un accesso quotidiano da parte di 187 milioni di persone, che trascorrono 158,2 minuti al mese usando la piattaforma per “cinguettare”^[6]. È questa, piaccia oppure no, la società digitale, nella quale le nuove generazioni sono già perfettamente integrate. Si può davvero pensare di tornare indietro o pretendere di mettere un bavaglio a tutto ciò? Piuttosto bisogna lavorare per il futuro, ormai davvero prossimo, anche attraverso forme regolative del sistema digitale, che siano – insisto, ma lo dirò meglio appresso – elaborate attraverso principi e con norme promozionali anziché complesse, eccessivamente analitiche e sanzionatorie. Inoltre, con riferimento più nello specifico al diritto nella società digitale, si pensi anche a quanti atti e fatti giuridici si compiono attraverso i *social*, e più in generale nelle piattaforme digitali, in maniera davvero planetaria, senza confini e senza frontiere, potendo, per esempio, acquistare un appartamento a Miami, stando seduto in poltrona, davanti a un *personal computer* connesso a un *wi-fi*, nella propria abitazione nella piccola isola siciliana di Filicudi. E così pure quanti diritti costituzionali, ovvero dal “tono costituzionale”, si possono esercitare attraverso la rete internet: dal diritto di manifestazione del pensiero al diritto di associazione e riunione, e altri ancora^[7].

Non torno qui su temi che mi sono cari, penso, fra gli altri, al diritto di accesso a internet, e sui quali pertanto rimando a quanto già scritto altrove^[8]. Qui mi proverò ad ampliare l’orizzonte giuridico dell’internet, cercando di scrutare il paesaggio giuridico che si sta venendo a delineare nelle piattaforme digitali, soprattutto con l’avvento della IA^[9]. Quale disciplina che studia *se e in che modo* si riproducono i processi mentali più complessi mediante l’uso di un *computer*, attraverso due percorsi complementari: da un lato l’IA cerca di avvicinare il funzionamento dei *computer* alle capacità della intelligenza umana, dall’altro usa le simulazioni informatiche per fare ipotesi sui meccanismi utilizzati dalla mente umana. Da qui, la definizione, già utilizzata, del *computer* come «*simia hominis*»^[10].

La sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell’individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall’innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto^[11]. Si è parlato altresì di un «*nuovo costituzionalismo, che porta in primo*

piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto»^[12]. Sebbene costituzionalismo non sia sinonimo di costituzione, perché quest'ultime possono essere, come ce ne sono, antitetico ai principi del costituzionalismo, bisogna comunque porsi un problema, che lo si può riassumere con la seguente domanda: da un punto di vista del diritto costituzionale, le tecnologie determinano nuove forme di diritti di libertà oppure possono essere incardinate e quindi riconosciute nell'alveo delle tradizionali libertà costituzionali? Ovvero, è necessario ri-scrivere nuove norme costituzionali per definire le libertà che si sono venute a determinare a seguito dell'avvento della tecnologia, oppure si possono interpretare le vigenti norme costituzionali ricavandone da esse le nuove figure giuridiche dei nuovi diritti di libertà?

Non credo che sia da ritenersi ancora del tutto superato l'esercizio ermeneutico di volere applicare le libertà costituzionali statali ai fenomeni della tecnologia informatica^[13], anche al fine di evitare il rischio di finire in una sorta di *constitution-free zone*. Quindi, mantiene ancora oggi una sua validità rileggere la libertà di informazione, come diritto a essere informati oltretutto a informare, la libertà di comunicazione, la libertà di associazione, la libertà di riunione, la libertà di iniziativa economica privata, e le libertà politiche, alla luce degli sviluppi della tecnologia, al fine così di individuare le forme di tutela delle nuove situazioni giuridiche soggettive. Vi è stata, altresì, l'epifania di una nuova forma di libertà, che è stata concettualizzata in dottrina, fin dagli anni Ottanta, e che si è venuta a determinare con l'avvento della società tecnologica. Si tratta della dottrina della c.d. "libertà informatica", che soprattutto con internet è diventata una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere^[14]. Ci troviamo di fronte, indubbiamente, a una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere. Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica. Si viene così a dare piena attuazione all'art. 19 della Dichiarazione universale dei

diritti dell'uomo dell'Onu, che così ha chiaramente precisato il diritto di libertà di manifestazione del pensiero: «*cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee*». Formulazione perfetta, anche e soprattutto nell'era di Internet.

Allora, la libertà costituzionale di manifestazione del pensiero consiste oggi in quello che prevede e prescrive l'articolo 19 prima citato, anche quando l'informazione che viaggia *on line* su internet può agitare i governi nazionali, disturbare le relazioni diplomatiche fra Stati e, specialmente, svelare gli *arcana imperii*. Potrà non piacere, e soprattutto si potrà ridimensionare la portata e l'effetto e negarne la validità giuridica, ma resta il fatto che anche attraverso questa opera di «*cercare, ricevere, diffondere*» si viene a mettere al centro il diritto di sapere e la libertà di informare, che rappresenta altresì un nuovo modo di essere della separazione dei poteri, in una rinnovata concezione del costituzionalismo^[15]. Una volta erano i governanti che controllavano i cittadini attraverso il controllo dell'informazione; ora è diventato più difficile controllare quello che il cittadino “legge-vede-sente”, “cerca-riceve-diffonde”. Internet, allora, sta generando, come è stato scritto, «*una coscienza costituzionalistica globale, animata dai media internazionali e dai social networks quali strutture critiche di una sfera pubblica sovranazionale, con effetti di “apertura” su contesti sociali bloccati e persino di catalizzazioni di rivoluzioni culturali e politiche*»^[16].

Quali sono i (nuovi) diritti da prendere sul serio nel costituzionalismo della società tecnologica? Qui di seguito mi provo a fare un'elencazione con sintetiche riflessioni, in punto di attuazione e tutela. Non si vuole così fare l'apologia del costituzionalismo tecnologico ma piuttosto ripensare e rielaborare le categorie del costituzionalismo, per mettere “vino nuovo in otri nuovi”. Declinare il costituzionalismo alla luce dei cambiamenti prodotti dall'eromperere della tecnologia nelle nostre vite e nelle nostre comunità, in quella che è stata definita «*la nuova civiltà digitale*»^[17].

3. I nuovi diritti costituzionali nell'era di Internet. Il diritto di accesso

Le traiettorie del costituzionalismo tecnologico sono già emerse, diversi anni fa, in un paio di pronunce giurisprudenziali: in particolare, della Corte Suprema Usa

prima e del *Conseil Constitutionnel* francese poi^[18], che hanno riconosciuto e affermato il diritto di accesso a internet, da declinare quale libertà di espressione. È significativo che proprio nei due Paesi dove è sorto il costituzionalismo, seppure inizialmente muovendosi su due opposti sentieri, si registra un nuovo metodo interpretativo di ri-leggere e applicare due antiche norme – il I Emendamento della Costituzione Usa (1787) e l'articolo 11 della Dichiarazione del 1789 – pensate, scritte e approvate più di due secoli fa per affermare e tutelare la libertà di informazione: quella di ieri, di oggi e di domani, è davvero il caso di dire. Infatti, da queste norme, da quei chiari e limpidi orizzonti del costituzionalismo, che si aprivano alla modernità, oggi si cerca e si trova il nucleo fondante costituzionale per riconoscere e garantire le nuove forme espressive di comunicazione elettronica, con particolare riguardo a internet. Si sta formando, grazie a un'accorta opera d'interpretazione costituzionale, un *diritto costituzionale di accesso a internet*: perché nel contesto di una diffusione generalizzata di internet, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione *on line*. Ed è compito degli Stati rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto l'esercizio di questo servizio universale a tutti i cittadini, che invece deve essere garantito attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Quindi, il diritto di accesso a internet, da intendersi come libertà informatica, è da considerarsi *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*^[19]. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Anche perché, «*lo sviluppo di Internet e la crescita dell'esigenza della trasparenza [amministrativa] rappresentano, nelle società occidentali, due fenomeni concomitanti*»^[20].

Il diritto di accesso è strumentale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali: non solo la libertà di manifestazione del pensiero, ma anche il diritto al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, o piuttosto la libertà di impresa. Oggi, nella società dell'informazione o, se si preferisce, nell'era dell'accesso^[21], non avere la possibilità di accedere a internet significa vedersi precluso l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza, soprattutto nei rapporti con la pubblica amministrazione. Il diritto di accesso si declina sotto due

diversi ma collegati profili: *a) diritto di accesso al contenuto*, e quindi come strumento necessario per la realizzazione della libertà di manifestazione del pensiero. Se questa libertà diciamo *on line* è esercitabile se e in quanto si accede alla Rete, l'accesso non è solo strumento indispensabile ma diventa momento indefettibile dell'esercizio della libertà, senza il quale essa verrebbe snaturata, cancellata; *b) il secondo profilo*, invece, si riferisce al *diritto di accesso a Internet quale diritto sociale*, o meglio *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza^[22]. Ancora: il diritto di accesso, come è stato sostenuto, «*si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete*»^[23]. Quindi, non tanto e non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete internet piuttosto come diverso modo d'essere della persona nel mondo e come effetto di una nuova e diversa distribuzione del potere sociale.

4. Segue: il diritto alla libertà di espressione

Come è cambiato il senso e il significato della libertà di manifestazione del pensiero nell'era di internet? In maniera assai significativa, anche perché ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza "filtri", ovvero senza mediazioni di sorta, davvero un *open network*. Infatti: basta creare un sito internet, ovvero entrare in un sito: senza vincoli amministrativi e con una diffusione planetaria, accessibile a tutti (a condizione di avere un *computer* o un *tablet* e una connessione), immediato nella esecuzione, in grado di racchiudere in sé audio, scritto e video, con uno spazio illimitato di memoria e con il pieno e vario utilizzo di strumenti automatici di reperimento di quel che si cerca. Quindi, con internet, chiunque può rendere pubbliche idee e opinioni attraverso la creazione e la gestione di un proprio *server*, ovvero attraverso l'apertura di un proprio sito *web*. In tal modo, ognuno può essere stampatore, direttore e editore di sé stesso, diffondendo notizie in rete senza appartenere ad alcun ordine professionale. Tutto un agire individuale, insomma; un uso concreto ed effettivo da parte di milioni di persone. Quindi, per dirla con la giurisprudenza statunitense: «*[internet], la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata*». Anche perché – grazie

a internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo e formandosi alimentata da *Facebook, Twitter, You Tube, web communities, sms, skype, blogs* e continue evoluzioni. Questo determinerà una concezione assolutamente nuova e diversa dell'identità, che si articolerà in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono. L'identità digitale, quindi, si articola sulla base di un flusso continuo di informazioni, che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti, che costruisce, modifica e fa circolare immagini di identità altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una *Second Life* virtuale^[24]. Insomma, una situazione di sicuro progresso in termini di libertà individuale ma anche di iniziativa economica privata. È stato argutamente detto, che *«solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza»*^[25]. Certo, non è mera apologia della libertà di espressione in internet; si è ben consapevoli anche degli effetti distorsivi che può produrre l'informazione tramite i *social media*, i quali *«possono anche essere uno strumento a favore della democrazia, ma il fatto che siano nelle mani di un numero troppo ristretto di soggetti fa sì che questi, per la loro posizione siano portati a dominare “how public opinion is organized and governed”»*^[26]. Questo problema evoca il tema della posizione dominante e dipendenza economica delle aziende dell'internet, c.d. “baroni del digitale” e definiti con l'acronimo (GAFAM: *Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft*), e riconduce al tema del diritto costituzionale della concorrenza^[27] e alla sua corretta applicazione nel mercato delle piattaforme digitali. Di sicuro interesse è, tra l'altro, il caso di Google e la sua capacità di raccogliere e utilizzare i dati dei suoi utenti per il tramite dei numerosi servizi che essa stessa, quale piattaforma digitale, mette a disposizione: dalla posta elettronica alle mappe *online*, dal suo motore di ricerca sul *web* alla gestione dei pagamenti

online e molto altro ancora. Sviluppando ed esercitando, in tal modo, quella che è stata definita una «*sovranità.com*»^[28].

5. Segue: il diritto alla *privacy*

Un altro diritto da prendere sul serio, nel costituzionalismo della società tecnologica, è quello della *privacy*. Un diritto che nasce come una nuova esigenza di libertà personale, laddove si invocava «*il diritto di godere della vita, ovvero il diritto di starsene soli (right to be let alone)*»^[29]: un diritto individuale di libertà da esercitare e tutelare specialmente nei confronti delle intrusioni, allora, della stampa nel riportare in pubblico fatti o elementi strettamente personali, la cui conoscenza avrebbe comportato disdoro e imbarazzo nella persona interessata. Non si chiedeva però di esaltare la difesa della solitudine fisica, ma piuttosto di ricondurre la *privacy* alla tutela dei valori di autonomia e dignità dell'individuo, che comprendono anche la protezione della sua cerchia familiare e persino di quella societaria, in cui egli ha scelto di collocarsi.

La concezione della *privacy* si è evoluta nel tempo, non più e non tanto come “diritto a essere lasciati soli”, e quindi una forma passiva di tutela, ma piuttosto anche come “diritto a disporre dei propri dati”, assumendo pertanto una forma attiva di partecipazione informativa^[30]. Infatti, e soprattutto con l'avvento dei *computer* prima e di internet dopo, la problematica riguarda non tanto il controllo delle informazioni individuali in difesa di un diritto del soggetto alla riservatezza, quanto piuttosto il metodo adottato per la raccolta dei dati, ossia la possibilità di raccogliere le informazioni in una “banca dati” elettronica. Da qui, la nuova esigenza di tutelare la riservatezza dei dati personali, ovvero di impedire che notizie riguardanti la sfera intima della persona possano essere divulgate e conosciute da terzi, con il rischio che questo possa procurare forme di discriminazione. Si pensi ai dati sanitari o sessuali, e quindi alla possibilità che la conoscenza di questi possa consentire un trattamento discriminatorio nei confronti di chi è affetto da una certa malattia oppure le cui scelte sessuali sono diversificate. Certo, bisogna rivedere il concetto e la concezione stessa di *privacy*, che va tutelata davvero e solo quando serve. Alcuni nostri dati sono per loro natura pubblici, anche perché siamo noi stessi che li immettiamo sulla rete, e allora occorre concentrare il controllo e la tutela solo su quelli veramente

rilevanti, cioè sensibilissimi.

Il diritto alla *privacy* oggi ha una sua particolare conformazione e codificazione a livello europeo (Regolamento (UE) 2016/679: *General Data Protection Regulation*), proprio con riferimento alle esigenze di tutela che possono prodursi attraverso la rete internet. Mi provo a fare degli esempi su *provider* o motori di ricerca a tutti noti: *Amazon* monitora le nostre preferenze d'acquisto; *Google* registra le nostre abitudini in rete; *Facebook* conosce le nostre relazioni sociali e ciò che *like*; gli operatori di telefonia mobile sanno non solo con chi parliamo, ma anche chi si trova nelle vicinanze. Lasciamo impronte elettroniche ovunque: da queste, infatti, si può risalire per sapere cosa abbiamo acquistato, in quale località siamo stati, dove e cosa abbiamo mangiato e così via.

Sul diritto alla *privacy*, quindi, c'è un prima e un dopo. Il confine è segnato dall'avvento di internet, databile a partire dal secolo Ventunesimo^[31]. Perché un conto sono i dati personali raccolti e custoditi in apposite banche dati, di cui però c'è, almeno formalmente, un responsabile della gestione delle stesse, sebbene il problema sia quello del flusso dei dati da una banca all'altra, un conto è internet e la sua capacità di diffondere, subito e in tutto il mondo, dati che si riferiscono a una singola persona ovvero a imprese pubbliche e private. È chiaro che internet consente un flusso sterminato di dati il cui controllo appare difficile regolare. La questione oggi è resa più complessa con i c.d. *big data*^[32]: si tratta dell'accumulo enorme di dati, tale da inondare il mondo di informazioni come mai prima d'ora, con una continua e irrefrenabile crescita. Il cambiamento di dimensione ha prodotto un cambiamento di stato. Il cambiamento quantitativo ha prodotto un cambiamento qualitativo. Pertanto, si tratta delle cose che si possono fare solo su larga scala, per estrapolare nuove indicazioni o creare nuove forme di valore, con modalità che vengono a modificare i mercati, le organizzazioni, le relazioni tra cittadini e governi, e altro ancora. Si viene a materializzare un percorso digitale che le grandi (e poche) aziende di internet, possono analizzare per capire le preferenze degli utenti ed elaborare un'identità digitale da utilizzare a scopi commerciali o politici.

È nota la vicenda che ha coinvolto *Facebook* per avere ceduto a una società di ricerche, *Cambridge Analytica*, i dati dei suoi utenti per consentire un trattamento finalizzato a individuare categorie di elettori. Questo dipenderebbe dai *like* che mettiamo sui *social*, come per esempio *Facebook* o *Twitter*. Perché

ogni *like* che lasciamo sui *social* sarebbe un tassello in una sorta di auto-schedatura volontaria di massa, che finirebbe con offrire opportunità e poteri a chi vuole orientare le opinioni. Studi condotti da psicologi, peraltro, sostengono che bastano sessantotto *like* di un utente *Facebook* per individuare il colore della sua pelle (con precisione pari al 95%), l'orientamento sessuale (88%) e quello politico (85%). Quindi, le opinioni politiche sono conosciute da *Facebook*; quindi, il voto potrebbe non essere più segreto, libero e personale. È chiaro che questo aspetto va a colpire un diritto costituzionale quale quello del diritto di voto. E va altresì a colpire la riservatezza del cittadino laddove si individua la sua scelta politica, che è un dato sensibile che dovrebbe essere tutelato al massimo livello^[33]. È una nuova forma di potere, quello dei *provider* di assecondare i gusti di ciascuno sulla base di ciò che sanno di noi.

Ancora, e sempre in tema di diritto alla *privacy* e internet. Si pensi ai recenti scandali internazionali, che sono stati sollevati con riferimento alla capacità di uno Stato di gestire i dati personali di migliaia di persone influenti, che appartengono e rappresentano le istituzioni europee. Ovvero l'indisponibilità personale dei dati che viaggiano sul *cloud computing*, laddove tutto il nostro patrimonio informativo finisce per essere sottratto alla nostra indisponibilità e per risiedere in *server* posti al di fuori del nostro controllo diretto, e quindi potenzialmente esposti a violare la nostra *privacy*. Il problema, peraltro, riguarda non solo dati personali, ma soprattutto grandi banche dati di operatori telefonici, imprese, istituti di credito e di risparmio, che hanno un indubbio valore strategico.

6. Segue: il diritto all'oblio

Il costituzionalismo nella società tecnologica deve altresì confrontarsi con un'altra situazione giuridica che si manifesta in internet: quella del diritto all'oblio (*right to be forgotten*). Da intendersi quale reviviscenza del vecchio diritto a essere lasciati soli (*right to be alone*), ovvero come «*pretesa a riappropriarsi della propria storia personale*»^[34], e quindi una sorta di diritto all'autodeterminazione informativa, altrimenti come mezzo per ricostruire la dimensione sociale dell'individuo, evitando che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente^[35]. Per salvaguardare il diritto del soggetto al riconoscimento e godimento

della propria attuale identità personale o morale, attraverso il diritto di vietare un travisamento dell'immagine sociale di un soggetto, ovvero della propria personalità individuale, per evitare che si venga a diffondere “*false light in the public eye*”. Quindi, un diritto a governare la propria memoria.

Diritto all'oblio e diritto alla *privacy* possono ben rappresentare due facce di una stessa medaglia, che affondano nella dignità della persona la loro rilevanza costituzionale. Il diritto all'oblio, generato dalla giurisprudenza e consolidato dalla legislazione, ha dovuto fare i conti con internet, la “rete delle reti”, dove tutto ciò che è stato inserito nel *web* rimane come una memoria illimitata e senza tempo, ovvero un deposito di dati di dimensioni globali.

Certo, la notizia apparsa sul *web* non dura, al pari delle notizie sulla carta stampata, come la rosa del poeta Pierre de Ronsard, *l'espace d'un matin*, ma piuttosto assume forma durevole e incancellabile; chiunque la può leggere e rileggere, ovunque si trova nel mondo, e può utilizzarla come fonte di informazione. Ma la notizia non è un dato astratto alla *mercé* di tutti, perché riguarda la persona e la sua immagine in un dato momento storico; i dati personali, vale la pena ricordarlo, costituiscono una parte della espressione della personalità dell'individuo. Come ancora di recente, ha sostenuto la Corte di giustizia UE nella decisione c.d. *Google Spain* (2014) e poi ha ribadito e confermato nella sentenza sul caso *Safe Harbour*, o altrimenti c.d. *Schrems* (2015)^[36]. Certo, si tratta di pronunce giurisdizionali che non si limitano solo ad affermare il diritto all'oblio ma anche, fra le altre questioni, il diritto alla *privacy* da applicare secondo il diritto europeo, anche nei confronti del mercato transnazionale dei dati, specie con gli Usa. Va senz'altro ricordata, inoltre, la pronuncia della Corte di Giustizia UE (causa C-507/17), sempre in materia di diritto all'oblio e nota come *Google vs. CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés)*, dove si può riscontrare una sorta di passo indietro nella tutela del diritto all'oblio e un passo in avanti per il motore di ricerca Google. Viene, infatti, a essere delimitato territorialmente il diritto all'oblio, circoscrivendo l'obbligo di deindicizzazione alle sole versioni del motore di ricerca corrispondenti a tutti gli Stati membri dell'Unione europea, senza che la deindicizzazione avvenga in tutte le versioni del motore di ricerca a livello globale^[37]. Ultima, per adesso, è la sentenza sempre della CGUE (causa C-18/18) riguardante *Facebook*, relativa alla pubblicazione su una pagina personale di foto e

commenti ritenuti lesivi del diritto della personalità, che merita di essere qui quantomeno segnalata, anche perché presenta significativi rilievi in punto di riservatezza e diritto all'oblio^[38].

Un cenno, infine, alla codificazione del diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protection Regulation: GDPR*). All'art. 17 è prevista la possibilità di richiedere la cancellazione dei dati esercitando così il diritto all'oblio: nei casi in cui i dati personali non siano più necessari rispetto alla finalità per cui erano stati originariamente trattati, ovvero nel caso in cui siano stati trattati illecitamente, oppure quando l'interessato abbia revocato il consenso o si sia opposto al loro trattamento. Vi è anche l'ipotesi in cui la cancellazione costituisca un obbligo giuridico che proviene dal diritto UE ovvero degli Stati membri. Sono previsti casi in cui il titolare del trattamento può opporre rifiuto alla cancellazione, come nel caso del rispetto all'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione^[39]. Certo, la regolamentazione europea è una significativa affermazione del diritto all'oblio, che da creazione giurisprudenziale transita alla codificazione normativa: quasi una sorta di passaggio dal *common law* al *civil law*.

Una breve riflessione conclusiva sul diritto all'oblio, al di là delle oscillanti decisioni giurisprudenziali e della normazione ancora da "rodare" in punto di effettività. Deve essere consentito alla persona, a tutela della sua identità, di esercitare il proprio diritto di libertà informatica, che consiste nel potere disporre dei propri dati, ovvero delle notizie che lo riguardano, e quindi chiedere per ottenere sia il diritto all'*oblio* su ciò che non è più parte della sua identità personale, sia il diritto alla *contestualizzazione* del dato, e quindi della notizia, perché una verità non aggiornata non è una verità. Allora, è tra i principi fondamentali che va cercato il punto archimedeo del diritto all'oblio e i suoi derivati: in particolare, nella formula costituzionale non negoziabile della dignità dell'uomo, codificata e resa intangibile nelle costituzioni di democrazia liberale (nella Legge Fondamentale tedesca all'art. 1). È il principio fondamentale della dignità, infatti, che costituisce il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona: le particolari declinazioni della personalità umana, seppure siano autonomamente giustiziabili, sono riconducibili alla più generale espressione di dignità umana. Non vi può essere tutela dell'identità personale senza tutela della dignità, che si traduce nel diritto

del singolo a vedere, comunque, rispettata la propria reputazione, il proprio buon nome, a non essere discriminato a causa dei propri orientamenti e dei propri stili di vita. È nella *privacy-dignity* che acquista rilievo il rispetto dell'identità di ogni persona, che non può e non deve essere trattata come se fosse un oggetto. La tutela della dignità dell'uomo passa (anche) attraverso il diritto all'oblio, ovvero il diritto a cancellare, ovvero a contestualizzare, i dati personali per vietare, come già detto, un travisamento dell'immagine sociale di un soggetto, per evitare che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente e possa ledere la propria dignità umana ^[40].

7. Il diritto nell'intelligenza artificiale

Le nuove frontiere del diritto e dei diritti oggi sono rappresentate dalle potenzialità della intelligenza artificiale (IA), ovvero dalla enorme capacità di raccogliere, sistematizzare ed elaborare dati per produrre algoritmi in grado di trovare soluzioni "intelligenti" per risolvere problemi, oppure per assumere decisioni autonomamente e imparzialmente ^[41]. Dati che riguardano persone, ma anche beni, servizi, merci, capacità produttive, che possono essere scambiati, creando così un vero e proprio mercato dei dati ^[42]. E possono essere soprattutto elaborati, in tal modo finiscono con il creare situazioni ambientali, apprendere elementi conoscitivi e risolvere soluzioni a problemi, in maniera velocissima, che le capacità intellettive umane non riuscirebbero a fare altrettanto.

La IA impatta su tutte le scienze del sapere umano declinandole artificialmente. Anche il diritto, che dovrà sempre più rimodularsi nei suoi paradigmi, tenendo conto dell'uso degli algoritmi per concorrere a migliorare le pronunce giurisdizionali ovvero per elaborare neutrali atti amministrativi, per citare solo alcuni esempi ^[43]. Certo, il diritto già da tempo è entrato nella società tecnologica – ovvero cibernetica, come veniva chiamata e come ora viene opportunamente riproposta ^[44] – con tutti i suoi temi e problemi derivanti dall'applicazione delle tecniche giuridiche, sostanziali e processuali, nel vasto mondo della tecnologia e suoi derivati, in particolare la rete Internet. Pertanto, si potrebbe riformulare l'antico brocardo latino con *ubi societas tecnologica, ibi ius*. Emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti", i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno

un forte e chiaro “tono costituzionale”, che li collocano, implicitamente, all’interno della costituzione, riservando all’interprete il compito di estrapolarli da essa, anche attraverso quella che ho chiamato una “interpretazione tecnologicamente orientata”^[45]. Purtroppo bisogna essere consapevoli dei rischi di presunti vizi di incostituzionalità delle leggi, che prevedono e prescrivono l’uso della IA, eventualmente riferibili alla c.d. “discriminazione algoritmica”. La quale determinerebbe un algoritmo strutturalmente incostituzionale, uno scenario cioè paragonabile alla fallacia naturalistica di Hume, con riferimento al giusnaturalismo: l’errore di derivare dall’essere (della realtà sociale, spesso ingiusta o distorta) il dover essere^[46]. Come è stato scritto, *«la vera frontiera è la sua sindacabilità. Dunque, all’algoritmo deve essere possibile fare accesso, deve essere conoscibile, deve essere sindacabile per controllare sulla base di quali dati, di quali informazioni, di quale presentazione del problema è stato avviato il suo funzionamento»*^[47]. Da qui, allora, l’esigenza di elaborare una dottrina della “precauzione costituzionale”, ispirata alle situazioni ambientali e così delineata: *«la condizione di incertezza a riguardo dei possibili effetti negativi dell’impiego della tecnologia (inclusa l’intelligenza artificiale) non può essere utilizzata come una ragione legittima per non regolare e limitare tale sviluppo»*^[48]. Pertanto, la protezione dei beni costituzionali deve essere anticipata rispetto alla produzione stessa delle applicazioni tecnologiche. Il parametro per giudicare i fenomeni della IA è la costituzione, e più in generale il costituzionalismo, specie nella parte in cui prevede e tutela la pari dignità della persona umana (art. 3 Cost. it., art. 1 Carta dei diritti UE)^[49].

Tutto vero, tutto giusto. Si avverte però l’impressione, che la preoccupazione dei rischi di una possibile incostituzionalità dell’algoritmo siano derivati dal volere leggere i problemi con gli occhiali del giurista domestico. La questione non è nazionale ma mondiale, anche perché la IA è già operativa in diversi Paesi dove è radicato il costituzionalismo e dove la dignità umana gode di sicura tutela. Quindi, il problema laddove emergesse verrebbe risolto attraverso le consolidate procedure di garanzie costituzionali diffuse negli stati di democrazia liberale, che funzionano da anticorpi per qualunque violazione costituzionale, soprattutto di leggi liberticide figuriamoci di leggi che non esplicitano la conoscibilità e quindi il corretto funzionamento degli algoritmi. E comunque, anche a volere osservare la questione nella dimensione nazionale, si possono ricordare le note pronunce del

Consiglio di Stato (sent. n. 2270 del 2019 e nn. 8472, 8473, 8474 del 2019), che hanno giustamente messo in rilievo come l'algoritmo è una regola costruita dall'uomo per disciplinare le operazioni di calcolo effettuate dal *software*, che sarà comunque soggetto a valutazione da parte del giudice per verificarne la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti^[50].

Si è già iniziato a parlare di "algocrazia", ovvero di "dittatura dell'algoritmo"^[51]. Posso comprendere il tono accattivante e provocatorio di queste definizioni ma mi sembrano esagerate, ovvero poco rispondenti alla realtà. E comunque, l'algoritmo, se lo si teme, lo si può circoscrivere nel suo uso, purchè non lo si comprima e lo si sterilizzi. Peraltro, lo si può normare anche con leggi statali, come è stato fatto, per esempio, in Francia e, a livello statale, negli Usa^[52]. E come si accinge a fare la UE, seppure in un contesto normativo che suscita però dubbi e perplessità applicative, come dirò più avanti. Sulla questione, vale qui ricordare l'art. 22, par. 1, del GDPR, che recita: «*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*» (salvo prevedere delle deroghe: per la stipula di un contratto o sul consenso esplicito dell'interessato). Mi sembra che si tratti di una norma che funga da freno a possibili invasioni e predominanze dell'algoritmo sulle scelte che deve compiere l'uomo.

Dell'algoritmo, e più in generale della IA, bisogna cercare di avvalersi dei benefici, minimizzando i rischi e le criticità che indubbiamente ci sono: non bisogna però dimenticare che i sistemi di IA saranno il volano dello sviluppo mondiale di questo secolo, economico e scientifico. Allora, come è stato scritto in maniera condivisibile: «*la AI revolution ha bisogno di essere accompagnata e "corretta" da un pensiero costituzionale, deve produrre una risposta in termini di concettualizzazione dei diritti e principi, allo stesso modo di come la rivoluzione industriale ha prodotto la evoluzione welfarista degli Stati liberali nel XIX secolo e il costituzionalismo sociale del XX secolo*»^[53]. Voglio aggiungere una cosa, che mi limito solo ad accennare: il *favor* per la IA e le sue benefiche applicazioni a vantaggio dell'umanità, esprime, oggi, una rinnovata concezione del liberalismo, dove, cioè, si pone come prioritaria la libertà per il progresso e verso nuove forme di sviluppo dell'individuo e del benessere delle società. La posizione di chi auspica

e pretende forme regolative della IA, in forma pervasiva e dettagliata, è, oggi, riconducibile a nuove forme di statalismo, che si manifestano nella volontà di fondare e stabilire una nuova sovranità degli stati sulle piattaforme digitali.

8. Democrazia e società digitale

Il complesso e complicato rapporto fra internet, ovvero ciò che si manifesta attraverso la Rete e in particolare i c.d. *social*, e la democrazia, ovvero il modo e il metodo con il quale si organizza la società contemporanea, è ormai il tema che suscita larga attenzione e riflessione da parte degli studiosi delle scienze sociali. Divisi tra coloro che sostengono come e perché internet può rafforzare la democrazia e gli oppositori, che vedono in internet una minaccia per la tenuta democratica degli Stati^[54]. Altrimenti, c'è stato chi, addirittura, ha imputato a internet la responsabilità di avere destabilizzato il sistema rappresentativo e avere favorito l'avvento del populismo (digitale)^[55]. Piaccia oppure no, siamo in presenza di una nuova forma di democrazia, che ha già ricevuto diverse denominazioni: democrazia “elettronica” (ma questo termine definisce lo strumento e non l'agente); “virtuale” (ma in tal modo l'indicazione politica ne risulta indebolita); “continua” (per il suo carattere di *referendum* perenne); ovvero ancora “nuova democrazia di massa” (con riferimento all'antica democrazia diretta)^[56]. La questione di fondo può essere così formulata: l'impatto politico delle tecnologie informatiche su quei fragili sistemi complessi che sono le democrazie contemporanee favorirebbe la costruzione di una *agorà* o di un totalitarismo elettronici? La dialettica dei giudizi sulla nuova forma di democrazia è però fondata su un presupposto comune di discussione: il superamento, o piuttosto l'aggiornamento dell'attuale democrazia di tipo rappresentativo-parlamentare^[57]. Personalmente, ritengo che con Internet possa cogliersi un'opportunità per migliorare le forme della democrazia, specialmente in termini di partecipazione politica^[58]. Certo, non credo però che questo approccio debba passare attraverso modi di esaltazione acritici e pertanto ignorare alcuni dubbi applicativi di Internet su alcune procedure di funzionamento della democrazia. Sul punto, si può ricorrere a corsi e ricorsi storici. Ieri era il video potere, che rischiava di minare le fondamenta della democrazia, secondo un'opinione che all'epoca si era diffusa, oggi le stesse critiche e riserve vengono rivolte al c.d. *internet power*.

Credo, infatti, che anche il timore di una possibile “dittatura del *web*” sia eccessiva, e che si riduca, come nel caso della televisione, in una paura poco fondata. E che semmai la politica, o più in generale le forme applicative delle procedure democratiche, potrebbe invece uscirne rafforzata, rinvigorita, rilanciata.

La rivoluzione tecnologica ha operato incisivamente sull’organizzazione politica della società occidentale, e ancora di più lo farà negli anni a venire. Ha creato le condizioni perché si venisse a formare una nuova democrazia di massa, come è stata chiaramente definita^[59], distinta e distante dai regimi di massa della prima metà del Novecento, in cui l’individuo singolo rimaneva in una soggezione psicologica recettiva e passiva con un totale obnubilamento delle libertà personali. Quelle stesse libertà che invece si esaltano e valorizzano nella nuova democrazia di massa. Che «*non è tuttavia una destinazione fatale e irreversibile della società odierna. Essa è soltanto una direttiva di marcia dell’umanità, segnata dall’impronta della civiltà tecnologica che le imprime il procedimento. [...] In essa si realizza con apparente paradosso una nuova forma di libertà individuale, un accrescimento della socialità umana che si è allargata sull’ampio orizzonte del nuovo circuito delle informazioni, un potenziamento, dunque, dell’energia intellettuale e operativa del singolo vivente nella comunità*»^[60].

Per il tramite della tecnologia mutano sempre più gli assetti istituzionali conosciuti e come il processo democratico venga a essere profondamente influenzato dal modo in cui circolano le informazioni, laddove cioè la disponibilità di queste da parte di tutti i cittadini appare come un prerequisito di quel processo. È questo il punto, credo: la libera circolazione delle informazioni può produrre la formazione di una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità. La democrazia, e la sua forma, si prospetta in una forma diversa da quella che era nei secoli precedenti: mutano i significati di rappresentanza e di sovranità, avanza una nuova democrazia di massa, che rompe le cerchie chiuse delle *élites* al potere, obbligando per così dire i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentanti, nelle nuove forme assunte dalla tecnopolitica^[61]. Per avviare così un processo di “orizzontalizzazione della

politica”, e quindi non una mera subordinazione a decisioni imposte dall’alto, per così dire, ma piuttosto un modo per concorrere – orizzontalmente, per l’appunto – alle scelte nell’interesse della nazione e del bene comune (*common good*), quale principio della libertà.

Oggi, sebbene con qualche incertezza, stiamo assistendo alle trasformazioni della c.d. democrazia elettorale – quella fondata sul meccanismo del voto – in seguito allo sviluppo tecnologico delle società contemporanee. Per adesso, le trasformazioni riguardano essenzialmente le tecniche di votazione, ovvero sul come si vota. La scheda elettorale cartacea sulla quale si appone, con matita copiativa, la propria scelta politica è prossima a essere messa da parte. È già in fase di utilizzazione in diverse parti del mondo^[62], il cosiddetto voto elettronico, che prevede l’effettuazione del voto per il tramite dei *computers*. Anziché porre un segno con la matita sulla scheda elettorale, si potrà pigiare il tasto di una tastiera del *computer*, nel cui video verrebbe riprodotta la scheda elettorale elettronica, ed esprimere così il proprio voto e la propria preferenza politica. Questa tecnica di votazione – che si presenta semplice da realizzarsi nel caso del voto per i *referendum*, dovendo scegliere solo tra un “sì” o un “no” – consentirebbe di avere i risultati elettorali in brevissimo tempo una volta chiuse le votazioni, e di evitare defatiganti calcoli e scrutini, peraltro, sempre soggetti al rischio di brogli elettorali. La votazione *online* potrebbe altresì essere utilizzata, con semplificazione e razionalizzazione, per le primarie con le quali si selezionano i candidati alle cariche elettive. Anziché sparpagliati banchetti in giro per il territorio per la raccolta di voti, con rischi sempre più diffusi di brogli e pasticci di computo finale, basterebbe un’organizzazione sul *web*, dove chiamare a raccolta *online* coloro i quali volessero esprimere la loro preferenza per le candidature.

Ma gli scenari futuri della democrazia elettorale non si arrestano al voto elettronico. Infatti, si potrebbe inoltre prevedere il voto attraverso il proprio *home computer*, oppure addirittura attraverso il televisore con l’ausilio del telecomando. Certo, questa tecnica di votazione “casalinga” se da un lato potrebbe ridurre l’astensionismo (oltre alle spese elettorali), dall’altro lato però imporrebbe la fissazione di tutta una serie di garanzie (anche di carattere tecnico) per la salvaguardia della libertà di voto. Che anche – e forse soprattutto – nell’epoca della politica “tecnologizzata” e “globalizzata” rimane sempre un valore costituzionale da custodire gelosamente^[63]. Ma di fronte al futuro

dobbiamo mostrarci ottimisti e concorrere a un rinnovato progresso della civiltà. Allora, ben venga la nuova democrazia tecnologica del XXI secolo, che si fonda sulla libera iniziativa individuale, sulla responsabilità del cittadino come persona, sulla sua facoltà di scelta e di decisione. Il voto individuale viene a essere protetto e potenziato nella sua collocazione telematica, che elimina le manipolazioni, gli errori e i brogli dei sistemi cartacei, che consente una possibilità di scelta con il voto disgiunto, o alternativo, o di riserva, che può essere controllato e calcolato con l'ausilio del *computer*. È una democrazia non delegante ma partecipativa, che manifesta una nuova forma di libertà segnata dalla partecipazione del cittadino alla vita della collettività in forma di partecipazione al potere politico. Nasce così una «libera repubblica dell'informazione automatizzata [che] equivale, per la sua funzionalità di comunicazione e quindi anche di suggerimenti, di rivelazioni, di accordi e di deleghe, a una nuova forma democratica di società: essa instaura le condizioni tecniche per l'attuazione pratica di un regime politico della democrazia di massa»^[64].

Certo, non nego che vi è un problema che attiene alla c.d. democrazia economica^[65]. Sin tratta della concentrazione di mercato da parte di alcune grandi aziende che operano su Internet: *Google*, *Facebook* e *Amazon*. La prima, *Google*, domina il proprio settore con una quota di mercato dell'88% nel *search advertising* (pubblicità su motori di ricerca); la seconda, *Facebook* (e le sue controllate: *Instagram*, *WhatsApp* e *Messenger*) possiede il 77% del traffico dei *social network* su dispositivi mobili e, infine, la terza, *Amazon*, ha una quota del 74% nel mercato dell'*e-book*. In termini economici classici, tutte e tre sono dei monopoli. Quindi, c'è un serio problema di privazione della libera concorrenza, che limita l'essenza della democrazia liberale, attraverso lo "abuso di posizione dominante" e la "dipendenza economica". Non è però solo un problema di *antitrust*, che peraltro ha già fatto sentire, sia pure flebilmente, la sua voce attraverso l'Autorità garante europea e la Commissione europea, come nei casi *Microsoft* e *Google*, ponendo il dubbio che alcune pratiche commerciali (di *Google*, in particolare) siano da ritenersi in violazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'articolo 54 dell'accordo SEE^[66].

Non è solo un problema di *antitrust*, dicevo. Dall'angolazione democratica, infatti, si possono temere rischi di un potentato economico così forte da

condizionare non solo e non tanto il mercato economico ma piuttosto anche il mercato delle idee. Che potrebbe essere condizionato dalle scelte imposte dalle grandi aziende di internet, che sarebbero mirate anche al raggiungimento di un sistema più favorevole ai propri interessi economici. È auspicabile, quindi, una maggiore concorrenza nel comparto dell'internet, consentendo ad altri soggetti di entrare nel mercato senza rischiare di essere compressi dalle grandi imprese, che operano come se fossero in regime monopolista. Come scriveva Louis D. Brandeis, prima ancora di essere nominato da Woodrow Wilson giudice della Corte Suprema: «*in una società democratica, l'esistenza di grandi centri di potere privati è pericolosa per la vitalità di un popolo libero*»^[67].

Ampliare, allargare, espandere l'offerta *di e su* internet, per intensificare il pluralismo delle informazioni, delle opinioni, delle idee. Anche così si potrà consolidare internet quale strumento al servizio della democrazia e delle libertà.

9. Fake news e disinformazione

Un cenno finale occorre farlo con riferimento al tema delle *fake news*, che sono come la calunnia nell'aria rossiniana: «*un venticello [...] prende forza a poco a poco, vola già di loco in loco*». Si tratta, quindi, delle notizie false e tendenziose, che circolano sulla rete Internet e che potrebbero ingannare il consumatore, oppure informare scorrettamente e mendacemente il cittadino^[68]. Sono stati invocati addirittura rischi per la democrazia e si è auspicato di sottoporre Internet a regole di garanzia sulla qualità delle notizie, magari certificate da un'Autorità indipendente. Le notizie false ci sono sempre state (e sempre ci saranno) in tutti i settori della comunicazione, pubblica e privata, sulla stampa e sulla rete. In quest'ultima, poi, tenuto conto che si viene ad ampliare la libertà di espressione, che permette maggiore trasparenza e quindi consente un maggiore disvelamento della verità contro ogni censura.

Questione differente è quella della disinformazione, che non è la sola la notizia falsa ma più in generale un fenomeno degenerativo e disgregativo, che attenta alla libertà di informazione quale pilastro su cui si fonda il costituzionalismo. Certo, la disinformazione viaggia anche sulla televisione e sulla stampa ma assume forme più capziose e insidiose sulla rete, vuoi perché non c'è nessun tipo di controllo, se non quello dello dell'utente che dovrebbe sapere distinguere ciò che è buono da

ciò che è cattivo, vuoi perché diventa “virale”, potendo distribuirsi, in tempi rapidissimi, in numerosi siti internet in giro per il mondo, al punto da assumere una presunta ufficialità. In maniera un po’ esagerata, c’è stato chi ha scritto che «*di fronte alla rivoluzione digitale Schmitt dovrebbe riscrivere ancora una volta il suo principio della sovranità: sovrano è colui che dispone delle informazioni in rete*»^[69]. Si è financo ragionato su come provare a contrastare la disinformazione *online* e sono già state avanzate proposte legislative, specialmente nella UE. Attraverso una regolazione che sappia bilanciare l’algorcrazia con l’algoretica, che «*sviluppano un reticolo di norme di natura precipuamente orizzontale, che impongono doveri di diligenza in capo ai Big Tech posti a garanzia dei diritti fondamentali*»^[70]. Di tutt’altro modo e metodo l’impostazione statunitense che, vigente ancora la sez. 230 del *Communication Decency Act* del 1996, svincola le piattaforme digitali da qualunque responsabilità sui contenuti pubblicati dagli utenti^[71]. Una soluzione dal sapore liberale, per così dire.

Certo, sulla rete, nonostante tutto, c’è concorrenza e pluralismo, in punto di offerta di informazioni^[72]: occorre però ampliare, allargare, espandere l’offerta *di e su* internet, per intensificare il pluralismo delle informazioni, delle opinioni, delle idee. Anche così si potrà consolidare internet quale strumento al servizio della democrazia e delle libertà. Sul tema, soccorrono le parole del giudice Oliver W. Holmes, nella famosa *dissenting opinion* sul caso *Abrams vs. United States* (1919): «*il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l’unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati*»^[73].

10. Conclusioni

Si può concludere, sia pure provvisoriamente, come si è iniziato. L’ordine giuridico del digitale, quale statuto di norme, da intendersi come strutturata regolazione e codificazione, appare quale il metodo meno indicato per provare a dare un ordine giuridico al complesso mondo delle piattaforme digitali. Ecco perché non è da condividere la scelta della UE, peraltro opposta a quella adottata negli USA, di regolare gli sregolati con un profluvio di norme di dettaglio, alcune delle quali di difficile attuazione e pertanto rimandate alla concreta applicazione

da parte dei singoli Stati. Come se fossero direttive più che regolamenti. Diversi anni fa, avevo scritto e teorizzato di «*internet come ordinamento giuridico*»^[74] : dove c'è un ordine e un disordine; dove l'individuo è sovrano nell'esercizio di situazioni giuridiche e delle libertà costituzionali; dove ogni azione si inserisce in un insieme di regole, ogni regola trova attuazione nel comportamento.

L'elaborazione di una teoria di internet, ovvero il *cyberspace*, come ordinamento giuridico autonomo, proviene dalla dottrina costituzionalistica statunitense e muove dall'assunto che «*cyberspace is a distinct place for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between cyberspace and the real world*». Ancora, il *cyberspace* diventa «*an important forum for the development of new connections between individuals and mechanism of self-governance*»^[75] . Un diritto spontaneo, quindi. Un diritto pari a quello della *lex mercatoria*, con la quale si regolavano i rapporti commerciali nel medioevo. Una *lex informatica*, dunque; che può avvalersi di una *co-regulation*, in cui le leggi statali si verrebbero a integrare con una politica di *self-regulation* da parte degli utenti di internet^[76] . Una sorta di applicazione del principio di sussidiarietà, in cui la *co-regulation* dello Stato può venire in sussidio alla *self-regulation*

degli utenti, quando questi la evocano ovvero quando la necessitano. La *self-regulation* agisce proprio in funzione di un ordinamento nel disordine della rete, dove ogni utente è in condizione di potere regolare le proprie situazioni a seconda delle esigenze e delle peculiarità. Forse il mio può apparire come un approccio illusorio, fin troppo ottimistico. Esprimere un *favor* per le piattaforme digitali, e tutele sue declinazioni compresa la IA e le sue benefiche applicazioni a vantaggio dell'umanità, vuol dire, oggi, promuovere una rinnovata concezione del liberalismo, dove, cioè, si pone come prioritaria la libertà per il progresso e verso nuove forme di sviluppo dell'individuo e del benessere delle società. La posizione di chi auspica e pretende insistenti forme regolative delle piattaforme digitali, in forma pervasiva e dettagliata, a me appare come riconducibile a nuove forme di statalismo, che si manifestano nella volontà di fondare e stabilire una nuova sovranità degli stati sul digitale. Forse queste mie considerazioni mi costringono a sedermi dalla parte del dissenso, ma tutti gli altri posti risultano occupati.

1. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, che ha dato luogo a un dibattito; AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

2. Da ultimo: Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sul *Digital Market Act*); Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sul *Digital Service Act*). Su cui, specialmente sul primo, cfr. V. Falce (a cura di), “*Competition law enforcement in digital markets*”. *Digital Markets and Competition Law. Interdisciplinary project for European Judges*, Giappichelli, Torino 2021.
3. 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 (Regolamento sull’Intelligenza Artificiale).
4. Su cui, v. il C. Camardi (a cura di), *La via europea per l’intelligenza artificiale, Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche - Ca’ Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021*, vol. 1, Wolters & Kluwers, Milano, 2022; da ultimo, le suggestive osservazioni di D.U. Galetta, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell’Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi.it*, 5, 2023.
5. Ho anticipato la discussione su questi temi in. T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2020, pp. 465 ss.; v. ora, adesivamente, A. Iannotti della Valle, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell’Unione Europea verso un costituzionalismo digitale*, in *Giur. Cost.*, 3, 2022, pp. 1867 ss.
6. Si tratta di dati e statistiche facilmente reperibili sulle tante piattaforme digitali, attraverso i motori di ricerca, che non si ritiene necessario indicare una precisa fonte di riferimento.
7. Su questi aspetti, rimando a T.E. Frosini, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Mucchi, Modena, 2021.
8. Del diritto di accesso a Internet me ne sono occupato già tredici anni fa: T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet. Atti della tavola rotonda svolta nell’ambito dell’IGF Italia 2010 (Roma, 30 novembre 2010)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 23 ss. (ora in Id., *Liberté Egalité Internet*, III ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2023).
9. V. Frosini, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. Inf.*, 2000, pp. 271 ss.; T.E. Frosini, *L’orizzonte giuridico dell’intelligenza artificiale*, in *Dir. Inf.*, 2022, pp. 5 ss.
10. Cfr. V. Frosini, *Cibernetica diritto e società*, Edizioni di Comunita, Milano, 1968.
11. Ragiona di un “costituzionalismo tecnologico”, dopo quello liberale e democratico, P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Rass. Parl.*, 4, 2012, spec. p. 852; di un “costituzionalismo digitale” scrive e argomenta M. Betzu, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 92 ss.
12. Così, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 7.
13. Problema esaminato con tratti chiaroscuri da P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Milano, 2017, pp. 3 ss. e anche, da ultimo, M. Betzu, *op.cit.*, pp. 15 ss.

14. La dottrina della *libertà informatica* venne elaborata da V. Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. Matteucci (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 37 ss. (ora in Id., *Informatica diritto e società*, II ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 173 ss.).
15. Riprendo qui toni e termini già utilizzati in T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. Inf.*, 2000, pp. 489 ss., che sono stati sottoposti a garbata ma netta critica da A. Pace e M. Manetti, *Commento all'art. 21 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, p. 160.
16. Così, P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, cit., p. 839.
17. Cfr. G. Ghidini, D. Manca, A. Massolo, *La nuova civiltà digitale. L'anima doppia della tecnologia*, Milano 2020; da ultimo, V. Codeluppi, *Mondo digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2022.
18. Per la giurisprudenza statunitense: *American Civil Liberties Union v. Reno* [E.D. Pa 1996], (traduzione italiana in *Dir. Inf.*, n. 4/5, 1996); con sviluppi in Corte Suprema 521 US 844 (1997), (traduzione italiana in *Foro it.*, p. IV-2, 1998, 23 ss.). Per la giurisprudenza francese: *Conseil Constitutionnel* n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009 (traduzione italiana in *Dir. Inf.*, n. 3, 2009, 524 ss.).
19. Per questa tesi, rinvio a T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, cit., pp. 60 ss.
20. A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, Paris, 2002, p. 61; v. anche, nella dottrina latinoamericana, O.D. Pulvirenti, *Derechos Humanos e Internet*, Errepar, Buenos Aires, 2013.
21. J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, (traduzione italiana), Milano, 2000.
22. Da ultimo, riguardo al problema dell'accesso a Internet, e con riferimento alla situazione italiana, può essere utile citare qualche dato empirico. Secondo la Relazione del 2022 della Commissione europea sullo "Indice di digitalizzazione dell'economia e della società" (DESI), l'Italia è al 18° posto in Europa per quanto riguarda la connettività. Mentre il 19% della popolazione italiana non ha mai navigato sul *web*, un dato ben al di sotto della media UE, e il 46% della popolazione non possiede competenze digitali di base. Poi, per quanto riguarda i servizi pubblici digitali, l'Italia si posiziona al 19° posto tra gli Stati membri della UE, con uno scarso livello di interazione *online* fra le autorità pubbliche e l'utenza. Buono il risultato sui servizi di sanità digitale, che pone l'Italia all'ottavo posto nella UE. L'Italia non va meglio in termini di velocità di banda, un'altra variabile che ci porta in fondo alla classifica europea.
23. Così, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 384. Sul diritto di accesso, rimando a T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, cit., pp. 49 ss.; Id., *Il diritto di accesso a internet*, in *Diritti e libertà in internet*, cit., pp. 41 ss.
24. Sul punto, v. E. Bassoli, *La disciplina giuridica della seconda vita in Internet: l'esperienza Second Life*, in *Inf. Dir.*, 1, 2009, pp. 165 ss.
25. V. Zeno Zencovich, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione*

- del pensiero*, in *Percorsi Cost.*, 1, 2010, p. 71.
26. Così M. Betzu, *I baroni del digitale*, cit., p. 34.
 27. In tema, v. M. Manetti, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2, 2019; A. Iannotti della Valle, *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2021, pp. 283 ss. In giurisprudenza, v. Tribunale, sentenza del 10 novembre 2021, T-612/17, *Google e Alphabet/ Commissione (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, che ha riconosciuto il ruolo “superdominante” di Google e il suo carattere anticoncorrenziale.
 28. S. Mannoni e G. Stazi, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
 29. S. D. Warren e L. D. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890.
 30. In tema di diritto alla *privacy*, con riferimento alle problematiche presenti e future, cfr. T.E. Frosini, *Le sfide attuali del diritto ai dati personali*, in S. Faro, T.E. Frosini, G. Peruginelli (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 25 ss.
 31. Fra i primi a porre la questione giuridica di internet, v. P. Costanzo, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV ed. agg., Torino, 2000.
 32. Da ultimo, V. Zeno Zencovich, *Big data e epistemologia giuridica*, e A. Stazi, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, entrambi nel vol. *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, cit., pp. 13 ss. e pp. 77 ss.
 33. Sulla questione, v. T.E. Frosini, *Internet e democrazia*, in *Dir. Inf.*, 4/5, 2017 (ora in Id., *Liberté Egalité Internet*, cit., 211 ss.).
 34. C. Chiola, *Appunti sul c.d. diritto all’oblio e la tutela dei dati personali*, in *Percorsi Cost.*, 1, 2010, p. 39.
 35. Maggiori dettagli in T.E. Frosini, *La tutela dei dati e il diritto all’oblio*, in *Rass. parl.*, 4, 2018, pp. 497 ss.
 36. Sulle sentenze della Corte Ue, v. i fascicoli monografici di *Dir. Inf.*, 4/5, 2014 (sul caso *Google Spain*) e *Dir. Inf.*, 4/5, 2015 (sul caso *Safe Harbour*), entrambi ospitano una raccolta di contributi che analizzano le varie problematiche derivanti dalle pronunce giurisdizionali. Con riferimento alla prima sentenza, cfr. A. Rallo, *El derecho al olvido en Internet. Google versus Espana*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
 37. Sulla questione della c.d. territorialità dell’oblio, v. ora G. Bevilacqua, *La dimensione territoriale dell’oblio in uno spazio globale e universale*, in *Federalismi.it*, 23, 2019.
 38. Con riferimento alla sentenza *Facebook*, ma anche alla precedente, v. O. Pollicino, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19, 2019.
 39. Per una prima analisi, v. S. Zanini, *Il diritto all’oblio nel regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in *Federalismi.it*, 15, 2018.
 40. Cfr. T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, cit., pp. 103 ss.

41. Assai numerosa è la produzione di libri e articoli dedicati alla IA, qui mi limito a citare un recente volume che inquadra il tema svelando luci e ombre: K. Crawford, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro della IA*, (traduzione italiana), Bologna, 2021.
42. T. Ramge e V. Mayer-Schönberger, *Fuori i dati! Rompere i monopoli sulle informazioni per rilanciare il progresso*, (traduzione italiana), Milano, 2021.
43. Per un quadro d'insieme, si v. il volume A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, FrancoAngeli, Milano, 2020, e T.E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, cit.
44. Ripropone l'uso del termine "cibernetica", sottolineando l'affinità fra questa e il diritto, perché «entrambi mirano a studiare e a rendere prevedibili i modelli di comunicazione e controllo dei comportamenti collettivi»: così, A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., p. 171.
45. T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, cit., 465 ss.; v. anche C. Casonato, *Per una intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., pp. 131 ss.
46. Sul punto, A. Simoncini, *op.cit.*, p. 196.
47. Così B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, ora in Id., *Lecture di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020.
48. A. Simoncini, *op.cit.*, p. 199.
49. B. Caravita di Toritto, *op.cit.*
50. Su questi temi e problemi, v. F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 248 ss. V. anche numerosi spunti in S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019.
51. Per il primo termine, v. M. Ainis, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, La Nave di Teseo, Milano 2018, pp. 19 ss.; per il secondo, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 33.
52. Per la Francia, v. la *loi n. 2016-1321 du 7 octobre pour une République numérique* (con modifiche nel 2019), per gli Usa, v. la legge n. 49 del 2018 di NYC: *A Local Law in relation to automated decision systems used by agencies*, cfr. S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, cit., pp. 109 ss.
53. Così, A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., p. 33.
54. Su queste questioni, v. S. Coleman, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, Cambridge, 2017; v. altresì, da ultimo, P. Costanzo, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, pp. 71 ss.
55. Da ultimo, M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano 2020, p. 137, il quale, tra l'altro, afferma: «internet moltiplica i pregiudizi sino al parossismo, ma la rivoluzione digitale è la causa principale, benchè non l'unica, del populismo odierno».

- Anche M. Betzu, *I baroni del digitale*, cit., p. 27, individua «*forme di populismo digitale particolarmente pericolose per la stabilità della democrazia rappresentativa*»
56. Per le varie definizioni citate nel testo, v. nell'ordine i seguenti studi: L.K. Grossman, *The Eletronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, New York 1995; L. Scheer, *La democrazia virtuale*, tr.it., Genova, 1997; AA.VV., *La démocratie continue*, sous la direction de D. Rousseau, Paris-Bruxelles 1995; V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo* [1997], nuova ed. con prefaz. di A. Jellamo e postfaz. di F. Riccobono, Macerata, 2010.
 57. V. I. Budge, *The new Challenge of Direct Democracy*, Cambridge, 1996. Con considerazioni in chiaroscuro, M. Ainis, *Democrazia digitale*, in *Rass. parl.*, 2, 2013, pp. 263 ss. Da ultimo, i contributi di M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, pp. 811 ss.; A. Venanzoni, *La matrice spezzata: ripensare la democrazia all'epoca di Internet*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, pp. 61 ss.
 58. Ho argomentato questa mia posizione in T.E. Frosini, *Internet e democrazia*, cit.
 59. Così, V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*, cit., pp. 23 ss.
 60. *Ibidem*, p. 34.
 61. Sulla questione, v. S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997; Id., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e Privacy: quali regole? Atti del convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali*, Roma, 1998, pp. 12 ss. il quale, con riferimento a Internet, la definisce come «*una forma che la democrazia può assumere, è una opportunità per rafforzare la declinante partecipazione politica. È un modo per modificare i processi di decisione democratica*».
 62. Sulla diffusione del voto elettronico e le sue implicazioni giuridico-costituzionali, v. ora, M. Schirripa, *Le nuove frontiere del diritto di voto. Uno studio di diritto comparato*, Wolters Kluwer, Padova, 2021.
 63. Su cui, v. C. Marchese, *Il diritto di voto e la partecipazione politica. Studio di diritto comparato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
 64. Così, V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*, cit., p. 33.
 65. Su cui, v. E.C. Raffiotta, *Libertà economiche e Internet*, in *Diritti e libertà in Internet*, cit., pp. 413 ss.
 66. Mi riferisco al caso *Microsoft*, su cui v. A. Giannaccari, *La concentrazione Microsoft-Skype (vs Facebook-WhatsApp?). Ovvero una guerra per bande alle spalle delle Telcos*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2014, pp. 139 ss. In tema, v. ora V. Falce, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 4-5, 2021, pp.189 ss.
 67. Cfr. M.I. Urofsky, *Louis D. Brandeis: a Life*, Schocken Books, New York, 2012.
 68. Cfr. S. Sassi, *Disinformazione contro costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
 69. B. Chul Han, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, (traduzione italiana), Torino 2023, 16.
 70. Così, S. Sassi, *op.cit.*, 198.

71. V. S. K. Myers, *Wikimmunity: Fitting the Communication Decency Act to Wikipedia*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 20, 2006.
72. Sul punto, F. Donati, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di Internet*, in *Percorsi Cost.*, 1, 2014, pp. 31 ss.
73. O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1975, p. 105.
74. T.E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi cost.*, 1, 2014 (ora in Id., *Liberté Egalité Internet*, cit.)
75. Cfr. D.R. Johnson e D. Post, *Law and Borders. The rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1378 e 1397.
76. Tra i più convinti teorici della *co-regulation*, L. Lessig, *Code and other law of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

L'intelligenza artificiale nel settore pubblico: sulla perenne ricerca di un equilibrio tra efficienza e garanzie

Eva Maria Menéndez Sebastián

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-19

Le amministrazioni pubbliche sono immerse in una grande rivoluzione tecnologica che sta suscitando molti interrogativi interessanti e intensi dibattiti tra i professionisti del diritto; quelli legati all'uso dell'intelligenza artificiale sono senz'altro tra i più appassionanti e controversi. Tuttavia, le questioni legate all'uso dell'IA da parte delle amministrazioni vanno analizzate nel contesto della trasformazione generale che vive il settore pubblico, la cosiddetta "governance pubblica", con tutto ciò che questo comporta: in sintesi, si sta delineando un nuovo rapporto tra cittadini e autorità pubbliche, che segna un preciso panorama in cui l'odierna Amministrazione deve agire. Guardando all'essenza stessa del diritto amministrativo come imperniata su un eterno dualismo, il presente scritto studia l'uso dell'intelligenza artificiale nel settore pubblico, alla ricerca di un giusto punto di equilibrio tra efficienza e garanzie.

Artificial intelligence in the public sector: the search for a balance between efficiency and safeguards

Public administration is immersed in a major technological disruption that raises interesting questions and legal debates. The use of artificial intelligence is undoubtedly one of them. However, this phenomenon must be analysed in the context of the general transformation that the public sector is undergoing, the so-called "public governance", with all that this implies, in short, a new relationship between citizens and public authorities, which marks the scenario in which the current Administration must act. Bearing in mind that the very essence of administrative law hinges on a constant duality, this paper analyses the use of artificial intelligence in the public sector, seeking the eternal balance between efficiency and guarantees.

Sommario. 1. Approccio.- 2. Contesto.- 3. L'eterno gioco di equilibri.- 3.1. IA logica o IA connessionista?- 3.2. Attività materiale e attività formale.- 3.3. Vantaggi e rischi.- 3.4. Poteri vincolati e poteri discrezionali.- 3.5. Migliori servizi o maggiore controllo?- 3.6. Efficienza contro garanzie: in sintesi.- 4. Dalla teoria alla pratica: possibili utilizzi nel settore pubblico.- 5. Conclusioni.

1. Approccio^[1]

È un dato di fatto che l'intelligenza artificiale (d'ora in poi: "IA") è già presente nelle nostre vite, ma anche che, paradossalmente, si proietta verso un futuro, per molte ragioni incerto, che oscilla tra il sogno di un mondo migliore, quasi perfetto, e l'incubo di una schiavitù dell'uomo, soggiogato da parte della macchina o manipolato mentalmente^[2].

Senza essere molto fiduciosa su questa idea, ma speranzosa nel settore pubblico, sono propensa a includermi nel gruppo di coloro che sperano, in un mondo futuro, di usufruire dei migliori servizi pubblici, oltre che di un settore amministrativo più funzionale, che si prenda cura dei cittadini e si impegni proattivamente nell'innovazione, ma senza dimenticare delle garanzie dei destinatari di questa azione pubblica, vale a dire, di tutti noi.

Per questa ragione e seguendo Umberto Eco, prendo posizione accanto agli integrati, piuttosto che agli apocalittici^[3], ed è proprio da questa posizione che ho affrontato lo studio di questa materia, cercando le opportunità, ma senza lasciare da parte i rischi^[4], verso cui noi giuristi dobbiamo, inevitabilmente, orientarci.

Partendo da questa prospettiva, appare opportuno inquadrare il tema cominciando da alcune premesse. Innanzitutto, l'IA è solo un altro strumento a disposizione delle amministrazioni pubbliche^[5], cioè un mezzo al servizio dell'interesse generale e non un fine e, perciò, non sarà né buona né cattiva in sé. In secondo luogo, lo sviluppo e l'implementazione dell'IA non possono essere dissociati dal contesto generale della trasformazione digitale dell'azione pubblica, dove la strada da percorrere è ancora molto lunga, e non è un caso che il titolo stesso di questo contributo faccia riferimento a questa evoluzione. Infine, si tratta di un elemento che fa parte di una nuova forma di gestione della cosa pubblica, la nuova governance pubblica^[6], che reca con sé il bisogno di collegare la sua integrazione nel settore pubblico con una cultura della trasformazione, che deve

caratterizzare anche l'organizzazione amministrativa.

In questo contesto, ho intrapreso l'odierno studio con la consapevolezza di dover tentare di conseguire questo triplice obiettivo.

Anzitutto, occorre comprendere il quadro generale in cui questa trasformazione si sta avverando, il cui scopo ultimo, per il momento, sembra essere l'applicazione dei sistemi di IA, poiché la sua comprensione supporterà la ricerca di soluzioni adeguate alle sfide che questa trasformazione impone. O forse sarebbe possibile ottenere una maggiore efficienza nella gestione pubblica senza che questa risponda alle necessità che scaturiscono dalla società, ovvero che sia avvolta da un'opacità contraria alla trasparenza e alla responsabilità^[17] che contraddistinguono il rinnovato ruolo dell'Amministrazione e dei cittadini? Come ha sottolineato il *Conseil d'État* francese^[18], è necessario che l'utilizzo dell'IA sia accettato anche dai destinatari dell'azione pubblica, cioè i cittadini^[19].

In secondo luogo, serve cercare un difficile equilibrio tra garanzie ed efficienza. Il che evoca l'eterno dualismo a cui faceva riferimento il maestro francese Maurice Hauriou, e pone un compito arduo, visto il contesto normativo – per ora insufficiente e soprattutto dispersivo – in cui si devono cercare le risposte.

E, per concludere, occorre indagare le possibili applicazioni concrete, al fine di immaginare soluzioni pratiche indirizzate alla ricerca di mezzi che consentano una maggiore efficienza amministrativa

2. Contesto

In questo nuovo contesto, vanno sinteticamente messi in evidenza tre elementi: la cosiddetta cittadinanza amministrativa, la buona amministrazione e la cosiddetta nuova governance pubblica^[10].

La nozione di “*citoyenneté administrative*”, nata dal punto di vista dottrinale in Francia più di vent'anni fa^[11] e non assente in altri ordinamenti come, per esempio, quello italiano^[12], riflette il passaggio da un'amministrazione democratica alla democrazia amministrativa e, in sintesi, dà conto della diversa considerazione di chi ha un rapporto con l'amministrazione o usufruisce di un qualche servizio pubblico, che passa dall'essere un semplice utente o amministrato, all'essere un cittadino^[13]. Il che implica che quest'ultimo ha il diritto di partecipare all'azione amministrativa e di avere accesso all'Amministrazione^[14], con l'insorgere, per

l'amministrazione, di un dovere di rendere conto del proprio operato^[15]. Il che implica che non vi possono essere opacità nell'uso dell'IA da parte dell'amministrazione.

In secondo luogo, la nozione di "buona amministrazione"^[16], cioè quella che svolge nel miglior modo la sua funzione, perseguendo l'interesse generale, ma con il giusto rispetto degli interessi privati che si confrontano con l'agire amministrativo, operando una giusta ponderazione dei mezzi, delle circostanze, dei fatti, degli elementi presenti, della quale va dato atto in motivazione. Il concetto di buona amministrazione è chiaramente connesso all'efficienza e al miglioramento delle decisioni. In questo contesto anche l'IA può svolgere il suo compito, ad esempio, attraverso il trattamento dei dati posseduti dalle amministrazioni.

Se in questa rinnovata forma di cittadinanza è essenziale coinvolgere i cittadini nei processi decisionali e, in generale, nella vita dell'Amministrazione, questo comporta un nuovo modello di gestione pubblica. Ed è in questo momento che la nuova governance pubblica come modello organizzativo si collega alle idee di cittadinanza amministrativa e di buona amministrazione.

3. L'eterno gioco di equilibri

Il secondo passo di questo percorso discendente viene rappresentato dall'eterno bilanciamento, tra efficienza e garanzie. Non possiamo permetterci di dimenticare che sussiste un legame tra i nuovi strumenti disponibili (non solo l'IA, ma anche l'automazione^[17], la digitalizzazione ecc.) con la buona amministrazione^[18]. L'utilizzo delle risorse tecnologiche diventa importante al fine di garantire una maggiore efficienza, così come viene chiaramente riconosciuto nella legge italiana sul procedimento amministrativo^[19]. Quello alla buona amministrazione costituisce un principio fondamentale dell'azione amministrativa che trova riconoscimento costituzionale nell'emblematico art. 103.1 della nostra Carta Magna^[20].

Con tutto ciò, non dobbiamo lasciarci abbagliare dalla tecnologia, perché solo un uso corretto^[21] e ponderato di questa ci permetterà una maggiore efficienza; la discriminazione algoritmica, l'opacità o la mancanza di motivazione non rappresentano forse flagranti violazioni della buona amministrazione?

Tra le molte classificazioni presenti con riguardo alla questione, vorrei citarne solo alcune molto brevemente.

3.1. IA logica o IA connessionista?

Non si vuole entrare, in questa sede, in un dibattito volto a stabilire cosa si debba intendere per IA, che è un concetto complesso e in continua evoluzione. Ai fini del presente contributo, va semplicemente osservato che, tenendo conto sia dell'ampia definizione offerta dal progetto di regolamento europeo sull'IA, sia dell'idea, già espressa anteriormente, che questo lavoro non si limita ad essa, visto che ci sono vari momenti (e strumenti) che caratterizzano questo percorso evolutivo che conduce al pieno utilizzo di strumenti di IA, sicché è evidente che questa panoplia di mezzi comprende sia quelli che da una prospettiva più ristretta sono considerati sistemi di IA, cioè l'apprendimento automatico (la cosiddetta IA connessionista, *machine learning* o anche *deep learning*), alimentando la IA con esempi in modo che possa dedurre le regole pertinenti per risolvere un problema. Rientrano nell'oggetto del presente studio anche i sistemi le cui regole operative sono esplicitamente parametrizzate dall'uomo (la cosiddetta IA simbolica), ma che hanno una certa libertà nel determinare la soluzione soddisfacente o ottimale di un problema complesso.

Senz'altro, è noto che il sistema di IA simbolico è programmato esplicitamente da esperti, mentre quello connessionista è, da questi, solo addestrato^[22] e, sebbene tale sistema sia ancora più risalente, ha avuto una gran diffusione negli ultimi dieci anni.

Ai fini dell'analisi delle norme esistenti, va inoltre sottolineato che l'IA non è sinonimo di algoritmo, classicamente definito come un insieme di istruzioni e operazioni che consentono di risolvere una categoria di problemi. D'altra parte, il codice sorgente è la materializzazione del modello che costituisce il sistema, le istruzioni di montaggio, la guida completa al ragionamento, che può essere eseguita da un computer.

Inoltre, un'IA capace d'imitare completamente l'intelligenza umana, nella attualità, si può considerare ancora fantascienza.

Pertanto, nello svolgimento dell'azione pubblica è bene privilegiare strumenti di IA simbolica, ovvero mezzi di apprendimento automatico? Si tratta di una scelta

complessa, alla quale non possiamo offrire una risposta “automatica”, senza un’analisi preventiva dei vantaggi e degli svantaggi. Per il momento, è sufficiente concentrarsi su di un aspetto fondamentale per il tema basilare di questo studio: efficacia e garanzie; proprio perché l’IA simbolica ha, in linea di massima, il grande merito di essere spiegabile, poiché si basa su regole definite dagli esseri umani, che è vitale per assicurare la responsabilità, trasparenza e motivazione delle decisioni, a differenza del *deep learning*, i cui schemi sono al di là della comprensione umana, e del *machine learning*, che si trova a metà strada tra i due.

3.2. Attività materiale e attività formale

Molti di questi sistemi di IA sono attualmente in uso, soprattutto nell’attività materiale di fornitura di servizi, ma anche nell’attività proceduralizzata, rispetto alla quale è richiesta una maggiore precisione, in particolare per quanto riguarda le decisioni amministrative individualizzate.

3.3. Vantaggi e rischi

I vantaggi evidenti dell’uso dei sistemi di IA e, in generale, dei nuovi strumenti offerti dalla tecnologia nel settore pubblico sono molteplici, per cui, nel tentativo di riassumerli, si possono ridurre a tre tipologie fondamentali: per cominciare, il miglioramento dei processi di assunzione di decisioni; poi, il progresso nell’erogazione dei servizi pubblici e nell’interazione tra amministrazioni e cittadini; e, per concludere, l’ottimizzazione della gestione interna.

Merita la pena ricordare alcune questioni interessanti, come il dibattito – sollevato in alcuni ordinamenti – sull’esistenza di un diritto all’IA collegato alla buona amministrazione e alla clausola di progresso, o, da un’altra parte, l’interessante idea del dovere dell’Amministrazione di aggiornamento per garantire la migliore qualità della vita ai cittadini, come sottolineato dalla dottrina italiana.

Ma per raggiungere una nuova e migliore amministrazione pubblica è necessario indirizzarsi verso un processo di transizione digitale che, come suggerisce il termine, prevede passi graduali e precisi, tra cui la dematerializzazione dei documenti, il rispetto del principio “*once only*”, una buona interoperabilità, ecc^[23]. Senza dimenticarci della necessità di risorse umane e materiali adeguate, e il

requisito essenziale di disporre di dati di qualità.

Per quanto riguarda i rischi che, in questo costante dualismo, si contrappongono ai benefici indicati, spiccano quelli di natura legale; il rischio di accettabilità da parte dei cittadini e dei dipendenti pubblici – che si ricollega a quanto detto a proposito del contesto generale –; e, infine, i rischi dal punto di vista tecnico, mettendo qui in risalto la *cybersecurity*.

Tra i primi, vanno citati la violazione del diritto alla protezione dei dati^[24] – a questo proposito emerge l'impronta di accesso del sistema estone^[25] –, i danni che possono dar vita alla responsabilità pecuniaria, la mancanza di un'adeguata trasparenza, la difficoltà di spiegare e motivare le decisioni^[26], i dubbi sull'imputabilità^[27], la possibilità di discriminazione o persino alcune questioni etiche. E tutto questo senza dimenticare altri aspetti cruciali, come l'impatto sull'organizzazione e sull'occupazione pubblica^[28], la frammentazione sociale^[29] o persino i danni all'ambiente naturale, ad esempio, attraverso il dispendio energetico^[30].

3.4. Poteri vincolati e poteri discrezionali

In sintesi, trattandosi di un tema a cui la dottrina si è già dedicata in modo approfondito, è opportuno richiamare la distinzione tra poteri vincolati e discrezionali. La dottrina non è unanime, in quanto alcuni sostengono che non sia opportuno prendere decisioni discrezionali attraverso i sistemi di IA^[31], mentre altri autori si fanno portatori di posizioni leggermente diverse, nel senso che, senza escludere radicalmente questo tipo di applicazione dell'IA, pensano possa trovare più proficua applicazione con riferimento all'esercizio di poteri vincolati, che si prestano maggiormente all'uso di questa tipologia di strumenti elettronici^[32]. A mio avviso, sono molte le questioni da prendere in considerazione nello studio di questo aspetto, da ciò che va inteso con discrezionalità, alla sua distinzione con il margine di apprezzamento nella constatazione della concomitanza di concetti giuridici indeterminati, alla necessità di motivazione e/o spiegabilità delle decisioni (siano esse discrezionali o vincolate, poiché pur non essendo richiesta, in queste ultime, una motivazione formale in senso stretto, ciò non implica che non ce l'abbiano, in quanto in caso di impugnazione dovrà essere possibile verificare che le norme previste dalla norma siano state rispettate: ad esempio, si pensi

all'applicazione di una tabella di valutazione, i cui criteri sono chiaramente stabiliti nel relativo bando), alla distinzione tra i casi in cui la decisione è presa interamente da un sistema di IA o da altri strumenti simili e quelle in cui questi servono da supporto, senza dimenticare che IA e azione automatizzata non sono la stessa cosa, il che è importante, dato che ci sono disposizioni normative che si basano sull'uno o sull'altro aspetto.

Così, ad esempio, come è noto, la legge tedesca^[33] vieta l'emissione completamente automatizzata di atti in presenza di discrezionalità o margine di apprezzamento; mentre la normativa francese si basa sul termine veramente ampio di "trattamento algoritmico" (art. L311 del CRPA).

Anche la nostra scarsa e dispersiva normativa spagnola allude a decisioni automatizzate, che non sono necessariamente IA, ad esempio nell'art. 41 della Legge 40/2015^[34] e nell'art. 13 del Reale Decreto 203/2021, del 30 marzo, che prevede la necessità di una disposizione normativa che autorizzi, in qualsiasi caso, che l'azione amministrativa si svolga in questo modo, convergendo in questo senso con l'art. 22.2, b) del RGPD^{[35][36]}. Sono anche presenti alcune disposizioni in diverse norme settoriali^[37]. È con l'articolo 23 della legge 15/2022, del 12 luglio, sulla parità di trattamento e la non discriminazione, che si farà riferimento all'IA e ai meccanismi decisionali automatizzati, sebbene in modo molto generico.

Infine, a mio avviso, sono rilevanti altri due aspetti della questione. Da una parte, che è necessario rendersi conto che anche nelle decisioni discrezionali non c'è nulla di indifferente per il diritto, poiché, dal mio punto di vista, la buona amministrazione obbliga a prendere la decisione migliore, rispettando sempre il dovere di diligenza il giusto iter procedimentale. D'altra parte, non bisogna dimenticare che le previsioni algoritmiche sono una maniera diversa di affrontare un problema o di prendere una decisione^[38], giacché si arriva al risultato attraverso correlazioni, non relazioni di causalità («*correlation is not causation, and prediction is not certainty*»)^[39], né tramite la percezione personale o l'intuizione.

Quanto visto finora esclude necessariamente l'uso dell'IA? A mio parere, dipenderà dal caso specifico, essendo più facile ricorrere a questi strumenti nei casi in cui è possibile parametrare, senza alcun dubbio, gli elementi da prendere in considerazione senza che ci sia alcuna discrezionalità, ad esempio, con una predeterminazione di criteri chiara e precisa.

In conclusione, il principio di precauzione, così come il principio di

proporzionalità, dovrebbero essere utilizzati come punto di partenza per analizzare in ogni caso specifico se il sistema di IA è migliore del processo decisionale umano^[40]. Allo stesso tempo, non dobbiamo trascurare quei sistemi che facilitano o supportano il processo decisionale^[41], con tutte le garanzie necessarie^[42], in particolare la trasparenza e la spiegabilità^[43].

Anche è vero che non sembrerebbe corretto utilizzare tecniche di IA per adottare la decisione finale nei casi in cui sono necessarie capacità umane come l'empatia, che mancano ai computer. E tenendo anche conto del fatto che, anche quando gli elaboratori servono a sostenere la decisione, deve essere possibile sapere in che misura abbiano influenzato la decisione e come funzionino, così come previsto dal sistema francese (art. L311 CRPA)^[44].

Va in questa direzione anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano^[45], che ha definito le condizioni di ammissibilità delle decisioni algoritmiche^[46], e anche la dottrina italiana^[47].

3.5. Migliori servizi o maggiore controllo?

Va soltanto analizzata, molto brevemente, un'altra esigenza antitetica. Ai fini di una maggiore accettabilità da parte dei cittadini, è obbligatorio individuare un giusto equilibrio tra sistemi di IA dedicati a facilitare o migliorare il servizio ai cittadini e quelli volti allo svolgimento di funzioni di controllo, come ad esempio quelli indirizzati a perseguire le frodi, però senza dimenticare che anche questi ultimi sono volti a perseguire un interesse generale, come viene riconosciuto dal *Conseil Constitutionnel* francese nella decisione del 27 dicembre 2019, n. 2019-796, e addirittura espressamente in alcune norme^[48], anche dell'ordinamento spagnolo, e senza dimenticare il principio di uguaglianza contributiva. A condizione che il suo utilizzo sia proporzionato e rispettoso dei diritti e delle garanzie, in particolare quelli di natura fondamentale, come la protezione dei dati, la privacy ecc.

3.6. Efficienza contro garanzie: in sintesi

Dopo questa breve esposizione di alcune delle contrastanti esigenze presenti in materia, è ora opportuno fare una breve sintesi rispetto a quella più rilevante, ovvero l'idea che sta alla base di questo lavoro, l'equilibrio tra efficacia e garanzie.

Per quanto riguarda il primo elemento, credo che sia rimasto chiaro che uno dei principali vantaggi dell'utilizzo dell'IA può essere quello di contribuire a una maggiore efficienza, a un migliore processo decisionale, e ciò la riconduce ad una buona amministrazione ed è addirittura la ragione d'essere del suo utilizzo. Ciò si collega facilmente all'*inquisitorial principle* del sistema danese, nel senso che occorre garantire che le decisioni rivolte ai cittadini siano basate su informazioni pertinenti, necessarie e corrette^[49]. In breve, l'uso di IA può contribuire all'adempimento dell'obbligo di *due care* o *due diligence* a cui fa riferimento la Corte di giustizia dell'Unione europea^[50].

Allo stesso modo, sono stati citati alcuni rischi associati all'uso di questo tipo di strumenti, come il *digital divide* o la discriminazione algoritmica, per ricordarne alcuni, che si “oppongono” a questa presunta maggiore efficienza e di fronte ai quali devono essere fornite garanzie.

L'assenza nell'ordinamento spagnolo di una disciplina esaustiva dell'impiego dell'IA nell'ambito dell'Amministrazione, non implica l'assenza di garanzie e diritti che devono essere inevitabilmente rispettati; al contrario, il ricorso alla IA è comunque disciplinato dal diritto amministrativo, dai principi etici e dal necessario rispetto dei diritti fondamentali, cioè l'*Administrative Law by Design* del sistema danese^[51].

Per cominciare, quando si tratta di attività “formale”, è evidente che ogni diritto procedurale che deve essere rispettato e garantito in generale, va rispettato anche quando l'IA viene utilizzata in una procedura specifica. Questi diritti sono stati riconosciuti come fondamentali dall'Unione europea dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali.

Tra queste garanzie, un'attenzione particolare va riservata alla motivazione, che a sua volta si collega ad altri due elementi, quali la trasparenza e la spiegabilità, che in senso lato comprende l'interpretabilità^[52] (a questo proposito, vale la pena sottolineare anche la controversa questione *dell'eccessiva fiducia che taluni coltivano rispetto alle decisioni algoritmiche* e del come discostarsi dalla proposta fatta dal sistema di IA), l'intelligibilità o interpretabilità in senso stretto^[53], cioè non basta poter conoscere il sistema, il codice sorgente o l'algoritmo utilizzato, ma il sistema nel suo complesso deve anche essere comprensibile^[54]. Tutto questo è, a sua volta, legato a un'altra questione cruciale, come la tutela dell'uguaglianza e la possibilità di creare differenze basate sulla difficoltà di comprendere come si è

giunti a una decisione, in quanto ciò può persino avere ripercussioni sull'accesso all'effettiva tutela giurisdizionale, che è senza dubbio un'altra delle garanzie riconosciute dal nostro ordinamento. Senza dimenticare la tracciabilità e l'audit, a cui il Prof. I. Martín Delgado^[55] fa riferimento nell'ambito della trasparenza.

Intanto, è necessario per i cittadini capire e accettare che la spiegabilità pura e perfetta non può essere una *conditio sine qua non* per l'impiego di sistemi pubblici di IA, così come non lo è il funzionamento del cervello umano.

In sintesi, e come in altri sistemi come quello francese, si dovrebbe applicare, per impostazione predefinita, il principio della trasparenza^[56], limitata solo nei casi giustificati dal concorso di altri diritti o interessi giuridicamente tutelabili, ad esempio alcuni limiti della LTAIBG (legge spagnola sulla trasparenza, accesso all'informazione e buon governo), e dopo una preventiva e adeguata ponderazione, dove opportuno.

Non si deve, nemmeno, dimenticare l'importanza della trasparenza stessa nella progettazione, così come la partecipazione e/o la collaborazione ad essa, ad esempio attraverso l'intelligenza collettiva, visto che ciò si tradurrà in accettabilità.

Un'altra questione vitale nell'ambito delle garanzie è quella dei processi di auditing. Ciò è particolarmente legato alla necessità di garantire l'uguaglianza e il trattamento non discriminatorio, evidenziando la *good administration impact assessment* dei sistemi di IA imposti in Danimarca^[57], la cui denominazione non potrebbe essere più significativa.

Tra le garanzie, merita di essere menzionata anche la responsabilità patrimoniale, magari non solo rispetto a possibili pregiudizi che non ci sia alcun obbligo legale di supportare, ad esempio, a causa dell'uso inadeguato dei sistemi di IA, ma al contrario per non averlo fatto, comportando una perdita di opportunità.

Per concludere, è necessario considerare anche la creazione di alcuni organismi in questo settore^[58], come, ad esempio, l'Agenzia Statale per l'Amministrazione Digitale e l'Agenzia Spagnola per la Supervisione dell'IA^[59], nonché l'Osservatorio sull'Impatto Sociale degli Algoritmi^[60]. Di particolare interesse è la figura del Difensore civico digitale (art. 17 CAD) in Italia, o, per esempio, l'idea del Canada che, nel 2019 ha creato un comitato per valutare l'impatto degli algoritmi sulle decisioni amministrative.

4. Dalla teoria alla pratica: possibili utilizzi nel settore pubblico

In terzo luogo, in questo approccio *top-down*, vale la pena di analizzare le possibilità concrete di impiego di questi sistemi nel campo delle amministrazioni pubbliche.

Anzitutto, la semplificazione amministrativa a cui l'IA può contribuire è essenziale, soprattutto perché spesso ci troviamo di fronte a ritardi intollerabili. In altre parole, gli sforzi devono concentrarsi soprattutto sulla semplificazione, su una più rapida, efficiente ed efficace gestione della cosa pubblica.

Le applicazioni di questi sistemi che possono essere considerate favorevoli o vantaggiose per i destinatari dell'azione pubblica sono molteplici: dalla fornitura di informazioni tramite *chatbot*, all'aiuto agli utenti, ad esempio con *nudge* digitali che facilitino la localizzazione e la presentazione delle domande, allo snellimento delle procedure, e molto altro ancora.

Non si può dimenticare la proattività, ad esempio, nell'informare gli ipotetici destinatari interessati e persino, in certi ambiti, nel sollecitare l'Amministrazione stessa a trattare, ad esempio, gli aiuti, soprattutto quando sono rivolti a persone svantaggiate che possono essere doppiamente discriminate dalla burocrazia^[61].

Ancora, evidentemente, da un punto di vista interno, nel facilitare la elaborazione. Così, ad esempio, nella verifica del rispetto dei requisiti per essere beneficiari di determinati aiuti, nella ripartizione degli importi tra i richiedenti, nel calcolo degli importi o, ancora, quando si tratta di procedure competitive, come ad esempio negli appalti pubblici^[62], nella trascrizione in istruzioni informatiche di quanto stabilito nel bando specifico (approccio simbolico dell'IA), o per la graduatoria delle domande in base ai criteri valutativi^[63], soprattutto quando questi sono chiari e precisi, non lasciando margini di discrezionalità.

Nel campo delle giustificazioni, ad esempio, con la tecnologia *blockchain*, identificando la documentazione da presentare, perché l'ambito della verifica è particolarmente adatto a questo tipo di strumento.

Questo si collega a un'altra questione cruciale e, per certi aspetti, molto dibattuta, come l'uso di questi strumenti nella lotta contro le frodi (ad esempio, in Spagna NIDEL, in Belgio OASIS, il noto caso olandese Syri, ecc.) e, soprattutto, con

l'uso di algoritmi predittivi nella creazione di profili che, senza dubbio, devono essere guidati dal principio di precauzione, soprattutto con il *background* noto, e rafforzare eventualmente la progettazione, l'implementazione e la supervisione del sistema. Inoltre, il RGPD mette già in guardia dai pericoli di questo tipo di utilizzo dell'IA nel già citato art. 22.

Rispetto a questa disposizione, merita la pena sollevare una questione per la discussione: quando si tratta di profilazione (IA connessionista) ai fini della previsione di possibili frodi, si può ritenere che essa produca effetti giuridici o che incida in modo significativo sull'interessato in modo analogo, tanto più che è addirittura precedente all'avvio del relativo procedimento? Lo stesso vale quando una persona decide di avviare un'ispezione o quando questa scelta viene fatta in modo casuale.

È però possibile utilizzare questi sistemi di profilazione anche in positivo, ad esempio, per progettare meglio le politiche pubbliche, come nei bandi per i sussidi, come propone A. Bueno, per rilevare i bisogni, identificare i potenziali destinatari ecc. Va inoltre ricordato che sono sistemi di IA anche quelli che illustrano le possibili conseguenze delle decisioni pubbliche, vale a dire, i simulatori, che possono anch'essi contribuire in questa direzione a migliorare l'accuratezza e la progettazione appropriata delle misure adottate nel settore pubblico.

5. Conclusioni

In conclusione, vengono proposti alcuni principi di base da tenere in considerazione nella progettazione e nell'utilizzo di sistemi di IA o di strumenti simili nel settore pubblico. Questi includono almeno i seguenti elementi:

- 1) Primato dell'uomo: nel senso di garantire che i sistemi di IA funzionino a beneficio dell'essere umano (Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, COM(2022) 27 final), che la scelta sia guidata dall'idea di fornire un beneficio all'interesse generale.
- 2) Miglioramento delle performances: in quanto il loro utilizzo deve implicare un progresso in relazione all'attività umana, poiché l'obiettivo è quello di aumentare la qualità, l'efficacia e l'efficienza. Pertanto, non avrebbe senso scegliere di implementare sistemi di IA costosi o impattanti senza un sufficiente

miglioramento delle performances pubbliche.

3) Uguaglianza e non discriminazione: si tratta di un aspetto cruciale, che implica accessibilità, universalità, adozione di misure - come valutazioni d'impatto o audit - che evitino o attenuino pregiudizi, discriminazioni algoritmiche o qualsiasi altra violazione di questo diritto fondamentale, principio e valore del nostro Stato di Diritto. È persino necessario considerare come la complessità possa essere più dannosa per alcuni gruppi svantaggiati o per coloro che hanno meno mezzi per difendersi.

4) Trasparenza, sia in termini di motivazione che di rendicontazione: considerando che ciò implica anche la spiegabilità. Non ci possono essere “scatole nere” che rendano impossibile sapere com'è stata presa la decisione. Inoltre, la trasparenza deve essere estesa alla fase di progettazione, coinvolgendo anche gli *stakeholder*.

5) Promuovere l'autonomia: ridurre il più possibile la dipendenza da altri, sia perché l'amministrazione deve essere proattiva e all'altezza del compito, sia perché il ricorso a terzi comporta notevoli complicazioni legali (cause di astensione e ricusazione, imputabilità, segreti professionali, interessi economici ecc.) Questo, evidentemente, deve riflettersi nell'organizzazione pubblica e nell'uso di dipendenti statali.

6) Sostenibilità ambientale: sebbene alcuni sistemi di IA possano contribuire al miglioramento ambientale, una generalizzazione del loro uso può aggravare la crisi ambientale, ad esempio a causa dell'occupazione di suolo o del consumo di elettricità.

7) Proporzionalità: essenziale quando si decide tra le molteplici situazioni confliggenti, come abbiamo già visto.

8) Precauzione: avere sufficienti garanzie prima di implementare i sistemi di IA nella sfera pubblica, il che non impedisce di effettuare l'equazione di base *trial-and-error*, elementare nell'innovazione.

9) Accettabilità: che comporta, tra le altre, due sfide essenziali: la cultura e la consapevolezza. A tal fine, è necessario aumentare il livello di comprensione dei cittadini e degli impiegati pubblici, coinvolgerli nella progettazione e nell'implementazione, il che si collega alla partecipazione, alla trasparenza e alla responsabilità. Anche per trovare l'equilibrio tra gli usi per aiutare i cittadini e quelli per controllarli.

10) Affidabilità: le autorità pubbliche dovrebbero optare per un'IA affidabile, basata su una serie di principi fondamentali e accompagnata da misure legali, organizzative, tecniche, pedagogiche e di governance, e coinvolgere tutte le parti interessate.

In caso di rispetto di tutti questi principi, la logica conseguenza sarà un aumento dell'efficienza senza minare le garanzie, una transizione ordinata dalla burocrazia all'IA, che permetta di creare le condizioni affinché i cittadini riacquistino fiducia nel sistema, nelle istituzioni, nel nostro Stato di diritto sociale e democratico e, per concludere, nella qualità della vita del cittadino come nucleo essenziale del sistema.

1. Questo lavoro fa parte del progetto “*Digital citizenship: administrative implications*” TED2021-129283B-I00, finanziato da MCIN/AEI/10.13039/501100011033 e dall'Unione Europea NextGeneration EU/PRTR, nonché dalla Cattedra di Buon Governo Rafael del Riego, e costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al XVII Congresso dell'AEPDA, tenutosi a Siviglia il 26-28 gennaio 2023. Devo ringraziare il mio collega e amico Angelo G. Orofino per il suo prezioso aiuto nella stesura di questo testo.
2. A questo proposito, risultano interessanti i cosiddetti *nudge* e *hypernudge* digitali, così come i modelli oscuri; cfr. in proposito J. Ponce Solé, *Law, Digital Nudging and Manipulation: Dark Patterns, Artificial Intelligence and the Right to Good Administration*, in *ERDAL*, vol. 3, Issue 1.
3. U. Eco, *Apocalittici e integrati*, Bompiani, Milano, 1964.
4. In merito ad IA e gestione dei rischi, cfr. A. Barone, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *ERDAL*, vol. 1, Issue 1-2, 2020, pp. 63-67.
5. Sull'IA come strumento v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023, p. 87. Ha teorizzato che i programmi siano solo dei mezzi tecnici (e non degli atti, come da taluni autori sostenuto) A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico*, in *Foro amministrativo Tar*, 2002, pp. 2256-2281.
6. P. K. Agarwal, *Public Administration Challenges in the World of AI and Bots*, in *Public Administration Review*, 78(6), 2018, pp. 917-921
7. A.G. Orofino, *The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration*, in *ERDAL*, vol. 1, Issue 1-2, 2020, pp. 123-142.
8. *Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance. Étude adoptée en assemblée générale plénière du 31/03/2022*, Paris, 2022.
9. In argomento, v. anche le interessanti riflessioni svolte da Cons. St, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.
10. E. M^a. Menéndez Sebastián, *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el estado social y democrático de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021; E. M^a.

- Menéndez Sebastián y J. Ballina Díaz, *Digital citizenship: fighting the digital divide*, in *ERDAL*, vol. 2, Issue 1, 2021, pp. 149-155 e *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Reus, Madrid, 2022; E. M^a Menéndez Sebastián e B. M^a. Mattos Castañeda, *Better decision-making, algorithmic discrimination and gender biases: a new challenge for the administration of the 21st century*, in *ERDAL*, vol. 3, Issue 1, 2022.
11. G. Dumont, *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2002.
 12. C.E. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2002, p. 481
 13. V. Donier, *Les droits de l'usager et ceux du citoyen*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 1, 2018, p. 13.
 14. J. Chevallier, *De l'Administration démocratique à la démocratie administrative*, in *Revue Française d'Administration Publique*, 137-138, 2011, pp. 217-227.
 15. V. Ottaviano, *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazioni di indirizzi e programmi* (1992), in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1992, p. 385.
 16. E. M^a. Menéndez Sebastián, *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el estado social y democrático de Derecho*, op. cit.
 17. E. Gamero Casado, *Automated Decision-Making Systems in Spanish Administrative Law*, in *CERIDAP*, 1, 2023.
 18. A. Antonov, *Gestionar la complejidad: la contribución de la UE a la gobernanza de la inteligencia artificial*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 131, 2022, p. 54.
 19. Si collega a una maggiore efficacia nell'art. 3-bis della legge n. 241/1990 (legge sul procedimento amministrativo, nella formulazione del 2020).
 20. Costituzione spagnola del 1978.
 21. C. Castelluccia e D. Le Métayer, *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*, EPRS, Brussels, 2019, p. 3.
 22. F. Chollet, *L'apprentissage profond avec Python, machine learning.fr*, Francia, 2020.
 23. 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*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 85-117.
 24. J. L. Domínguez Álvarez, *Inteligencia Artificial, derecho administrativo y protección de datos personales. Entre la dignidad de la persona y la eficacia administrativa*, in *Ius et Scientia*, vol. 7, n. 1, 2021, pp. 304-326 e R. Martínez, *Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 2019, pp. 64-81.
 25. K. Nyman Metcalf, *e-Governance and Good Administration: Examples from Estonia*, in *ERDAL*, vol. 3, Issue 1, 2022.
 26. Con le parole di M. Manzoni et al., *AI Watch Road to the Adoption of Artificial Intelligence by the Public Sector. A Handbook for Policymakers, Public Administrations and Relevant Stakeholders*, Publications Office of the European Union⁷², Luxembourg, 2022,

- il già citato pregiudizio algoritmico, l'opacità e la complessità degli algoritmi.
27. A.G. Orofino, R.G. Orofino, *Automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 1300; M. C. Cavallaro, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *ERDAL*, vol. 1, Issue 1-2, 2020, pp. 69-74.
 28. D. Acemoglu and P. Restrepo, *Artificial intelligence, automation, and work*. In *The economics of artificial intelligence: An agenda*, University of Chicago Press, 2018, pp. 197-236.
 29. R. Medaglia et al., *Artificial Intelligence in Government: Taking Stock and Moving Forward*, in *Social Science Computer Review*, 2021.
 30. R. Schwartz et al., *Green AI*, *ArXiv: 1907.10597*, 2019.
 31. J. Ponce Solé, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, in *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, 2019.
 32. I. Martín Delgado, *Automation, Artificial Intelligence and sound administration. A few insights in the light of the spanish legal system*, in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 3, Issue 1, 2022; M. Fuertes López, *Reflexiones ante la acelerada automatización de actuaciones administrativas*, in *Revista Jurídica de Asturias*, 45, 2022, pp. 105-124.
 33. http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_35a.html.
 34. E. M^a. Menéndez Sebastián, *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico. Luces y sombras de las nuevas Leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 77-90.
 35. Si prenda in considerazione che all'interno di questo diritto fondamentale si include il diritto di essere informato sul trattamento dei dati (STC 292/2020). Inoltre, v. M. Medina Guerrero, *El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 2022, p. 143; A. Palma Ortigosa, *Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.
 36. Seguendo il modello indicato dall'art. 47 della *legge. n. 17/1978 (Delative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)*
 37. Ad esempio, il Real Decreto Legge n. 2/2021 (Rafforzamento e consolidamento delle misure sociali a difesa dell'occupazione, convalidato con accordo del 18 febbraio 2021).
 38. Huergo Lora, *Administraciones públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?*, in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 96-97, 2022, p. 84.
 39. J. Berryhill et al., *Rapport au Parlement du Comité d'éthique et scientifique de Parcoursup*, Ministère de l'Enseignement Supérieur de la Recherche et de l'Innovation, France, 2019.
 40. I principi di lealtà e vigilanza sono già stati invocati dalla CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, CNIL, France, 2017, p. 61.

41. M. Fuertes López M., *Reflexiones ante la acelerada automatización de actuaciones administrativas*, *op. cit.*
42. J. Valero, *The Legal Guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the Viewpoint of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements*, in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, Issue 1-2, 2020, June-December, pp. 55-61.
43. Il ruolo dei principi come la trasparenza e la responsabilità è vitale per un'IA affidabile OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449.
44. Per una prospettiva sulla protezione dei dati, si veda: A. Boto Álvarez, *Tratamiento de datos personales: entre la protección francesa de la vida privada y el mercado digital único*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 49, 2018, pp. 6-7.
45. N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*, 10, 2020.
46. E. Carloni, *IA, algoritmos y Administración pública en Italia*, in *IDP: revista de Internet, derecho y política*, 30, 2020.
47. A. G. Orofino, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Cacucci Editore, Bari, 2020, pp. 193-236.
48. Si veda la Disposizione Aggiuntiva Terza della legge di Valencia n. 22/2018, del 6 novembre. Anche la relazione dell'Ufficio antifrode della Catalogna, con riferimento ai sistemi d'allerta automatizzati per gli appalti pubblici del settembre 2022.
49. H. M. Motzfeldt, *Reflections on the need for further research within national administrative law before the EU Artificial Intelligence Act comes into effect: A Danish perspective*, in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 3, Issue 1, 2022.
50. Corte giust., sentenza 4 aprile 2017, C-337/15 P, *Mediatore europeo contro Claire Staelen*, ECLI:EU:C:2017:256, o sentenza 22 novembre 2017, C-691/15 P, *Bilbaina de Alquitranes, SA e a. contro Commissione europea*, ECLI:EU:C:2017:882.
51. M. H. Motzfeldt, *Reflections on the need for further research within national administrative law before the EU Artificial Intelligence Act comes into effect: A Danish perspective*, *op.cit.*
52. Come ha fatto il modello a raggiungere questo risultato? Di quali dati si è servito e con quali calcoli? Sull'interpretabilità, si può guardare E. D. Peet et al., *Machine Learning in Public Policy: The Perils and the Promise of Interpretability*, in *RAND Corporation*, PE-A828-1, 2022.
53. Perché sono stati ottenuti questi risultati e non altri?
54. Intelligibilità della procedura e intelligibilità dei risultati, com'è stato indicato da M. Pégnny e I. Ibnouhsein, *Quelle transparence pour les algorithmes d'apprentissage machine?*, 2018.
55. I. Martín Delgado, *Automation, Artificial Intelligence and sound administration. A few insights in the light of the Spanish legal system*, *op. cit.*
56. 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*

public, 58, 2019, pp. 82-96.

57. H. M. Motzfeldt, *Reflections on the need for further research within national administrative law before the EU Artificial Intelligence Act comes into effect: A Danish perspective*, *op. cit.*
58. Si mette in evidenza la figura italiana del *Difensore civico digitale* (art. 17 CAD).
59. D. A. 117^a della l. n. 22/2021 (Bilancio dello Stato).
60. Nella ENIA.
61. Per questo tipo di vulnerabilità, si veda S. Ranchordas, *Automation of Public Services and Digital Exclusion*, in *I-CONNECT Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 2020, e A. Nogueira López, *Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda*, in *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
62. J. C. Tejedor Vielsa, *Transformación digital, blockchain e inteligencia artificial. Referencias y experiencias en Aragón*, in *ERDAL*, vol. 2, Issue 2, 2021, pp. 67-69.
63. Nei casi in cui la competenza è di un organo collegiale, ad esempio nell'art. 22.1. 2° della Legge Generale sulle Sovvenzioni, che dovrebbe convalidare, senza incorrere in pregiudizi di automazione, la decisione.

L'udienza di discussione nel contenzioso amministrativo come diritto umano: un confronto tra il sistema sloveno e quello italiano

Bruna Žuber e Giacomo Biasutti

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-26

Il contributo vuole approfondire il ruolo dell'udienza nel sistema processuale amministrativo sloveno e in quello italiano, mettendoli a confronto. In entrambi gli ordinamenti, infatti, in tempi recenti pare essersi posto in discussione il ruolo del confronto tra le parti avanti al collegio ed al pubblico quale momento ineludibile di celebrazione del processo. Lo studio, pertanto, ambisce a individuare gli elementi comuni nei diversi sistemi processuali al fine di determinare un unitario contenuto dell'udienza come diritto umano.

The hearing of argument in administrative litigation as a human right: a comparison of the Slovenian and Italian systems

The article aims to explore the role of oral hearing in Slovenian and Italian administrative procedural law. In both countries the oral hearing is a pivotal moment in the judicial review of administrative decisions. The study aims to identify common elements in each system to determine a unitary content of oral hearing as a human right.

Sommario. 1. Introduzione.- 1.1. Il diritto alla celebrazione di una udienza di discussione in Slovenia ed in Italia.- 1.2. Strutture processuali a confronto.- 2. Udienza di discussione nel contenzioso amministrativo in Slovenia.- 2.1. Basi giuridiche e prassi per lo svolgimento delle udienze di discussione nel contenzioso amministrativo.- 2.2. L'importanza di tenere un'udienza di discussione in una controversia amministrativa.- 2.3. Restrizioni costituzionalmente ammesse al diritto a un'udienza nel contenzioso amministrativo.- 2.4. Udienza in una

controversia amministrativa de lege ferenda.- 3. Udienza di discussione nel diritto processuale amministrativo in Italia.- 3.1. La disciplina dell'udienza di discussione nel diritto processuale amministrativo italiano.- 3.2. L'importanza dell'udienza dibattimentale nel processo avanti a T.A.R. e Consiglio di Stato.- 3.3. Le eccezioni all'udienza pubblica: il problema del c.d. "giudizio immediato".- 3.4. Le prospettive di riforma: l'udienza come un "rallentamento" della macchina della giustizia?.- 4. Conclusione.- 4.1. L'importanza dell'udienza di discussione nel sistema processuale sloveno e nel diritto processuale italiano: un dialogo possibile tra gli Stati confinanti del nord Adriatico.

1. Introduzione^[1]

1.1. Il diritto alla celebrazione di una udienza di discussione in Slovenia ed in Italia

Il diritto ad essere ascoltati nell'ambito di una udienza è parte integrante del diritto a un processo equo garantito dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)^[2]. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), il diritto a un'udienza di discussione, proprio in quanto parte integrante del c.d. "fair trial", è collegato a quattro ulteriori diritti: il diritto di essere ascoltati e di essere presenti personalmente davanti al giudice, il diritto a una partecipazione effettiva, il diritto a essere ascoltati dal pubblico e il diritto a che le sentenze siano pronunciate pubblicamente o siano pubblicate successivamente alla relativa emanazione^[3].

La Costituzione della Repubblica di Slovenia (Ustava RS)^[4] garantisce il diritto alle udienze pubbliche e il diritto al pronunciamento pubblico delle sentenze all'articolo 24. Il diritto alle udienze pubbliche viene esercitato nel sistema giuridico sloveno attraverso lo svolgimento delle cosiddette udienze principali nei procedimenti giudiziari: si tratta di un principio che trova diretta applicazione anche al contenzioso amministrativo. La Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia (Ustavno sodišče Republike Slovenije) nelle sue recenti decisioni ha ritenuto che il diritto a un'udienza pubblica davanti a un giudice sia un diritto umano dotato di una propria autonomia, che conferisce all'udienza pubblica nei procedimenti giudiziari un peso estremamente elevato.

Anche in Italia, come noto, trova applicazione l'art. 6 CEDU. Nondimeno, il fatto che tale norma preveda che il diritto alla celebrazione di una udienza pubblica attenga alle controversie che riguardano “*diritti e doveri di carattere civile*”, ha fatto sì che nel tempo si sia addirittura posta la questione se una tale disposizione possa trovare applicazione anche presso il giudice amministrativo – avanti al quale, in linea generale, trovano tutela gli interessi legittimi^[5], mentre si fa questione di diritti soggettivi solo nei casi di giurisdizione esclusiva^[6]. Se a questo si aggiunge la natura nel tempo eminentemente cartolare del giudizio amministrativo^[7], si comprende come il principio generale ora enunciato, nella materia processuale *de qua*, sia stato declinato con diverse sfumature rispetto a quanto avviene, ad esempio, in ambito penalistico^[8].

Sennonché, a fronte di queste problematiche, derivanti da come a livello interno il giudizio amministrativo è strutturato, la giurisprudenza della Corte EDU contrappone la propria autonoma – ed autentica – interpretazione della norma. In tale prospettiva, allora, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 risulta irrilevante la qualificazione nel diritto interno della controversia e la natura dell'autorità competente per la materia^[9] di cui si dibatte^[10]. Vi è così che anche nel processo avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento amministrativo lesivo di un diritto fondamentale, si è ritenuto con costanza invocabile il diritto ad un *fair trial*^[11].

A livello normativo interno, non vi è però una previsione costituzionale di portata generale che codifichi il diritto alla pubblica udienza^[12], che è proprio espressione del principio generale del giusto processo sulla base della predetta interpretazione. L'art. 111 afferma che ogni giudizio si svolge nel contraddittorio tra le parti e, con riferimento al giudizio penale, che la prova si forma in maniera dialettica tra accusa e difesa avanti al giudice^[13]. La – solo apparente – limitatezza della disposizione, di contro, non ha tuttavia impedito alla Corte costituzionale di affermare che «*la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connotato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale, in forza dell'art. 101, co. 1, Cost., trova in quella sovranità la sua legittimazione*»^[14].

È proprio sulla base di queste direttrici ermeneutiche che il Codice del processo amministrativo attualmente vigente in Italia, all'art. 87, prevede la regola generale della discussione della causa in pubblica udienza quale momento non sostituibile

del giudizio avanti a T.A.R. e Consiglio di Stato^[15]. A questo principio si accompagnano però subito le eccezioni, costituite dalle udienze cautelari, e dai giudizi in materia di silenzio, accesso agli atti, ottemperanza e opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio^[16], che vengono invece discusse a porte chiuse in camera di consiglio. Essenzialmente, però, in ogni caso lo svolgimento dell'udienza – pubblica o camerale che sia – nel sistema italiano avviene attraverso il confronto tra ricorrente e resistente avanti al giudice. Quest'ultimo, peraltro, e protagonista del dialogo quanto i contraddittori: a mente dell'art. 73 c.p.a. che, ove ritenga di porre alla base della propria decisione una questione rilevabile d'ufficio, deve obbligatoriamente confrontarsi con le parti sulla stessa^[17] e, in ogni caso, è libero di dialogare con i contendenti per avere un quadro il più possibile completo che gli consenta di arrivare alla decisione.

Insomma, si può dire che nel diritto processuale italiano in generale, e nel processo amministrativo in particolare, esista oggi un principio immanente di diritto all'udienza – pubblica – dal contenuto in effetti non dissimile a quanto previsto a livello costituzionale in Slovenia. In entrambi i casi, questo principio generale si esplica sotto la previsione generale dell'art. 6 CEDU.

1.2. Strutture processuali a confronto

Il presente articolo, quindi, mira ad approfondire quale sia il significato dell'udienza di merito nei sistemi di contenzioso amministrativo sloveno e italiano. L'obiettivo è quello di mostrare le somiglianze e le differenze nel modo di intendere e celebrare il dibattimento avanti al giudice speciale. Per fare ciò, ci si è basati sull'ipotesi di lavoro per cui lo svolgimento delle udienze nel contenzioso amministrativo e l'attività del tribunale che si svolge nell'ambito di una effettiva cooperazione tra tutte le parti coinvolte sia un contributo indispensabile alla definizione più rapida ed equa dei giudizi.

In Slovenia, l'udienza di discussione in una controversia amministrativa non è semplicemente uno degli atti procedurali a disposizione del tribunale, ma è un diritto umano indipendente, il cui esercizio consente l'attivazione di altri diritti umani che, in quanto garanzie procedurali costituzionali, costituiscono il nucleo di un equo procedimento giudiziario.

In Italia, di converso, non si giunge ad affermare in senso così assoluto la consistenza di diritto umano della facoltà garantita a tutte le parti di essere udite avanti alla corte. Piuttosto, nel generale sistema del diritto processuale è considerato un diritto assoluto quello al contraddittorio^[18]. Lo studio, quindi, mira a comprendere se nell'ambito di questo diritto possa essere inclusa come sua parte fondamentale la celebrazione della pubblica udienza e se, da questa generale premessa, possano dedursi criticità rispetto all'attuale legislazione e alla prassi in opera presso T.A.R. e Consiglio di Stato^[19].

2. Udienza di discussione nel contenzioso amministrativo in Slovenia

2.1. Basi giuridiche e prassi per lo svolgimento delle udienze di discussione nel contenzioso amministrativo

La legge di base che disciplina il contenzioso amministrativo in Slovenia è la Legge sul contenzioso amministrativo (ZUS-1)^[20]. Essa prevede che il contenzioso amministrativo sia deciso in prima istanza dopo un'udienza di dibattimento c.d. "principale" (articolo 51 ZUS-1) come regola, e un processo c.d. "in sessione" – senza udienza – come eccezione (articolo 59 ZUS-1). Nella sua prassi passata, il Tribunale amministrativo, che decide il contenzioso amministrativo in Slovenia in prima istanza, nella stragrande maggioranza dei casi ha deciso in sessione, e solo in una minoranza di casi ha deciso dopo un'udienza^[21]. Questa tendenza è cambiata negli ultimi anni verso una decisione significativamente più frequente nelle controversie amministrative dopo un'udienza. A questo proposito, è estremamente interessante notare dalle statistiche giudiziarie che il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia ha tenuto solo 85 udienze all'anno nel 2016 e nel 2017, mentre nel 2018 ha tenuto 144 di queste udienze. Successivamente, il numero di udienze ha iniziato ad aumentare in modo significativo. Nel 2021 si sono tenute 636 udienze, sebbene il numero di cause portate davanti al Tribunale amministrativo in ciascuno degli anni in esame sia numericamente costante^[22].

Una ragione fondamentale per il cambiamento della prassi verso una maggiore frequenza delle udienze dibattimentali principali nelle controversie

amministrative è stata la posizione assunta dalla Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia, dalla Corte suprema della Repubblica di Slovenia (Vrhovno sodišče Republike Slovenije) e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno attribuito grande importanza allo svolgimento delle udienze nelle controversie amministrative. Nelle cause *Cimperšek contro Slovenia*^[23] e *Mirovni inštitut contro Slovenia*^[24], la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti stabilito che la Slovenia ha violato l'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU non avendo tenuto un'udienza in un giudizio amministrativo di primo grado davanti al Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia, peraltro non avendo reso note le ragioni per cui aveva ommesso il contraddittorio. Una violazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU per non aver tenuto un'udienza è stata riscontrata anche nella causa *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. contro Slovenia*^[25], per analoghe ragioni. Anche la Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia, nelle sue decisioni più recenti, ha attribuito particolare importanza all'udienza nelle controversie amministrative, definendola addirittura un «*diritto umano indipendente*»^[26]. Ha inoltre ritenuto che l'udienza in una controversia amministrativa non sia solo un mezzo per l'assunzione di prove, ma che la sua importanza risieda anche nel fatto che essa consente alle parti e all'autorità di incontrarsi su un piano di parità nel procedimento^[27]. La posizione della Corte Costituzionale della Repubblica di Slovenia, secondo cui l'udienza principale in una controversia amministrativa ha la stessa natura e lo stesso scopo di un'udienza davanti a qualsiasi altro tribunale, è condivisa anche dalla Corte Suprema della Repubblica di Slovenia, che ritiene che qualsiasi deroga alla regola generale che impone la celebrazione dell'udienza dibattimentale principale debba essere soggetta a un'espressa norma di legge costituzionalmente conforme e interpretata nella giurisprudenza in modo restrittivo eccezione^[28].

2.2. L'importanza di tenere un'udienza di discussione in una controversia amministrativa

L'obbligo di tenere un'udienza è parte integrante della maggior parte dei procedimenti giudiziari. Il contenzioso amministrativo si differenzia dagli altri procedimenti giudiziari in Slovenia in quanto generalmente segue, in termini di tempo, il procedimento amministrativo, in cui l'autorità amministrativa deve (o

almeno dovrebbe) prendere una decisione definitiva sull'oggetto della causa, dopo che è stata espletato un procedimento amministrativo. Il contenzioso amministrativo è quindi concepito come un controllo giurisdizionale della legalità del processo decisionale amministrativo, che lo distingue da altri procedimenti giudiziari in Slovenia, in cui sono solo i tribunali di prima istanza a stabilire per primi i fatti rilevanti per la decisione del caso.

Il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia, che decide le controversie amministrative in prima istanza, ha lo status di tribunale specializzato ai sensi della Legge sui tribunali^[29]. Secondo l'articolo 12(2) della ZUS-1, il giudice di appello è la Corte Suprema della Repubblica di Slovenia, tuttavia, similmente a quanto avviene in Italia, il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia ha lo *status* di corte superiore^[30]. Tale qualifica nei due paesi non è determinata dal grado di giudizio al quale si ha accesso – il Tribunale amministrativo è infatti giudice di prima istanza – bensì dal trattamento giuridico che la struttura^[31] e i suoi giudici^[32] hanno nell'ordinamento giudiziario, che è del tutto analogo a quello delle Corti d'appello. In Slovenia, il processo decisionale delle corti qualificate come “superiori” è caratterizzato per la maggior parte da procedimenti in camera di consiglio in assenza delle parti piuttosto che da una decisione dopo un'udienza in pubblico dibattimento. Ciò potrebbe spiegare come mai il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia decida le controversie amministrative in camera di consiglio riservata piuttosto che dopo un'udienza pubblica. Tale conclusione, tuttavia, non appare corretta. La Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia ritiene infatti che l'udienza pubblica in una controversia amministrativa abbia la stessa natura e lo stesso scopo di un'udienza davanti a qualsiasi altro tribunale.^[33]

L'udienza nel contenzioso amministrativo in Slovenia è di fondamentale importanza per bilanciare la posizione delle parti, ovvero il ricorrente e il convenuto nel contenzioso amministrativo. I procedimenti amministrativi sono caratterizzati da un rapporto unilaterale tra l'autorità amministrativa e la parte, in cui la parte è nettamente subordinata all'autorità amministrativa che emana il provvedimento. Il contenzioso amministrativo, invece, è caratterizzato dal fatto che l'autorità (in qualità di convenuto in una controversia amministrativa) e la parte (in qualità di ricorrente in una controversia amministrativa) sono su un piano di parità in termini procedurali e la loro controversia è decisa da un

tribunale, che è un organo indipendente e imparziale^[34].

Nell'udienza il tribunale e le parti approfondiscono le questioni di diritto e di fatto, il che consente al tribunale di conoscere direttamente gli aspetti giuridici e fattuali della controversia. Alle parti è data così la possibilità di persuadere il tribunale della correttezza delle loro argomentazioni. La decisione dopo l'udienza aumenta anche la prevedibilità del corso del procedimento e del suo esito. È qui che si evidenzia lo stretto legame tra il ruolo dell'udienza e la gestione sostanziale del procedimento amministrativo. Inoltre, il contraddittorio consente pure una maggiore prevedibilità dei tempi per le parti del procedimento: se il tribunale è riunito in seduta privata, infatti, le parti in causa non possono mai sapere con certezza quando possono aspettarsi una decisione sulla loro causa^[35].

L'udienza garantisce inoltre che l'esercizio delle funzioni giudiziarie sia aperto al pubblico. Questo aspetto può contribuire in modo significativo a preservare la reputazione della magistratura, a rendere evidente all'opinione pubblica la legittimità dell'esercizio del potere giudiziario così costruendo un legame di fiducia tra cittadini e sistema giudiziario.

Come si anticipava, l'articolo 51, paragrafo 2, della ZUS-1 prevede che il tribunale assuma le prove nell'udienza se e nella misura in cui esse siano necessarie per la decisione della controversia e tuttavia non siano già state assunte nel corso del procedimento amministrativo oggetto del contendere. Allo stesso modo, debbono essere assunte le prove se altri fatti indichino che quanto valutato in sede di procedimento debba essere invece diversamente apprezzato rispetto alla valutazione effettuata dall'autorità che ha adottato l'atto amministrativo impugnato. Questa disposizione è stata probabilmente la ragione principale per cui la giurisprudenza, ormai superata, ha ritenuto che l'udienza dibattimentale principale in una controversia amministrativa sia essenzialmente un mezzo di assunzione probatoria^[36]. La Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia, nella sua giurisprudenza più recente, ha invece dimostrato di avere superato questa posizione. Nella decisione Up-360/16 del 18 giugno 2020, il Giudice delle leggi ha infatti sottolineato che l'udienza non è solo un mezzo per l'assunzione di prove, ma ha anche la fondamentale funzione di consentire all'autorità e alla parte di incontrarsi su un piano di parità procedurale al fine di raccogliere, sulla base di un'audizione diretta e pubblica, le prove necessarie per la valutazione che deve essere effettuata dal Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia.

La valutazione delle osservazioni e degli argomenti delle parti, l'assunzione delle prove proposte in merito all'esistenza di fatti giuridicamente rilevanti e la libera valutazione delle prove in relazione a tali fatti sono gli elementi centrali del processo decisionale giudiziario. In tale situazione, il giudice può, di norma, valutare liberamente il valore di singole affermazioni, argomentazioni e prove solo se riceve egli stesso le affermazioni e ascolta direttamente le argomentazioni dalla parte in causa, oltre a percepire la natura e il carattere delle prove e la sostanza delle stesse attraverso l'esperienza diretta^[37].

La posizione della Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia, secondo cui l'udienza in una controversia amministrativa ha la stessa natura e lo stesso significato dell'omologa udienza che si celebra davanti a qualsiasi altro tribunale, è stata condivisa anche dalla Corte suprema della Repubblica di Slovenia nella sua decisione X Ips 22/2020 del 26 agosto 2020. Tale sentenza ha invero affermato che, oltre all'accertamento dei fatti, l'udienza deve compendiare anche una discussione completa delle argomentazioni di fatto e di diritto delle parti, che deve essere guidata dal tribunale in conformità ai principi dell'equo processo.

L'udienza in una controversia amministrativa, per vero, può svolgersi anche davanti alla Corte Suprema della Repubblica di Slovenia. L'articolo 74(3) ZUS-1 regola tale udienza nei casi in cui la Corte Suprema agisca quale giudice di seconda istanza (appello). La Corte Suprema della Repubblica di Slovenia può anche, di propria iniziativa, convocare un'udienza pubblica quando decide su un ricorso per revocazione, che è un rimedio straordinario nel sistema sloveno di contenzioso amministrativo. La Corte, inoltre, può convocherà un'udienza pubblica su un ricorso per revocazione se ritiene che la decisione sia importante per garantire la certezza del diritto e lo sviluppo della legge attraverso l'interpretazione giurisprudenziale delle norme, ovvero se ritiene che vi sia un interesse generale alla celebrazione della pubblica udienza.

Tuttavia, occorre sottolineare che l'udienza pubblica per decidere in grado di appello non ha lo scopo di stabilire o valutare la situazione di fatto, poiché la revisione delle sentenze di primo grado come rimedio straordinario non può essere proposta ponendo a base della censura della pronuncia del tribunale un accertamento errato o incompleto della situazione di fatto^[38].

Infine, la Corte Suprema della Repubblica di Slovenia può tenere un'udienza anche in altre cause da essa decise e disciplinate da leggi settoriali^[39].

2.3. Restrizioni costituzionalmente ammesse al diritto a un'udienza nel contenzioso amministrativo

Il diritto a un'udienza nei procedimenti giudiziari non ha valenza assoluta nell'ordinamento giuridico sloveno. Tuttavia, le eccezioni al principio generale che si è sopra richiamato sono ammissibili solo ove espressamente previste dalla legge e solo nel caso superino i test costituzionali di legittimità (di cui all'articolo 15, paragrafo 3, della Costituzione della Repubblica di Slovenia) e di proporzionalità (articolo 2 della Costituzione della Repubblica di Slovenia)^[40]. Di seguito sono riportati alcuni esempi di casi in cui è possibile rinunciare allo svolgimento di un'udienza pubblica in Slovenia.

Si può rinunciare all'udienza se le parti della controversia amministrativa vi rinunciano per iscritto ai sensi dell'articolo 279 della Legge sulla procedura civile (ZPP)^[41], che si applica alle controversie amministrative, a meno che non sia previsto diversamente nel ZUS-1.

La maggior parte dei casi in cui si può rinunciare all'udienza sono per vero indicati nell'articolo 59 della legge processuale slovena. Ai sensi dell'articolo 59, paragrafo 1, della ZUS-1, il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia può decidere senza sentire le parti se la situazione di fatto su cui si basa l'atto amministrativo non è contestata tra il ricorrente e il convenuto. Per quanto riguarda questa eccezione, la Corte Suprema della Repubblica di Slovenia ha dichiarato nella sua decisione X Ips 22/2020 del 26 agosto 2020 che la legittimità della mancata celebrazione dell'udienza va valutata nel singolo caso. Si dovrà quindi ritenere illegittima la decisione senza contraddittorio quando questo sarebbe invece stato necessario per garantire un'efficace tutela giurisdizionale in caso di situazione giuridica controversa.

L'articolo 59, paragrafo 4, della legge processuale slovena stabilisce poi la regola secondo cui il tribunale si riunisce sempre in camera riservata nelle controversie riguardanti la legittimità degli atti degli organi elettorali. La Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia ha sottoposto a vaglio questa disposizione nella sua decisione Up-135/19-23, U-I-37/19-12 del 5 giugno 2019^[42]. In esito, ha affermato che la previsione dell'esclusione di un'udienza si applica solo alle controversie che hanno luogo prima delle elezioni (cioè alle controversie relative alla ammissibilità candidatura), ma non anche alle controversie instaurate le

elezioni. In queste ultime, tutte le irregolarità elettorali possono essere sollevate e il tribunale deve quindi dare piena tutela giudiziaria al diritto di voto^[43].

L'articolo 59, paragrafo 2, secondo trattino, ZUS-1, prevede che il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia possa decidere anche senza un'udienza se la situazione di fatto tra l'attore e il convenuto è controversa, ma le parti presentano solo nuovi fatti e prove che non possono essere presi in considerazione dal tribunale in base alla legge processuale vigente, o se i nuovi fatti e prove proposti non sono ritenuti rilevanti per la decisione. La Corte Suprema della Repubblica di Slovenia, nella sua decisione X Ips 22/2020 del 26 agosto 2020, ha ritenuto che questa disposizione di legge sia in effetti incostituzionale e che la mancata celebrazione di un'udienza sulla base di questa eccezione costituisca una violazione del diritto umano delle parti a un'udienza pubblica. Questa posizione è una conseguenza della decisione della Corte costituzionale del 18 giugno 2020 nella causa Up-360/16, secondo la quale il diritto all'udienza non è finalizzato solo all'assunzione di prove, ma anche alla raccolta, attraverso un'udienza diretta e pubblica, degli elementi di prova necessari per la valutazione da parte del giudice nella controversia amministrativa. Ciò significa che il contraddittorio orale in una controversia amministrativa ha anche lo scopo di decidere quali prove devono essere prodotte per chiarire la situazione di fatto e che è nell'udienza principale che deve essere effettuata la valutazione. Poiché l'eccezione di cui all'articolo 59, paragrafo 2, secondo trattino, della legge processuale amministrativa slovena impedisce tale procedura, la Corte Suprema ritenuto la disposizione incostituzionale e ne ha vietato l'ulteriore applicazione.

Un processo in seduta riservata sulla base dell'articolo 59, paragrafo 1, del ZUS-1 e del primo^[44] e terzo^[45] trattino dell'articolo 59, paragrafo 2, del ZUS-1 è, fatte salve le limitazioni di cui all'articolo 59, paragrafo 3, del ZUS-1^[46], invece, per il momento risulta un'eccezione costituzionalmente ammissibile alla regola generale di decidere le controversie amministrative in prima istanza dopo un'udienza^[47].

Un aspetto fondamentale da tenere in considerazione, è che qualunque sia l'eccezione costituzionalmente ammessa su cui si basa la decisione di non tenere un'udienza principale in una causa amministrativa, deve essere motivata. La mancata indicazione dei motivi per cui non è stata tenuta l'udienza pubblica in

una controversia amministrativa costituisce una violazione del diritto costituzionalmente garantito alla motivazione di una decisione giudiziaria (articolo 22 della Costituzione della Repubblica di Slovenia)^[48].

2.4. Udienza in una controversia amministrativa *de lege ferenda*

La nuova prassi sullo svolgimento delle udienze nelle controversie amministrative rappresenta un importante sviluppo in termini di garanzia procedurale fondamentale per le parti in causa. Da un punto di vista organizzativo, la nuova prassi ha rallentato il lavoro del Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia. Infatti, il processo decisionale in una controversia amministrativa dopo l'udienza richiede più tempo rispetto alla risoluzione dei casi e al processo in camera di consiglio senza la presenza delle parti in causa^[49]. Era prevedibile che questo cambiamento avrebbe aumentato il tempo richiesto ai giudici amministrativi per decidere e, di conseguenza, il numero di cause pendenti nel corso degli anni, mettendo a rischio il diritto a un processo in tempi ragionevoli^[50]. Per tutti questi motivi, si sono proposte delle modifiche all'attuale regime giuridico del contenzioso amministrativo. Le modifiche mirano ad aumentare l'efficienza del processo decisionale nel contenzioso amministrativo, pur mantenendo lo stesso standard di certezza del diritto.

Al momento in cui si scrive, la Legge sugli emendamenti e le aggiunte alla Legge sulle controversie amministrative (di seguito ZUS-1C) è sottoposta alla procedura legislativa^[51]. La novità più importante proposta dalla ZUS-1C è la modifica della composizione del tribunale per la decisione delle controversie amministrative, che risulta a parere di chi scrive ragionevole ed efficace per far fronte all'aumento del volume di lavoro della magistratura amministrativa.

L'attuale legge che disciplina la composizione e il funzionamento delle corti amministrative stabilisce la regola del processo in camera di consiglio, ma secondo le nuove norme proposte, il processo in camera di consiglio è sostituito dalla regola del giudice unico^[52]. È previsto che il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia possa continuare a trattare le cause in camera di consiglio se la causa è complessa in diritto o in fatto o se si prevede che la decisione sul ricorso risolva un'importante questione di diritto, in particolare se riguarda una

questione di diritto sulla quale non esiste o non è uniforme la giurisprudenza, o se un'altra legge lo prevede. Se tali condizioni sono soddisfatte, il giudice unico a cui la causa è stata deferita proporrà al Presidente della Corte che la causa sia esaminata da una sezione collegialmente.

In base alle norme attuali, la Corte suprema della Repubblica di Slovenia decide su ricorsi e procedimenti per revocazione nelle controversie amministrative in una camera a tre giudici. Secondo il regime proposto, la composizione della Corte Suprema della Repubblica di Slovenia, quando deciderà su un appello in una controversia amministrativa, dipenderà dal fatto che la prima istanza (cioè il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia) sia stata decisa da una camera o da un giudice singolo. Pertanto, la Corte Suprema della Repubblica di Slovenia deciderà sull'appello in una camera a tre giudici, come nel regime attuale, se ciò è avvenuto anche in primo grado; se invece il primo grado è stato definito avanti ad un giudice unico, la Corte Suprema deciderà anche sull'appello in una camera a giudice unico. Presso la Corte Suprema della Repubblica di Slovenia, il giudice unico avrà anche la possibilità, con un'ordinanza, di rinviare una causa a un collegio di tre giudici per la decisione se ritiene che la causa sia complessa su questioni di diritto o di fatto o se ci si aspetta che la decisione sull'appello risolva un'importante questione di diritto, in particolare se si tratta di una questione di diritto su cui non esiste o non è uniforme la giurisprudenza. In base alle norme proposte, la composizione della Corte Suprema non sarà più determinata dalla ZUS-1 quando la Corte Suprema deciderà su un ricorso per revocazione come rimedio straordinario. A questo proposito si applicherà l'articolo 38 della Legge sulla procedura civile (ZPP)¹⁸³, che prevede che la Corte Suprema della Repubblica di Slovenia decida su una richiesta di revocazione in un collegio di tre giudici e su una revocazione in un collegio di cinque giudici.

La seconda modifica più importante introdotta dallo ZUS-1C è una diversa regolamentazione dell'obbligo di tenere un'udienza. Secondo la proposta di regolamento, il tribunale potrà decidere senza udienza non solo quando la situazione di fatto alla base dell'atto amministrativo non è controversa tra le parti, ma anche quando la situazione di fatto tra il ricorrente e il convenuto è controversa, nei seguenti casi:

- se dal ricorso, dall'atto impugnato e dal fascicolo amministrativo risulta

chiaramente che il ricorso deve essere accolto e l'atto amministrativo annullato sulla base dell'articolo 64, paragrafo 1, della legge sulle cause, e se la parte con un interesse opposto non ha partecipato al procedimento amministrativo,

- se le parti presentano solo nuovi fatti e prove che il tribunale non può prendere in considerazione ai sensi della legge processuale (articolo 52 ZUS-1), o se i nuovi fatti e prove proposti non sono rilevanti per la decisione,
- se le parti propongono solo le prove non necessarie per verificare i fatti contestati, che possono essere accertati senza l'assunzione delle prove proposte,
- se la controversia ha una base fattuale e giuridica simile a quella di una diversa controversia già decisa in via definitiva da un tribunale,
- se il tribunale deciderà solo sulla base dei documenti e le parti hanno concordato di non tenere un'udienza di discussione, dove il tribunale non sarà vincolato dai fatti stabiliti nel procedimento di emissione dell'atto amministrativo.

La proposta di modifica normativa è stata criticata dagli addetti ai lavori perché la nuova disciplina delle eccezioni all'obbligo di tenere un'udienza dibattimentale principale si discosta per alcuni aspetti dalle posizioni consolidate della giurisprudenza (ad esempio, per quanto riguarda il requisito secondo cui l'ammissibilità delle prove in una controversia amministrativa deve essere decisa appunto in un'udienza di discussione). La proposta rappresenterebbe quindi, in quest'ottica, un passo indietro nello sviluppo del concetto di decisione di una controversia amministrativa dopo un'udienza di discussione. Il proponente dello ZUS-1C, invece, sostiene che la proposta di regolamento segue le recenti decisioni della Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia. Tuttavia, siccome lo ZUS-1C è ancora in fase di elaborazione legislativa, il regime di modifiche proposte è soggetto a modifiche. Tuttavia, la formulazione finale dell'articolo, che sarà adottato e che regolerà le eccezioni all'obbligo di tenere un'udienza principale, avrà senza dubbio un impatto significativo sull'ulteriore sviluppo del concetto di processo decisionale nel contenzioso amministrativo dopo un'udienza in Slovenia.

3. Udienza di discussione nel diritto processuale amministrativo in Italia

3.1. La disciplina dell'udienza di discussione nel diritto processuale amministrativo italiano

Il diritto processuale amministrativo italiano prevede due tipi di udienze: udienze in camera di consiglio, che si celebrano alla presenza dei soli giudici e difensori delle parti, e udienze aperte al pubblico^[54]. Nella fisiologia del processo, l'udienza pubblica dovrebbe sempre essere l'esito necessitato del ricorso^[55]. Tale è il luogo ove le parti si confrontano e la giustizia diviene percepibile nel suo esercizio anche *ab externo*, stante lo svolgimento a porte aperte^[56]. Di contro, l'udienza in camera di consiglio, nel rito ordinario, dovrebbe celebrarsi solo nel caso in cui vi sia una istanza cautelare^[57], salvo, come si vedrà, la possibilità recentemente introdotta del c.d. "giudizio immediato generalizzato". Diversamente dal diritto processuale sloveno, pertanto, non è previsto alcun caso in cui il giudice possa decidere nel merito della controversia, definendola^[58], senza avere ascoltato le parti. Nemmeno è prevista, invero, l'eventualità che ad emettere decisioni destinate a produrre effetti sostanziali per tutta la durata del processo possa essere un organo monocratico. Ci si riferisce, in particolare, alle misure cautelari, che possono certo essere disposte in via d'urgenza dal presidente del tribunale o dal magistrato delegato ed anche *inaudita altera parte*, ma che debbono in ogni caso essere "ratificate" dal *plenum* del collegio^[59]. Né, del pari, è in effetti ammessa la possibilità di una decisione definitiva^[60] a opera di T.A.R. e Consiglio di Stato in composizione diversa da quella collegiale loro propria.

Anzi, come si è detto, il contraddittorio trova una specifica tutela pure nell'obbligo per la corte di sottoporre alle parti eventuali questioni che ritiene rilevare d'ufficio e porre alla base della decisione^[61]. Tanto è vero che, in caso ciò non avvenga, si apre la via ad una specifica ipotesi di lesione del contraddittorio che, secondo una certa corrente di pensiero, giustifica la remissione della vertenza al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 c.p.a.^[62].

Insomma, costituisce principio generale ed acquisito nel sistema italiano non solo quello dell'obbligo della discussione della vertenza in udienza – pubblica – prima

della decisione del ricorso, ma anche quello – per certi versi contermini – della deliberazione collegiale delle sentenze e dei provvedimenti cautelari. È il collegio, infatti, che assiste nel suo insieme all'esplicazione del contraddittorio; è parimenti il collegio che, nel suo insieme, delibera sulla vertenza decidendola in esito all'udienza. Si tratterebbe, come sostiene parte della dottrina, di un coacervo di principi concatenati «*a è stata reputata dai padri costituenti talmente tanto evidente da non renderne neppure necessaria un'esplicita affermazione nel nuovo testo costituzionale, con una scelta 'di rottura' rispetto a quanto era avvenuto sotto la vigenza dello Statuto Albertino, ove, per contro, il principio (della pubblica udienza ndr.) era stato espressamente enunciato*»^[63].

Tant'è vero che durante il periodo più intenso della crisi pandemica, ove le udienze si tenevano in modalità da remoto, erano sorti non pochi dubbi circa la legittimità di ricorsi discussi tramite videocollegamento *online* in assenza di meccanismi che consentissero al pubblico di assistervi^[64]. Del pari, ci si è domandati se fosse corretto che la volontà del collegio si formasse del pari all'interno di una stanza virtuale, anziché nel contatto diretto della camera di consiglio^[65]. Sono stati temi superati con lo svaporare dell'emergenza ma che sono destinati, come si vedrà, a riproporsi ove si ritenesse che la celebrazione virtuale dell'udienza possa essere un valido strumento di accelerazione del contenzioso e riduzione dell'arretrato. Si deve però ricordare, in chiusura sul punto, come nell'unico caso in cui il giudice amministrativo è stato chiamato incidentalmente a valutare la legittimità delle disposizioni che di fatto impedivano il contraddittorio orale, ha espresso forti perplessità^[66].

3.2. L'importanza dell'udienza dibattimentale nel processo avanti a T.A.R. e Consiglio di Stato

Il motivo di dibattito circa la legittimità di celebrare l'udienza da remoto e, ancor più, circa la possibilità di ometterla del tutto, nasce dal ruolo centrale che la dialettica orale ha progressivamente assunto nel sistema processuale amministrativo italiano.

È cosa nota che il processo amministrativo si è emancipato progressivamente da un sistema cartolare di diritto obbiettivo per muovere verso una compiuta dialettica tra i contendenti, governata dal principio dell'impulso di parte^[67]. Si

tratta di una evoluzione naturale che, per certi versi, è andata di pari passo con la rivalutazione in termini sostanzialisti dell'interesse legittimo^[68].

Questa evoluzione, tuttavia, non ha fatto venire meno la necessità di controbilanciare la disparità delle parti, rendendo evidente, pur nell'ambito del generale principio dispositivo^[69], come fosse indispensabile introdurre alcune mitigazioni in favore del privato^[70]. Proprio per questo il giudice può disporre incumbenti probatori con un certo margine di autonomia^[71], onde verificare la verità processuale: si suole così dire che l'onere probatorio del ricorrente è mitigato da un principio moderatamente acquisitivo ancora attualmente presente nel giudizio amministrativo^[72].

Nondimeno, proprio per poter esercitare questa supplenza in favore della parte svantaggiata, è fondamentale che questa sia posta in condizione di indicare positivamente gli elementi di prova dei quali è necessaria l'assunzione. Di converso, stante la pervasività dei poteri officiosi, l'amministrazione intimata deve potersi specularmente difendere attraverso la propria narrazione della vicenda. È solo così, dal dialogo tra le parti, che emerge la fisionomia del *fatto* processuale^[73] sul quale si deve incentrare l'indagine e rispetto al quale, appunto, il giudice è chiamato a fare domande, chiedere chiarimenti, disporre acquisizione di documenti ed espedienti probatori^[74]. In questa dinamica che coinvolge le parti ed il collegio giudicante si esprime quindi il valore pieno del contraddittorio nell'ambito di un processo di diritto soggettivo come quello italiano. È così, pertanto, che l'udienza di discussione assume un significato non dissimile a quello previsto nel sistema sloveno, ove si è visto che la dialettica viene ad assumere in prima battuta una valenza essenzialmente istruttoria.

Ulteriormente, l'udienza è come detto anche il luogo ove il giudice è tenuto^[75] a sottoporre alle parti le questioni rilevate d'ufficio che ritiene porre a base della propria decisione^[76]. Si tratta di un momento di confronto particolarmente rilevante poiché, se il dibattito istruttorio ha il fine di determinare l'oggetto del giudizio – o meglio il *fatto* amministrativo – il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio determina il convincimento del giudice sulle questioni di diritto dibattute^[77].

Per queste ragioni, insomma, si può dire che anche nel sistema di diritto processuale amministrativo italiano l'udienza di discussione si un momento centrale ed ineludibile del giudizio.

3.3. Le eccezioni all'udienza pubblica: il problema del c.d. "giudizio immediato"

Le eccezioni generali al principio di celebrazione della pubblica udienza sono note e tassativamente elencate all'art. 87 del Codice del processo amministrativo^[78]. Tra queste ve ne è una, tuttavia, che fisiologicamente può portare ad una compressione, in una certa misura, del contraddittorio: ci si riferisce al c.d. "giudizio immediato" in esito alla discussione in camera di consiglio della domanda di misura cautelare^[79]. Si tratta di una ipotesi prevista dall'art. 60, d.lgs. n. 104/2010, in linea generale anche per fare fronte al cronico problema della lunga durata dei giudizi amministrativi nel sistema italiano: anche un processo troppo lungo, infatti, è violativo del diritto fondamentale previsto dall'art. 6 CEDU, che trova peraltro oggi il suo contrappunto di diritto interno all'art. 111 Cost.^[80]. L'istituto, un tempo ristretto a determinate materie, come quella degli appalti^[81], è oggi esteso alla generalità delle controversie decise dal giudice di amministrativo, rendendo così la sua applicazione possibile ogniqualvolta il ricorrente presenti una domanda cautelare.

La forma processuale con la quale il giudizio viene definito è quella di cui all'art. 74 c.p.a., ossia una sentenza in forma semplificata. Si tratta di una pronuncia che, ravvisata la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, lo decide, anche indicando in maniera sintetica il punto di fatto o di diritto risolutivo o un precedente giurisprudenziale conforme^[82].

Ora, sebbene il codice di rito limiti la possibilità di definire in via immediata il giudizio ai soli casi in cui sia accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e solo dopo avere sentito sul punto le parti^[83], è evidente che la soluzione del giudizio in camera di consiglio rappresenta una eccezione alla regola generale della discussione in pubblica udienza nel rito ordinario. Eccezione che non è giustificata, come avviene nel rito avverso silenzio o in materia di accesso ai documenti, dalla intrinseca semplicità della *res in iudicio deducta*, bensì che è rimessa alla discrezionalità del giudice. Per di più, la disposizione impone al collegio la verifica della "completezza" del contraddittorio^[84], non già l'espletamento del contraddittorio nella sua pienezza, ossia lo svolgimento della dialettica processuale nel corso del giudizio. Il che, indubbiamente, invita a riflettere sulla capacità che lo strumento processuale finisca con il provocare una

compressione del diritto alla difesa e del diritto dei terzi – il pubblico – alla conoscenza dei fatti di causa, posto che entrambi si esplicano appieno solamente nella celebrazione di una udienza pubblica.

Anzitutto, la decisione immediata preclude la possibilità di intervento dei soggetti terzi. Si ricorda, infatti, che l'intervento delle parti può avvenire sino a trenta giorni prima dell'udienza pubblica di discussione^[85] : è tuttavia evidente che se tale udienza non si tiene, l'intervento non potrà esplicarsi^[86] . Questa possibile compressione del contraddittorio diviene ancor più evidente ove vi sia un c.d. "controinteressato occulto"^[87] , ossia un soggetto che, pur avendo la veste sostanziale del controinteressato, non è immediatamente percepibile come tale dal giudice. In questo caso, il collegio, proprio per la sommarietà della decisione immediata, potrebbe non avere contezza dall'oggetto processuale della possibile esistenza di tale soggetto, quindi procedere alla decisione senza integrare il contraddittorio con una parte invece necessaria. Stante la natura, appunto, occulta, di questo controinteressato, è tanto più improbabile la sua emersione quanto meno si esplica il contraddittorio processuale. Dacché, la pronuncia che non lo consideri quale parte necessaria non potrà che essere rimessa in discussione successivamente attraverso l'istituto della opposizione di terzo^[88] . Il che, in esito, porta al risultato contrario a quello cui si aspira con il giudizio immediato, ossia una decisione veloce e stabile che possa indirizzare l'amministrazione nella sua attività e dare soddisfazione al privato della propria pretesa^[89] .

Il caso del controinteressato occulto pretermesso, invero, sembra apparire al più una residualità: nella maggior parte dei giudizi chi potrebbe subire un effetto pregiudizievole diretto dall'accoglimento del ricorso è ben individuato^[90] . Nondimeno, nella generalità dei casi la decisione immediata è comunque potenzialmente idonea^[91] a comprimere lo svolgimento della dialettica processuale, quand'anche tutte le parti che è necessario evocare siano regolarmente presenti avanti al T.A.R. Come sottolineato dalla dottrina^[92] , la decisione immediata introduce due aspetti fondamentali nel sistema processuale amministrativo: in primo luogo, consente al giudice di prescindere nella decisione dall'ordine logico delle questioni che dovrebbe essere indicato dalle parti^[93] , da altro punto di vista si solleva il collegio *in toto* dall'onere di motivare le proprie opinioni qualora si possa fare riferimento ad un precedente *per relationem*, non essendo nemmeno necessario trattarsi di un orientamento giurisprudenziale consolidato^[94] .

Il punto nevralgico, tuttavia, proprio alla luce della funzione sopra adombrata dell'udienza pubblica quale esito dello scambio di memorie è il fatto che, pur non incidendo di per sé sulla congruenza logico-motivazionale della decisione, il giudizio immediato limita la possibilità di guardare alla vicenda processuale e sostanziale nel suo complesso. Infatti, lo spettro visivo a disposizione del giudice è solo quello – giocoforza limitato – del ricorso introduttivo e della memoria di costituzione delle parti intime, cui si assomma la rapida discussione nella camera di consiglio, che può essere fissata trascorsi appena venti giorni dalla notificazione del ricorso^[95].

A fronte della riduzione della dialettica, le parti debbono essere espressamente avvisate della possibilità che il giudizio sia definito in via immediata, così da consentire loro una discussione sul merito delle questioni trattate e che non si limiti solamente agli aspetti cautelari. Nondimeno, la disposizione del Codice non concede il diritto ai contendenti di chiedere un rinvio, né il rinvio alla pubblica udienza è dovuto ove una delle parti rappresenti necessità istruttorie^[96]. Tale ristrettezza del contraddittorio è funzionale ad una decisione che attiene, appunto, a casi di “manifesta” fondatezza o infondatezza, ovvero di rigetto in rito; dunque, potrebbe apparire del tutto congruente la previsione del Codice che limiti la potestà dispositiva del giudizio dei contendenti. Nondimeno, è ben difficile che il torto o la ragione, nella complessità dello scenario giuridico contemporaneo, si manifestino frequentemente con tanta evidenza.

Vero è che la pronuncia resa nel giudizio immediato è impugnabile con i mezzi ordinari avanti al Consiglio di Stato, che deciderà invece nelle forme ordinarie^[97]. Ed è altrettanto vero che, in caso di incompletezza istruttoria, il d.lgs. n. 104/2010, art. 104, comma 2, prevede che il giudice possa disporre i mezzi di prova ritenuti indispensabili ovvero quelli dei quali la parte dimostri non aver potuto disporre per causa alla stessa non imputabile^[98]. Tuttavia, questa soluzione rimette anzitutto alla decisione del giudice d'appello se introdurre prove o meno ma, soprattutto, in ogni caso elide un grado di giudizio qualora il Consiglio di Stato non ritenga rinviare la vertenza al giudice di *primae curae* bensì a sua volta decida dopo avere integrato l'istruttoria.

Insomma, dalla combinazione di questi diversi profili problematici, emerge come sicuramente il c.d. “giudizio immediato” è una misura acceleratoria che molte volte può far conseguire al cittadino il bene della vita cui aspira in via anticipata e

diretta ovvero – o al contempo – dettare alla pubblica amministrazione la linea da seguire. Nondimeno si tratta di uno strumento, per così dire, da maneggiare con cura: la velocità, infatti, non deve mai andare a scapito della pienezza del diritto alla difesa delle parti ed alla completezza del quadro giuridico-fattuale sul quale si appunta la decisione. Quest'ultima, infatti, è essenziale per garantire il pieno esplicarsi anche del potere conformativo tipico delle pronunce del giudice amministrativo.

Resta poi la circostanza per cui, pur permanendo sempre la possibilità di essere sentiti in udienza, quest'ultima non è pubblica – luogo elettivo delle decisioni dei tribunali amministrativi nel sistema italiano – ma permane chiusa nella sede camerale, alla sola presenza di giudici e avvocati. E questa incongruenza rispetto alla regola generale dell'art. 87 c.p.a., a sua volta, può essere corretta solo appellando, ma con gli stessi limiti che si sono appena visti.

Il giudizio immediato, peraltro, da istituto riservato ai casi di ricorso assistito da istanza cautelare, diviene *modus operandi* ordinario in esito alle riforme per l'abbattimento dei tempi di giustizia ad opera del recentemente dell'art. 72-*bis*, del Codice del processo amministrativo, recentemente introdotto^[99]. La norma, infatti, consente oggi, nelle cause “semplici”^[100], nelle quali non è necessaria istruttoria ma che non sono assistite da una domanda di sospensione interinale degli atti gravati, di convocare le parti alla prima camera di consiglio utile scaduti venti giorni dall'ultima notificazione, per decidere la vertenza. È d'uopo notare che il termine a difesa è lo stesso previsto per l'udienza cautelare dall'art. 55 c.p.a., dunque la “compressione” del diritto di difesa è la medesima sopra lumeggiata. Medesimo è anche il provvedimento che decide il giudizio, ossia la sentenza semplificata, che diviene metodo privilegiato per la decisione dei casi non particolarmente complessi – e non più solamente di quelli dove torto o ragione sono manifesti.

3.4. Le prospettive di riforma: l'udienza come un “rallentamento” della macchina della giustizia?

Visti quali sono i punti critici della disciplina processuale amministrativa italiana vigente, ci si può brevemente intrattenere sulle quelle che sono le prospettive, anche in questo sistema, *de lege ferenda*.

Con d.lgs. n. 149/2022, il Governo ha dato seguito alla delega *omnibus* per la riforma processuale nelle diverse giurisdizioni di cui alla l. n. 206/2021. In particolare, l'art. 127-ter, del Codice di procedura civile, come rinnovato in esito alla riforma, prevede ora in via generalizzata la possibilità che il giudice, discrezionalmente, sostituisca l'udienza con un collegamento da remoto o con il semplice scambio di note scritte tra le parti^[101].

Nonostante vi sia stato dibattito^[102] intorno alla possibilità ed opportunità di prevedere misure analoghe anche nel giudizio amministrativo, la decisione sulla quale ci si è assestati al momento è quella di non estendere la possibilità dell'udienza da remoto o cartolare avanti a T.A.R. e Consiglio di Stato. Troppo importante la celebrazione in presenza dell'udienza per poterla sostituire con l'ulteriore scambio di memorie o con un videocollegamento. Peraltro, non pare che la riforma civile possa produrre effetti sul processo amministrativo nemmeno ai sensi dell'art. 39 c.p.a. che riguarda, come noto, l'applicabilità al giudizio T.A.R. delle disposizioni in materia processuale civile ove queste siano espressione di principi generali. Di contro, infatti, l'art. 87 d.lgs. n. 104/2010 prevede espressamente che nel giudizio amministrativo le udienze sono pubbliche a pena di nullità: per applicare la disposizione civilistica occorrerebbe modificare allora espressamente il Codice di rito.

Insomma, le recenti riforme su udienze cartolari e da remoto non hanno trovato e non pare possano trovare ingresso nella materia processuale amministrativa. Tuttavia, queste proposte di modifica e le discussioni che le precedono sono indice di una linea di tendenza: nel novero delle riforme del PNRR^[103], infatti, l'obiettivo principale e più ambizioso nell'ambito del sistema giustizia è il tentativo di ridurre radicalmente la durata dei processi avanti a tutte le giurisdizioni. Ebbene, pare che tra i diversi rimaneggiamenti delle disposizioni processuali all'uopo predisposti, si finisca con il ritenere che l'udienza sia un incombente superfluo per la maggior parte dei casi o, altre volte, che un vero e proprio impedimento per la sollecita definizione del giudizio. Dunque, che sia un ostacolo che deve poter essere rimosso.

4. Conclusione

4.1. L'importanza dell'udienza di discussione nel sistema processuale sloveno e nel diritto processuale italiano: un dialogo possibile tra gli Stati confinanti del nord Adriatico

Il diritto a un'udienza di discussione nel contenzioso amministrativo in Slovenia si esercita sotto forma di udienza. L'udienza nel contenzioso amministrativo ha acquisito una notevole importanza negli ultimi anni. Ciò è stato facilitato da singole decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, da posizioni più recenti della Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia, che ha definito il diritto all'udienza come un diritto umano, e dalla giurisprudenza della Corte suprema della Repubblica di Slovenia, che ha aggiornato in modo sostanziale la vecchia giurisprudenza sullo svolgimento delle udienze e sugli istituti correlati. Il diritto umano all'udienza non è assoluto. Affinché un'interferenza con il diritto all'udienza sia costituzionalmente ammissibile, deve basarsi su un'esplicita disposizione di legge costituzionalmente conforme (l'interferenza deve essere prevista dalla legge, deve superare i test costituzionali di legittimità e proporzionalità) e quest'ultima, come eccezione, deve essere interpretata in modo restrittivo dalla giurisprudenza. Il diritto a un'udienza in una controversia amministrativa consente di attivare altri diritti umani che, in quanto garanzie procedurali costituzionali, costituiscono il nucleo di un processo equo.

Al contempo, nel sistema italiano, se pur non si rinuncia ad una udienza avanti al giudice amministrativo quale luogo principale di costruzione del contraddittorio, sempre più spesso l'udienza pubblica viene sostituita da udienze in camera di consiglio. In questi casi, la sentenza che ne emerge, pur avendo la medesima "forza", diviene "semplificata" nel contenuto, ossia nella propria motivazione. Si tratta di un sistema di accelerazione che prende le mosse da lontano^[104] e che vede nella sentenza la migliore tutela che il sistema può garantire agli interessi di tutte le parti in gioco. Essa, infatti, consente al ricorrente di avere certezza della propria situazione giuridica soggettiva e, al contempo, detta una linea alla pubblica amministrazione, attraverso il noto effetto conformativo delle pronunce del giudice amministrativo^[105]. Ciò che invita a riflessioni rispetto a questi condivisibili principi generali è tuttavia il grado di soddisfazione del diritto al contraddittorio e ad ottenere la migliore sentenza possibile che questo tipo di strumento è

realmente in grado di garantire. Si tratta in entrambi i casi di situazioni giuridiche e presidiate dall'art. 6 della CEDU^[106], quale declinazione del principio generale di *fair trial* che non può essere compresso sulla via della riduzione dei tempi del contenzioso e dello smaltimento dell'arretrato. La velocità nella decisione, infatti, deve sempre poter essere bilanciata con la necessità di dare adeguato spazio allo scambio tra le parti, ancor più considerando la natura tendenzialmente soggettivizzante che viene assumendo il processo amministrativo nel sistema italiano.

Volendo trarre le conclusioni del confronto tra le esperienze del nord Adriatico, in uno con i problemi che la recente giurisprudenza si è trovata e si trova ad affrontare, non si può che chiuder circolarmente prendendo a riferimento il punto di partenza da cui muovevano le riflessioni, ossia l'art. 6 CEDU. Si tratta di una disposizione di portata generale, quella che garantisce il c.d. "giusto processo", e che trova declinazione in tutti gli stati sottoscrittori, seppur con diverse sfumature^[107]. Dunque, è una norma programmatica che va applicata tanto in Slovenia quanto in Italia.

È ulteriormente elemento di comunanza tra i due Paesi, per vero, la circostanza che tanto in Italia quanto in Slovenia il giudizio amministrativo sia essenzialmente cartolare, perché nasce per apprezzare la legittimità dell'operato della P.A., la quale agisce – tendenzialmente – per provvedimenti formali. Da tale presupposto nasce la tendenza a volte comune dei due ordinamenti di vedere l'udienza come un *quid pluris*: non già approdo ineludibile della dialettica tra le parti ma incumbente che può contribuire in maniera ulteriore a chiarire una situazione che potrebbe già essere piana dalla lettura di documenti e provvedimenti depositati nel fascicolo di causa.

Risulta tuttavia chiaro che, ove il processo migri da un giudizio di diritto obbiettivo verso un giudizio di diritto soggettivo il contraddittorio non è mai sostituibile. L'udienza pubblica, infatti, è il luogo elettivo dove le parti esercitano tutti i loro poteri tipici di impulso: precisano le domande, controdeducono alle ragioni avversarie, indicano mezzi di prova, rispondono ai chiarimenti che il giudice ritiene necessari, financo "costruiscono" le prove con il loro comportamento. Se nel sistema sloveno si è arrivati alla piena consapevolezza di quanto sia ampio il diritto al *fair trial* quale diritto autonomo assoluto, includendo all'interno delle facoltà che garantisce alla parte anche quella di essere

ascoltata in pubblica udienza, nel diritto processuale italiano non si è mai realmente messo in dubbio il fatto che prima di decidere T.A.R. e Consiglio di Stato debbano celebrare collegialmente una udienza. Invece, si è posta la questione delle caratteristiche che tale udienza deve avere. Sotto questo aspetto, però, si registra un andamento divergente negli Stati confinanti: mentre in Slovenia vi è stata una progressiva riappropriazione della centralità dell'udienza pubblica, in Italia si è invece potenziato lo strumento del giudizio immediato – *id est* la decisione in forma semplificata in esito ad una udienza in camera di consiglio a porte chiuse.

Insomma, pur dimostrando analogha sensibilità al tema del contraddittorio, e similmente interrogandosi su quale ne sia il contenuto, i sistemi giuridici analizzati sembrano prendere strade diverse. Entrambi^[108], però, rimettono infine la gestione della pubblica udienza alla sensibilità del giudice, vero custode del processo amministrativo, e, così, dei diritti ed interessi legittimi che vi trovano tutela.

1. Sono attribuibili a B. Žuber, i par. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 e 3; a G. Biasutti, i par. 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4; i par. 1.2. e 4.1 sono attribuibili ad entrambi gli Autori.
2. Gazzetta ufficiale della Repubblica di Slovenia, n. 33/94.
3. D. Vitkauskas – G. Dikov, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2012, p. 51.
4. Gazzetta ufficiale della Repubblica di Slovenia 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 e 75/16.
5. Come chiarito nella ricostruzione storica operata da F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione. La formazione del sistema*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2023. Con specifico riferimento al tema in esame, invece, vedasi M. Chiavario, *sub art. 6*, in S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pag. 154 ss., ove peraltro si specifica in linea generale che il termine “*trial*” usato dalla Convenzione si riferisce al solo giudizio, non invece alle fasi preliminari che, nell'ambito del diritto amministrativo, possono preludere alla emanazione del provvedimento poi impugnato (come avvenuto nel famoso caso *Grande Stevens c. Italia* del 2014, in senso critico, però, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, ove evidenzia i limiti dell'approccio “compensativo” operato dalla giurisprudenza della Corte EDU per recuperare *ex post* nel processo sul provvedimento amministrativo le lacune che si sono create nel procedimento sostanziale).
6. Di cui all'art. 133 d.lgs. n. 104/2010: cfr., *ex multis*, F. Benvenuti, *Consiglio di Stato*

- (competenza e giurisdizione), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 325 ss. nonché M.S. Giannini – A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e pienezza della tutela giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 1989, pag. 625 ss. e B. Sassani, *La giurisdizione esclusiva*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 2585 ss.
7. Retaggio, quest'ultimo, della natura obbiettiva del processo amministrativo, che atteneva essenzialmente alla legittimità del provvedimento su di un piano generale, cfr. A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e amministrazione*, II, 2018, p. 263.
 8. E questo anche perché la Corte eur. dir. uomo, 23 giugno 1981, nn. 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere v. Belgium*, con oggetto una sanzione disciplinare irrogata a un medico, già affermava che « *Whilst Article 6, par. 1, embodies the "right to a court", it nevertheless does not oblige the Contracting States to submit "contestations" (disputes) over "civil rights and obligations" to a procedure conducted at each of its stages before "tribunals" meeting the Article's various requirements. Demands of flexibility and efficiency, which are fully compatible with the protection of human rights, may justify the prior intervention of administrative or professional bodies and, a fortiori, of judicial bodies which do not satisfy the said requirements in every respect; the legal tradition of many member States of the Council of Europe may be invoked in support of such a system* ». Cfr. P. Craig, *The Human Rights Act, Article 6 and procedural rights*, in *Public law*, IV, 2003, pag. 753 ss.
 9. Si essa un giudice speciale o di altro tipo.
 10. Così Corte eur. dir. uom., 29 maggio 1997, n. 21522/93, *Georgiadis v. Grecia*, § 34, 5 febbraio 2015, n. 2251/08, *Bochan v. Ucraina* (n. 2) (GC), § 43 e 15 marzo 2018, n. 51357/07, *Naït-Liman v. Svizzera* (GC), § 106. Questo sebbene in un'altra decisione, sent. 12 luglio 2001, n. 44759/98, *Ferrazzini v. Italia*, la Corte abbia ulteriormente avuto modo di affermare che le nozioni autonome presenti nella Convenzione non possono in ogni caso conferire un potere creativo alla giurisprudenza. Il Giudice di Strasburgo, insomma, non può decidere come se determinate limitazioni non fossero presenti nel testo convenzionale.
 11. Corte eur. dir. uom., 16 dicembre 1992, n. 12964/87, *De Geouffre de la Pradelle v. Francia*.
 12. Sul punto, con specifico riferimento al processo amministrativo, A. Crismani, *Le udienze nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, IX, 2012, pone in relazione questa mancanza con la legislazione estremamente scarna sulle modalità concrete dello svolgimento dell'udienza, che pone problemi di gestione dell'incombente processuale, le cui modalità sono molte volte rimesse alla discrezionalità del collegio giudicante.
 13. Sono disposizioni che, evidentemente, si può affermare che al limite sottintendano il diritto all'udienza avanti ad un giudice, ma non ad una udienza pubblica propriamente

- intesa come nel sistema sloveno. Cfr. S. Furfaro, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, VI, 2008, p. 1765. Nondimeno, la stessa Corte costituzionale non è granitica nel riferire a tale articolo l'obbligo di pubblicità delle udienze. Alcune sentenze, infatti, lo ricollegano invece all'art. 101, comma 1, Cost., (es. Corte Cost., sent. 14 aprile 1965, n. 25, in *Giurisprudenza costituzionale*, X, 1965, p. 241, sent. 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1971, p. 83, 10 febbraio 1981, n. 17, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1981, p. 87. In dottrina è dello stesso avviso anche M. Ciappi, *Pubblicità (principio della)*, in *Digesto delle discipline penali*, X, Giappichelli, Torino, p. 457.
14. Così Corte Cost., sent. 29 gennaio 1971, n. 12. In termini anche Corte Cost. sent. 9 febbraio 1989, n. 50, sent. 29 gennaio 1991, n. 69 e sent. 9 luglio 1992, n. 373. Cfr. M. Cecchetti, *La riforma dell'articolo 111 cost.: tra fonti preesistenti, modifica della Costituzione, diritto intertemporale ed esigenze di adeguamento della legislazione ordinaria*, in *Osservatorio sulle Fonti*, I, 2001, p. 35, ove in particolare l'Autore afferma che «*si può giungere ad un rafforzamento dell'idea che l'intervento del legislatore costituzionale sia stato necessario o quantomeno opportuno, a conferma di quella tesi secondo cui quando si tratti di dare diretta e immediata specificazione-attuazione a valori costituzionali attinenti all'essenza della forma di Stato o a principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale è sempre preferibile ed auspicabile un intervento di primo impianto nella forma della legge costituzionale*», pag. 52, cit. In altre parole, l'Autore sostiene che le previsioni oggi incorporate nella nuova formulazione dell'art. 111 – comprese quelle relative alla celebrazione dell'udienza pubblica – altro non siano che la specificazione di valori costituzionali immanenti.
 15. Peraltro, prevedendo espressamente che, in caso di violazione di questo principio, il provvedimento che venisse emesso in esito all'udienza dovrebbe considerarsi nullo *ope legis*.
 16. Le ragioni che stanno alla base della scelta di celebrare in camera di consiglio queste udienze sono essenzialmente riconducibili alla specialità dei riti di relativa pertinenza: alcuni di questi (cautelare) necessitano di peculiare speditezza, altri non hanno particolari esigenze istruttorie (accesso agli atti). Cfr. F. Volpe, *In quanti modi il processo amministrativo giunge a sentenza?*, in *amministrativisteneti.it*. Di impostazione più marcatamente critica all'uso dello strumento nell'ambito della legislazione emergenziale M. Lipari, *"Fase 2". I giudizi camerali nel processo amministrativo, oltre la legislazione dell'emergenza: Riti speciali, camere di consiglio atipiche e funzione preparatoria della decisione di merito*, in *federalismi.it*, XVIII, 2020.
 17. In difetto, peraltro, vi è una espressa comminatoria di nullità della sentenza con remissione della vertenza al primo giudice per lesione del contraddittorio ai sensi dell'art. 105 c.p.a., come si avrà modo di vedere, cfr. M. Lipari, *Annulamento con o senza rinvio al TAR*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2019*, Treccani, Milano, 2019. In punto vedasi anche la decisione, antesignana del codice di procedura attualmente vigente, Cons. St., Ad. Plen., 24 gennaio 2000, n. 1.

18. Diritto che, come detto, trova le sue basi costituzionali nell'ambito dell'art. 111 della Costituzione. G. Vignera, *Il "giusto processo" nell'art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *AmbienteDiritto.it*, sostiene vi possa essere una interpretazione riduttiva (minimalista) o a fortemente estensiva (massimalista) della nozione di giusto processo. Per parte propria, tuttavia, l'Autore ritiene che la disposizione possa far trovare ingresso a tutta una serie di tutele che, attraverso il medio dell'art. 111, vengono ad essere costituzionalizzate.
19. In punto, occorre partire dalle premesse operate da M. Lipari, "Fase 2", *op. cit.*
20. Gazzetta ufficiale della Repubblica di Slovenia, n. 105/06, 107/09 - Decreto degli USA, 62/10, 98/11 - Decreto degli USA, 109/12 e 10/17 - ZPP-E.
21. Sulla prassi del Tribunale amministrativo in merito allo svolgimento delle udienze principali, si B. Žuber, *Pomen glavne obravnave v upravnem sporu*, in M. Kambič – K. Škrubej (a cura di), *Odsev dejstev v pravo: da mihi facta, dabo tibi ius: liber amicorum Janez Kranjc*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2019, p. 487 e 489; e B. Žuber, *The Slovenian perspective of a main hearing in an administrative dispute*, in *Administrativne pravo i proces*, št. 1/2019, p. 60.
22. Fonte Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia, Comunicazione del 19 gennaio 2019 e Relazione annuale sull'efficienza e l'efficacia dei tribunali 2021, disponibile all'indirizzo: https://sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2022051615093292 (4 marzo 2023). Sulla prassi del Tribunale amministrativo in merito allo svolgimento delle udienze principali, si veda B. Žuber, *Pomen glavne obravnave v upravnem sporu*, in M. Kambič – K. Škrubej (a cura di), *Odsev dejstev v pravo: da mihi facta, dabo tibi ius: liber amicorum Janez Kranjc*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2019, p. 487 e 489; e B. Žuber, *The Slovenian perspective of a main hearing in an administrative dispute*, in *Administrativne pravo i proces*, št. 1/2019, p. 60.
23. Corte eur. dir. uom., 30 giugno 2020, n. 58512/16, *Cimperšek contro Slovenia*. In questo caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia non avesse spiegato adeguatamente la sua decisione di non tenere l'udienza di dibattimento.
24. Corte eur. dir. uom., 13 marzo 2018, n. 32303/13, *Mirovni inštitut contro Slovenia*. In questo caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha osservato che il Tribunale amministrativo della Repubblica di Slovenia non ha menzionato affatto la richiesta del ricorrente di tenere un'udienza pubblica, se non nel riassunto delle memorie, né ha fornito alcuna motivazione per non tenere un'udienza principale.
25. Corte eur. dir. uom., 23 ottobre 2018, n. 47072/15, *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. contro Slovenia*. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha osservato che in quel caso la Corte suprema della Repubblica di Slovenia era il primo e unico tribunale ad ascoltare il caso della società ricorrente, e pertanto sarebbe stata obbligata a esaminare non solo gli aspetti giuridici ma anche quelli fattuali della controversia. La Corte Suprema della Repubblica di Slovenia non ha preso in considerazione la richiesta di un'udienza principale da parte della ricorrente e non ha fornito motivazioni per non tenerla.

CERIDAP

26. Si vedano le decisioni della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-135/19-23, U-I-37/19-12, 5 giugno 2019, paragrafo 22, Up-1135/17, 21 novembre 2019, paragrafi 5 e 6, Up-582/17, 21 novembre 2019, paragrafi 13 e 14, e Up-360/16-22, 18 giugno 2020, paragrafo 11.
27. Decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-360/16-22, 18 giugno 2020, p.to 16.
28. Si veda la decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-360/16-22, 18 giugno 2020, p.to 1,7 e la decisione della Corte suprema della Repubblica di Slovenia X Ips 22/2020, 26 agosto 2020.
29. Gazzetta ufficiale della Repubblica di Slovenia, n. 94/07 - Testo ufficiale consolidato, 45/08, 96/09, 86/10 - ZJNepS, 33/11, 75/12 - ZSPDLS-A, 63/13, 17/15, 23/17 - ZSSve, 22/18 - ZSICT, 16/19 - ZNP-1, 104/20, 203/20 - ZIUPOPVE e 18/23 - ZDU-10.
30. Si veda l'articolo 97, paragrafo 2, in combinato disposto con l'articolo 98, paragrafo 2, p.to 3, ZS.
31. Si legge, infatti, all'art. 98 ZS che la qualifica di corte superiore non dipende dal grado di giudizio affidato al tribunale. Tale qualifica, ad esempio, è attribuita a tutte le corti le cui sentenze sono appellabili avanti alla Corte Suprema.
32. Ci si riferisce in questo caso, ad esempio, al relativo inquadramento nell'ordinamento della magistratura ed al trattamento pensionistico.
33. Decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-360/16, 18 giugno 2020, p.to 17.
34. Si veda anche la decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-360/16, 18 giugno 2020, p.ti 12 e 16.
35. B. Žuber, *Ustavna izhodišča javne obravnave v upravnem sporu*, in B. Žuber (a cura di), *Glavna obravnava pred upravnim sodnikom*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2020, p. 21. Per approfondire i vantaggi della decisione di una controversia amministrativa dopo l'udienza principale, si veda B. Žuber, *Pomen glavne obravnave v upravnem sporu*, in M. Kambič – K. Škrubej (a cura di), *Odsev dejstev v pravu: da mihi facta, dabo tibi ius: liber amicorum Janez Kranjc*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2019, pp. 488-491; e B. Žuber, *The Slovenian perspective of a main hearing in an administrative dispute*, in *Administrativne pravo i proces*, št. 1/2019, pp. 61-63.
36. Decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-1055/05, 19 gennaio 2006.
37. Decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-360/16, 18 giugno 2020, p.ti 16 e 17.
38. Sulle udienze pubbliche davanti alla Corte Suprema della Repubblica di Slovenia come tribunale dei giudizi per revocazione, si veda E. Kerševan (a cura di), *Zakon o upravnem sporu (ZUS-1) s komentarjem. Lexpera (GV Založba)*, Ljubljana 2019, p. 470.
39. Ad esempio, la Corte suprema della Repubblica di Slovenia, in conformità con la decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia U-I-191/17, 25 gennaio 2018, ha deciso sulla controversia referendaria dopo l'udienza principale. A questo proposito, si veda la sentenza e la decisione della Corte suprema della Repubblica di Slovenia Uv 10/2017-67,

- 14 marzo 2018.
40. Per una discussione generale sulle restrizioni costituzionalmente ammissibili ai diritti umani, si veda E. Kerševan – M. Avbelj (a cura di), *Komentar Ustave Republike Slovenije. I. del. Nova univerza, Evropska pravna fakulteta*, Ljubljana 2019, pp. 126-127.
 41. US, 75/12 - decl. US, 40/13 - decl. US, 92/13 - decl. US, 10/14 - decl. US, 48/15 - decl. US, 6/17 - decl. US, 10/17, 16/19 - ZNP-1 e 70/19 - decl. US.
 42. La Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia ha adottato un'interpretazione identica nella sua decisione Up-676/19-25, U-I-7/20-7 del 4 giugno 2020, p.to 33. In tale decisione, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali gli articoli 100, 101 e 102 della legge sulle elezioni locali (Gazzetta ufficiale della Repubblica di Slovenia, n. 94/07 - testo ufficiale consolidato, 45/08, 83/12 e 68/17).
 43. Si veda la decisione della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-135/19-23, U-I-37/19-12, 5 giugno 2019, paragrafi 18 e 20.
 44. Esso prevede che il tribunale possa decidere senza un'udienza principale se dal ricorso, dall'atto impugnato e dal fascicolo amministrativo risulta che il ricorso deve essere accolto e l'atto amministrativo annullato ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, della legge, e se nessuna parte con un interesse contrario ha partecipato al procedimento amministrativo.
 45. La norma prevede che il tribunale possa decidere senza udienza se la controversia è tra le stesse parti, comporta una questione di fatto e di diritto simile ed è già stata decisa in via definitiva dal tribunale.
 46. Il testo recita: *«In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, il giudice decide all'udienza principale se: una persona che avrebbe dovuto partecipare come parte o come interveniente al procedimento amministrativo non ha avuto questa possibilità, e non si tratta di un caso ai sensi dell'articolo 229, paragrafo 2, della ZUP o di una disposizione sostanzialmente identica di un altro regolamento che disciplina la procedura di emanazione di un atto amministrativo, - una parte o un interveniente nel procedimento per l'adozione di un atto amministrativo non ha avuto la possibilità di essere ascoltato su fatti e circostanze rilevanti per l'adozione della decisione».*
 47. Questa è anche la decisione della Corte Suprema della Repubblica di Slovenia X Ips 22/2020, 26 agosto 2020.
 48. Si vedano, ad esempio, le decisioni della Corte Cost. della Repubblica di Slovenia Up-164/14, 17 settembre 2015 e Up-434/14, 8 gennaio 2015.
 49. Pubblicazione della Corte Suprema della Repubblica di Slovenia "Apertura dell'anno giudiziario 2021", disponibile all'indirizzo: https://www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2021021709564790, 5 marzo 2023, p. 22.
 50. *Ibidem*.
 51. Materiale legislativo disponibile all'indirizzo: Izbran zakon / akt (dz-rs.si).
 52. Sul confronto tra processi camerali e processi a giudice unico nel contenzioso amministrativo in Slovenia, si veda B. Žuber – M. Tilen, *Zborni sojenje v upravnem sporu*,

- in *Podjetje in delo*, Vol. 48, št. 2, 2022, pp. 211-234.
53. Gazzetta ufficiale della Repubblica di Slovenia, n. 73/07 - Testo ufficiale consolidato, 45/08 - ZArbit, 45/08, 111/08 - Decreto degli USA, 57/09 - Decreto degli USA, 12/10 - Decreto degli USA, 50/10 - Decreto degli USA, 107/10 - Decreto degli USA. US, 75/12 - decl. US, 40/13 - decl. US, 92/13 - decl. US, 10/14 - decl. US, 48/15 - decl. US, 6/17 - decl. US, 10/17, 16/19 - ZNP-1, 70/19 - decl. US, 1/22 - decl. US e 3/22 - ZDeb.
54. Art. 87 d.lgs. n. 104/2010.
55. Pur dovendo ancor oggi le parti presentare apposita istanza di fissazione dell'udienza a tal fine – e onde in concreto dimostrare di avere interesse alla decisione. Si tratta di un incombente processuale, peraltro, la cui concreta utilità è assai dibattuta, cfr. V. Domenichelli, *Il ruolo dell'udienza cautelare come sede per orientare e definire la causa, Relazione tenutasi al convegno dal titolo Dal processo al procedimento: ruolo e prospettive della tutela cautelare e del rito camerale nel rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione, svoltosi a Venezia il 2 dicembre 2019, presso Cà Vendramin Calergi, in amministrativistiveneti.it.*
56. A. Crismani, *op. cit.* sottolinea la centralità dell'udienza, per l'imprescindibile legame tra la stessa e il processo nella sua interezza quale insieme di atti ordinati al raggiungimento di un risultato finale che è la sentenza.
57. Art. 55, d.lgs. n. 104/2010. Questo, sebbene come si vedrà il procedimento cautelare è da molti ritenuto "centrale" nell'ambito delle tutele che possono essere garantite dal giudice amministrativo, quale reale cartina tornasole dell'effettività giurisdizionale. In termini F. Merusi, *Le ragioni dell'economia: diritto e processo tra azioni cautelari e riti speciali amministrativi, Relazione al convegno sul tema: "La tutela cautelare nel processo amministrativo", Siena, 25 ottobre 2002, in Nuove autonomie, IV-V, 2005, nonché M. Bove, La tutela cautelare nel processo amministrativo, in Diritto processuale amministrativo, I, 2011, p. 43, e A. Andreis, Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo, Giuffrè, Milano, 1996, già antesignano della successiva evoluzione giurisprudenziale e dottrinarica sul tema. Peraltro, alla luce delle recenti modifiche al codice di rito, l'udienza a porte chiuse potrebbe non essere più una esclusiva conseguenza della proposizione di una istanza cautelare, cfr. art. 72-bis, c.p.a. e *infra*.*
58. Se si eccettuano i decreti cautelari *inaudita altera parte* per somma urgenza, previsti dagli artt. 56 e 61 c.p.a. Anche in questi casi, tuttavia, è prassi consolidata che il presidente del T.A.R. o il magistrato delegato consulti informalmente le parti prima della emissione della misura: cfr. S.S. Scoca, *Tutela monocratica: nel D.Lgs. n. 104/2010 residua qualche lacuna, in Giurisprudenza italiana, I, 2011, p. 192.* In particolare, l'Autore ritiene che la fase cautelare monocratica sia nient'altro che una sottofase cautelare, poiché comunque destinata a confluire nella deliberazione collegiale in udienza della misura. Una diversa ipotesi di misura emessa senza l'ascolto delle parti in udienza è costituita dal decreto che dispone l'estinzione del ricorso, come previsto dall'art. 85, d.lgs. n. 104/2010. In questi casi, però, la pronuncia in assenza di contraddittorio è provocata dal comportamento delle parti processuali e, in ogni caso, l'udienza potrà in seguito essere celebrata – nelle forme

della camera di consiglio, come previsto dall'art. 87 del codice di rito – qualora le parti contestassero il decreto. In questi termini, A. Cerreto, *L'estinzione del processo per inattività, con particolare riferimento al giudizio amministrativo*, in *giustamm.it*, nonché, con riferimento all'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni sopra ricordate, Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2004, n. 6.

59. Trattasi di un principio generale già chiaro a F.G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1983, p. 311, quello per cui anche l'urgenza di provvedere non può portare ad una deroga generalizzata dell'obbligo di deliberazione collegiale della questione. Del medesimo Autore, anche il coevo *Modello tradizionale e trasformazione del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1985, p. 255, secondo cui «*il processo amministrativo è rimasto tuttavia, per struttura ed oggetto, quello che era*» prima della introduzione dei T.A.R. Tra i principi trasposti avanti ai tribunali regionali, quello della collegialità della decisione. Vedasi, più recentemente, G. Vercillo, *La tutela cautelare nel processo amministrativo ed il paradigma imposto dalla Corte di Giustizia nell'ottica del giudizio sul rapporto*, in *Diritto e processo amministrativo*, II, 2009, p. 625.
60. Ossia che si caratterizzi per la capacità di passare in giudicato ai sensi degli art. 342 c.p.c. e 2909 del Codice civile.
61. Ancora, art. 73 c.p.a. Sul punto, cfr. Cons. St., 26 aprile 2022, n. 3124, ove con chiarezza si è ribadito che «*Questo Consiglio di Stato, già a partire, tra le altre, dalla sentenza n. 14 del 5 settembre 2018 dell'Adunanza plenaria, da tempo viene ribadendo in modo costante e uniforme che costituisce violazione del diritto del contraddittorio processuale e del diritto di difesa, in relazione a quanto dispone l'art. 73, comma 3, c.p.a., porre a fondamento di una sentenza di primo grado una questione rilevata d'ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l'assegnazione di un termine alle parti per controdedurre al riguardo. ... Da ciò consegue l'obbligo, per il giudice di appello, di annullare la sentenza stessa e di rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., per evitare sentenze "a sorpresa" (v., ex plurimis, Cons. St., sez. II, 13 dicembre 2021, n. 8277, Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 757, Cons. St., sez. VI, 1° aprile 2019, n. 2151)*».
62. Questo sulla base della necessità di rispettare il principio non scritto, ma immanente nel diritto processuale amministrativo italiano, del doppio grado di giudizio. Principio, peraltro, che la dottrina sottolinea estendersi anche alla fase cautelare, tanto è ampia la sua portata, cfr. A. De Siano, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *federalismi.it*, I, 2020. In senso parzialmente difforme, però, vedasi G. Serges, *Doppio grado di giurisdizione (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, 2017, Torino, p. 297, in specie pag. 300, ove l'Autore richiama la giurisprudenza costituzionale secondo la quale, in realtà, l'art. 24 della Costituzione italiana garantirebbe il diritto di difesa in ogni stato e grado, ma non un secondo grado di giudizio *ex se*. In tema di diritto processuale generale, invece, il riferimento corre a A. Proto Pisani, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve*

- andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro italiano*, I, 1985, p. 1881.
63. J. Ferracuti, *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica 'da remoto'. Profili di costituzionalità*, in *Nomos*, III, 2021, p. 3, cit. L'Autore, peraltro, sottolinea nondimeno come tale scelta è stata non poco sofferta in sede di Assemblea costituente.
 64. Così, ancora, J. Ferracuti, *op. cit.*, p. 29, cit. L'Autore, proprio alla luce dell'anomalia costituita da tale *modus procedendi*, ritiene si sia abusato delle previsioni eccezionali, sostituendo con udienze da remoto l'ordinario modo di procedere anche dopo la cessazione del periodo emergenziale che le aveva imposte.
 65. Si fa riferimento all'art. 221 del d.l. n. 34/2020. La questione è poi stata risolta legittimando le c.d. "camere di consiglio telematiche", il cui svolgimento è stato normato con provvedimenti del direttore generale della D.G.S.I.A. (vedasi ad esempio l'art. 83, comma 12-*quinquies*, del d.l. n. 18/2020).
 66. Ci si riferisce all'ordinanza del Cons. St., 21 aprile 2020, n. 2539 e n. 2538, ove il giudice ha ritenuto difficilmente compatibile con i principi generali che governano il processo amministrativo il potere dato al giudice di rigettare la richiesta di discussione orale della controversia in allora prevista dalla disciplina emergenziale.
 67. In punto, vedasi F.G. Scoca, *L'evoluzione del sistema*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 32 ss. Sul punto, peraltro, concorda M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 486, Corollario a questo principio, peraltro, l'applicazione dell'art. 112 c.p.c. che prevede il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, cfr. Cons. St., 26 settembre 2022, n. 8299, nonché, in dottrina, C. Cavallini, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Jovene, Napoli, 2003.
 68. In questi termini legge l'evoluzione del processo V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2014, p. 342. Secondo N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2020, p. 237, invece, il richiamo ai principi generali del Codice di procedura civile (tra cui appunto l'art. 112 sul principio di rispondenza tra chiesto e pronunciato) operato dall'art. 39 del c.p.a. sia un chiaro indizio di come oramai il processo avanti a T.A.R. e Consiglio di Stato abbia assunto le sembianze del processo di diritto soggettivo. Vedasi su questa linea di pensiero anche M.C. Romano, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, in A. Carbone (a cura di), *L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, 2021, p. 1004.
 69. Confermato, peraltro, dagli artt. 63 e 64 c.p.a., come sottolinea A. Police, *La riunione la discussione e la decisione dei ricorsi*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam-Wolters Kluver, Milano, 2014, p. 531, cit.
 70. Sul punto, è stato un precursore F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953.
 71. Potendo ad esempio acquisire informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano

- nella disponibilità della pubblica amministrazione (art. 64, comma 3, c.p.a.), chiedere chiarimenti o documenti alle parti, ovvero ordinare anche a terzi l'esibizione di documenti o altro ritenga necessario (art. 63, comma 1 e 2, c.p.a.) e, qualora lo reputi utile, può disporre la verifica e affidare una consulenza tecnica d'ufficio (art. 63, comma 4, c.p.a.). Si veda ancora A. Police, *La riunione*, *op. cit.*
72. Principio che, per l'appunto, costituisce un retaggio dei sistemi di diritto obbiettivo, ove lo scopo del processo era la verifica della legittimità del provvedimento amministrativo, rispetto alla quale il ricorso era una mera occasione di giudizio. Così R. Chieppa, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 438.
73. Si fa riferimento a A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, in *P.A. – Persona e amministrazione*, II, 2018, p. 263: l'accesso al fatto, inteso come oggetto concreto del procedimento amministrativo è il *proprium* della giurisdizione amministrativa, ossia il vero modo di intendere il "merito" del provvedimento della P.A.
74. D. D'Orsogna, *Lo svolgimento del processo di primo grado. La fase decisoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014.
75. L'utilizzo del verbo al tempo presente all'art. 73 c.p.a. non lascia margini a dubbi circa la doverosità dell'incombente di cui si dirà poco oltre, come sottolineato da A. Police, *La riunione*, *op. cit.*, in specie pag. 531.
76. Sin dalla sentenza del Cons. St., Ad. Plen., 24 gennaio 2000, n. 1, infatti, si il giudice amministrativo ha specificato che "rilevare d'ufficio" equivale a dover indicare alle parti il profilo di fatto o di diritto invitandole al contraddittorio sul punto. Peraltro, la violazione di tale obbligo è considerata causa di nullità della sentenza, come da tempo chiarito dalla Cass. civ., s.u., 30 settembre 2009, n. 20935. Sulla stessa linea di pensiero, peraltro, si assesta il giudice europeo, cfr. Corte giust., sentenza 2 dicembre 2009, C-89/08, *Commissione c. Repubblica d'Irlanda*, ECLI:EU:C:2009:742.
77. Ancora, R. Chieppa, *op. cit.*, p. 438, cit.
78. Posto che, come visto, non esiste di contro una eccezione al principio generale della celebrazione dell'udienza avanti al giudice amministrativo, che rimane un indefettibile momento di confronto tra le parti.
79. Sul punto vedasi A. Police, *Le decisioni in forma semplificata (cosiddetto giudizio immediato)*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2014, p. 341, nonché G. Barbagallo, *La decisione in forma semplificata*, in *giustizia-amministrativa.it*, e S. Monzani, *La tutela cautelare a contenuto decisivo*, in *RatioIuris*, 12 novembre 2020. Altresì, si tratta di una fase ineludibile del processo, poiché se il giudice la omette la sentenza è nulla e, in sede di appello, il Consiglio di Stato dovrà rimettere la causa al T.A.R. perché si svolga nuovamente il processo nella pienezza del contraddittorio
80. Il quale, peraltro, è stato riformato dalla legge costituzionale n. 2/1999 proprio al fine di fornire una migliore garanzia al cittadino di effettività del processo: una sentenza che arriva dopo troppo tempo, infatti, non è una sentenza utile e che rende reale giustizia alle ragioni

- del ricorrente. L'art. 60, pertanto, ha un diretto riferimento, oltre che al precetto costituzionale ora ricordato, anche all'art. 1 del medesimo Codice del processo amministrativo. Vedasi, in punto S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001 nonché V. Fiasconaro, *La ragionevole durata del processo amministrativo alla luce della Legge Pinto*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011.
81. Qui il rito immediato è stato introdotto dal d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con legge 25 marzo 1997, n. 135. L'istituto è poi stato generalizzato, anteriormente al d.lgs. n. 104/2010, ad opera della legge 12 luglio 2000, n. 205.
 82. La dottrina più autorevole, peraltro, ha sostenuto che la decisione non sia “semplificata” in senso proprio, poiché la semplicità della motivazione deriva dalla chiarezza della situazione di fatto e di diritto, cfr. A. Romano – R. Villata, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2009, p. 885.
 83. In buona sostanza, come fa nel caso sopra illustrato in cui abbia a ravvisare una questione d'ufficio da porre a base della propria decisione. Vedasi in punto N. Paolantonio, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2001, p. 994, nonché, sebbene in altra materia, S. Ciampi, *Alla ricerca di un procedimento camerale “giusto”: l'udienza pubblica tra esigenze di garanzia e obiettivi di funzionalità*, in *Diritto penale e procedura – Speciale CEDU e ordinamento interno*, 2014, p. 13.
 84. In altri termini, la verifica che siano state evocate in giudizio tutte le parti necessarie.
 85. Ai sensi dell'art. 50, comma 3, c.p.a. Si ricorda, peraltro, che nemmeno il controinteressato-parte necessaria, viene evocato in giudizio laddove il T.A.R. ritenga il ricorso manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato: in questi casi l'art. 49 d.lgs. n. 104/2010 prevede che il contraddittorio non venga integrato e che il giudice provveda direttamente con sentenza in forma semplificata, con ulteriore compressione della fisiologia del contraddittorio, cfr, ancora, A. Police, *Le decisioni*, *op. cit.* Se pure si può dire che ciò non avvenga in danno del controinteressato (che sicuramente in via principale ha interesse a vedere rigettato il ricorso) questo *modus agendi* potrebbe comunque comprimerne il diritto alla dialettica processuale, posto che anche questo soggetto, in teoria, potrebbe avere interesse a sottoporre a sua volta questioni al giudice acciocché le decida con effetto utile ulteriore rispetto al mero rigetto del ricorso. Dopodiché, una volta che il ricorso sia rigettato, sorge il problema della possibilità che il Consiglio di Stato giudichi diversamente sulla necessità di rigettare il ricorso, e questo potrebbe andare irrimediabilmente in danno del controinteressato, a cui a quel punto non resterebbe altra via della opposizione di terzo. Cfr. S. Perongini, *La revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per Cassazione*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2014, p. 995.
 86. È questo un aspetto di rilievo ove il giudizio amministrativo trova la propria piena esplicazione proprio nella dialettica tra almeno tre controparti, come suggerisce l'art. 40 c.p.a.
 87. Si tratta di una figura che ha ottenuto il riconoscimento nell'ordinamento ad opera della

- Corte costituzionale, laddove con sentenza 17 maggio 1995, n. 177 si è aperta la via alla proposizione della opposizione di terzo anche all'interno del giudizio amministrativo. La Corte ha infatti rilevato che «*nonostante la regola generale dettata dall'art. 2909 c.c., circa l'inefficacia della sentenza nei confronti dei soggetti diversi dalle parti, nel processo è possibile che possano presentarsi casi in cui, per effetto della sentenza del giudice, venga a determinarsi una obiettiva incompatibilità fra la situazione giuridica definita dalla sentenza e quella di cui sia titolare un soggetto terzo rispetto ai destinatari della stessa*».
- Peraltro, la pronuncia è stata commentata da A. Police, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo: la Corte costituzionale anticipa il legislatore*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 513. Vedasi, in punto, W. Troise Mangoni, *Controinteressato e opposizione di terzo nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1998, p. 669, F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni sull'opposizione alla sentenza di annullamento, proposta dal terzo titolare di posizione "autonoma e incompatibile"*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 1998, p. 780, e E. Cannada Bartoli, *In tema di controinteressato pretermesso*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1990, p. 186, nonché, dal punto di vista sostanziale, R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1992, p. 200, e F. Merusi, *Le avventure del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, in F. Merusi – A. Fioritto – G. Ciaglia – V. Giomi – A. Bertani (a cura di), *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Plus-Università di Pisa, Pisa, 2009. In giurisprudenza il riferimento corre a Cons. St., 11 febbraio 2014, n. 652.
88. Previsto agli artt. 108 e 109 del Codice del processo amministrativo e nato, come si è visto, proprio dalla esigenza di dare mezzi di tutela a questa categoria di parti necessarie pretermesse. Cfr S. Perongini, *op. cit.*, pag. 996.
89. Così F.F. Tuccari, *Le decisioni in forma semplificata*, in F. Caringella – M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 976, ove in particolare l'autore ritiene che, proprio la finalità acceleratoria della funzione di giustizia propria dell'istituto, la sentenza "ordinaria" sarebbe divenuta quasi una residualità, ossia un *modus agendi* da utilizzare solo qualora non si possa fare diversamente.
90. Oltre al fatto che, evidentemente, la questione della lesione della posizione di diritto del controinteressato avviene quando il ricorso sia accolto. Nondimeno, qualora il ricorso fosse rigettato e vi fosse un ribaltamento della decisione in appello, la questione si riproporrebbe tale e quale.
91. Sebbene, evidentemente, come sottolineato da autorevole dottrina, il mezzo processuale non dovrebbe in linea generale mai essere la via per comprimere il principio di pienezza della tutela giurisdizionale ed il diritto di difesa, cfr. A. Police, *Le decisioni*, *op. cit.*, pag. 546, cit. e, più ampiamente, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Cedam, Padova, 2000.
92. Vedasi R. Montefusco, *Le decisioni in forma semplificata*, in B. Sassani – R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 358, con

- tesi peraltro condivisa da A. Police, *Le decisioni*, *op. cit.*, pag. 548-549.
93. Potendo infatti il giudice amministrativo decidere sulla base della “questione più liquida”.
 94. Sia esso, evidentemente, maggioritario o no.
 95. Con tempi di difesa degli intimati, pertanto, molto brevi e che si accorciano ancor più ove la materia trattata riguardi gli appalti pubblici, il cui rito a mente degli artt. 119 e 120 ss. c.p.a. prevede il dimezzamento generalizzato di tutti i termini di rito. Cfr. V. Salamone, *I riti speciali nel nuovo processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 17 novembre 2010. Peraltro, la giurisprudenza ha specificato che gli unici termini a difesa che debbono essere rispettati per garantire la legittimità della decisione sono proprio e solo quelli della fase cautelare, cfr. Cons. St., 12 giugno 2009, n. 3692.
 96. Ed, infatti, le uniche eccezioni consentite alla decisione immediata sono quelle che attengono alla modifica del *thema decidendum*, ossia alla circostanza in cui una delle parti rappresenti la propria intenzione di proporre ricorso incidentale o ricorso per motivi aggiunti (ovvero revochi in dubbio il potere del giudice di decidere, rappresentando l'intenzione di proporre regolamento di giurisdizione o competenza).
 97. In effetti, il giudizio immediato non comporta una conversione del rito, che permane quello ordinario.
 98. Che, in effetti, potrebbe essere il caso in cui la parte abbia presentato una istanza istruttoria ma questa non sia stata accolta perché il T.A.R. ha invece preferito una decisione immediata sulla questione. Per l'applicazione dell'art. 104, invece, si fa riferimento a A. Quaranta – V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, nonché S. Satta, *Eccezioni nuove in appello*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, VI, 2002, p. 2168, F. D'Angelo, *Prove nuove in appello e legittimità dell'azione amministrativa*, nota a Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 18 aprile 2007, n. 933, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, II, 2008, p. 612.
 99. Inserito dall'art. 17, comma 7, lett. a), legge n. 113/2021. Cfr. M.A. Sandulli, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *giustiziainsieme.it*, 2021, nonché C. Cacciavillani, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, in *giustamm.it*, 2020 e S. Tarullo, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustamm.it*, 2020.
 100. Perché tali ritenute dal giudice.
 101. Per un commento si veda A. Carratta, *Le riforme del processo civile, d.lgs 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Giappichelli, Torino, 2023, nonché F. Corleo – R. Ionta, *La trattazione scritta. La codificazione (art. 127-ter c.p.c.)*, in *giustiziainsieme.it*. La disposizione, in buona sostanza, consente al giudice di omettere la celebrazione dell'udienza ove ritenga che la presenza delle parti non sia necessaria. Qualora una delle parti si opponga alla decisione, il giudice decide con decreto non impugnabile. Con il che, evidentemente, è consegnato al giudice appunto il potere di far venire meno la necessità di celebrazione della pubblica udienza.

102. Vedasi ad esempio F Machina Grifeo, *Processo amministrativo, no alla discussione da remoto per "ragioni prudenziali" legate al Covid-19*, in *plusdiritto – Il Sole 24 ore*, 7 gennaio 2022, ove si dà conto del vivo dibattito tra gli addetti ai lavori quanto alla opportunità ed utilità dell'udienza da remoto anche "a regime" dopo la pandemia.
103. Che, come noto, dà attuazione per l'Italia al Next Generation EU, cfr. D.U. Galletta, *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*, VII, 2022. Nello specifico, peraltro, gli impegni assunti in sede europea prevedono l'abbattimento dell'arretrato del 90% con una riduzione dei tempi di decisione del 40% per il processo civile e del 25% per il processo penale.
104. Un esempio ne è la possibilità, pure, che in luogo della misura cautelare l'art. 55 c.p.a. preveda possa essere disposta la sollecita fissazione dell'udienza: cfr. A. Panzarola, *Il giudizio cautelare*, in B. Sassani – R. Villata, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 858, nonché, in senso analogo anche se anteriormente alla introduzione del vigente Codice, D. Cintioli, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, I, 2001, p. 237.
105. Per tutti, A.M. Sandulli, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, I, 1960, p. 432. nonché C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Giuffrè, Milano, 2003, ove in particolare il margine discrezionale residuo della pubblica amministrazione è declinato in relazione al giudizio di ottemperanza, che costituisce lo strumento processuale di determinazione e coercizione conseguente dell'obbligo della pubblica amministrazione di dare esecuzione alle sentenze del giudice amministrativo in particolare.
106. Vi fanno riferimento tanto M. Allena, *op. cit.*, quanto, A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE online*. III, 2019, p. 2137, laddove tuttavia l'Autore sottolinea come la portata generale del principio di cui all'art. 6 e della conseguente interpretazione che ne opera la giurisprudenza rende difficile stabilirne in maniera puntuale il contenuto. In termini anche M. Gnes, *The Application of the European Convention on Human Rights in Italian Administrative Law*, in *European Review of Public Law*, 2001, p. 529.
107. In punto, vedasi ancora M. Gnes, *op. cit.* e K.C. Morrison, *The dynamics of development in the European human rights convention system*, Martinus Nijhoff, l'AIA, 1981.
108. Anche il sistema processuale sloveno, nella prospettiva di riforma che si è analizzata in ultimo.

Concorrenza, regolazione e intervento dello Stato nell'economia

Marcello Clarich

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-47

Il saggio tratta del maggior intervento degli Stati nell'economia in una fase storica di deglobalizzazione e di mutamento degli equilibri geopolitici. Nella nuova situazione stanno emergendo tensioni anche nei rapporti tra Unione europea e Stati Uniti in conseguenza dell'approvazione nel 2022 dell'Inflation Reduction Act che favorisce gli investimenti produttivi localizzati in quel paese, alterando la concorrenza. Il saggio si sofferma altresì sulla disciplina italiana del golden power che introduce un controllo pubblico che incide in modo rilevante sulla libertà di impresa. Il saggio si conclude con l'auspicio che il maggior intervento dello Stato non vanifichi le conquiste dello Stato regolatore affermatosi dagli anni Ottanta del secolo scorso nei principali paesi occidentali.

Competition, regulation and State intervention in the economy

The paper deals with the increased intervention of States in the economy in a historical phase of de-globalisation and changing geopolitical balances. Tensions are arising in the relations between the European Union and the United States as a consequence of the approval of the Inflation Reduction Act in 2022, that encourages productive investments located in the United States, thereby altering competition. The paper dwells on the Italian "golden power" regulation that introduces public control that significantly affects freedom of enterprise. The paper ends with the hope that the increased intervention of the State will not frustrate the achievements of the regulatory State, established since the 1980s in Western countries.

Sommario. 1. La prospettiva storica.- 2. The Inflation Reduction Act.- 3. Gli effetti sul sistema degli "aiuti di Stato".- 4. La recente normativa italiana.- 5. Il "golden power".- 6. La politica industriale europea.- 7. Stato e mercato.- 8. Il ritorno

all'intervento dello Stato.

1. La prospettiva storica ^[1]

L'intervento dello Stato sugli assetti del mercato e della concorrenza si sviluppa per cicli storici di ampliamento e di riduzione rispettivamente della presenza del pubblico e degli spazi di mercato ^[2].

Recentemente si assiste a un cambiamento di approccio e di paradigma soprattutto in seguito alla crisi finanziaria del 2008-2011, alla pandemia da Covid-19, e da ultimo al mutamento degli equilibri geopolitici che sta subendo un'accelerazione anche per effetto della guerra in Ucraina.

Infatti, lo Stato, molto più attivo rispetto alla lunga fase della deregolazione e della globalizzazione, è stato definito, per esempio, “salvatore”, “taumaturgico”, “innovatore”, “assicuratore” e, da ultimo, “stratega” ^[3]. Questa idea di Stato può comportare alcune conseguenze rilevanti. Tra queste, per esempio, si colloca il possibile scontro tra Stati Uniti e Unione europea dettato dal tentativo di ciascuno dei due di promuovere le energie rinnovabili e i traguardi climatici, sostenere le proprie imprese e rendere più resiliente il sistema anche di fronte alle sfide geopolitiche.

2. The Inflation Reduction Act

A tal riguardo, negli ultimi tempi l'Unione europea è intervenuta in reazione a un provvedimento normativo americano dell'estate scorsa, *the Inflation Reduction Act* ^[4], il quale immette un'enorme quantità di risorse per raggiungere i predetti obiettivi, ma nel contempo contiene disposizioni che favoriscono le imprese che producono e hanno stabilimenti negli Stati Uniti, determinando una concorrenza tra sistemi. Pertanto, per pareggiare tale concorrenza – tra l'altro all'interno del mondo occidentale – Ursula von der Leyen in un recente discorso al Collegio d'Europa di Bruges ha annunciato misure che potrebbero definirsi ritorsive, sottoforma di un rilassamento della disciplina degli aiuti di Stato e di istituzione di un nuovo fondo con risorse europee che dovrebbe aggiungersi ai fondi europei del PNRR ^[5].

3. Gli effetti sul sistema degli "aiuti di Stato"

Questo modello potrebbe, in realtà, alterare anche il mercato unico, poiché, allentando eccessivamente le misure degli aiuti di Stato, i Paesi con maggiore capacità fiscale potrebbero immettere risorse a favore delle proprie industrie creando un'onda di disparità anche all'interno del mercato europeo. L'Italia subirebbe certamente una penalizzazione sotto il profilo competitivo.

Il cambiamento di paradigma è dunque evidente: di fronte alle sfide geopolitiche gli Stati, sia in Europa sia oltre oceano, si preoccupano di riportare all'interno del proprio Paese produzioni ritenute essenziali. Del resto, una simile strategia è condivisa anche a livello europeo. Infatti, il documento "Una nuova strategia industriale per l'Europa"^[6] della Commissione europea del 2020 va proprio in questa direzione, in quanto anche l'Europa deve garantirsi produzioni strategiche e capacità per competere meglio nel nuovo contesto della de-globalizzazione.

4. La recente normativa italiana

Un altro riferimento recente sul tema è costituito dal decreto-legge 5 dicembre 2022, n. 187, il quale si compone di due soli articoli^[7]. Il primo prevede alcune misure per il settore degli idrocarburi e il secondo riguarda misure connesse all'esercizio dei *golden power*. Il decreto è in realtà una sorta di "decreto-legge provvedimento" in quanto, sebbene appaia di carattere astratto, è volto a risolvere il problema della raffineria Priolo, la quale vanta una posizione strategica, contando 10 mila occupati e raffinando il 20% dei carburanti utilizzati in Italia. In particolare, la proprietà della raffineria si riconduce a un'impresa russa. Dunque, l'embargo del petrolio ha creato immediati problemi di sopravvivenza, perché non potendo importare il petrolio russo, occorre procurarselo su altri mercati e nessuna banca era disponibile a predisporre garanzie considerati i rischi delle imprese russe in questo momento particolarissimo.

Pertanto, il decreto, apparentemente astratto, è in realtà finalizzato a risolvere un problema preciso, imponendo obblighi puntuali ai gestori, i quali devono garantire con ogni mezzo la sicurezza degli approvvigionamenti e astenersi da comportamenti che possano mettere a rischio la continuità produttiva e recare pregiudizio all'interesse nazionale^[8]. Dal carattere quasi ordinatorio del

provvedimento emerge la diversità del contesto in cui ci troviamo.

Il decreto, all'art. 1, comma 2, prevede inoltre che se l'impresa è a rischio di continuità produttiva deve comunicarlo al ministero delle Imprese e del Made in Italy e, a questo punto, può scattare l'attivazione di misure di sostegno nel quadro degli aiuti di Stato, con la possibilità per l'impresa di essere ammessa a una procedura di amministrazione temporanea^[9].

Tale intervento, che può avvenire sia su istanza dell'impresa sia d'ufficio, consente dunque di non espropriare la proprietà, procedendo invece a sostituire l'amministrazione con amministratori nominati dal ministero, ed è giustificato anche da ragioni di tutela dell'interesse nazionale. Lo stesso tipo di meccanismo, con il commissariamento strategico dell'impresa, era stato già adottato dalla Germania all'inizio di quest'anno.

La gestione temporanea dura un anno prorogabile una sola volta fino a ulteriori 12 mesi e il commissario, nominato dal ministero, può avvalersi anche di società a controllo o partecipazione pubblica operanti nei medesimi settori (per esempio l'ENI).

5. Il "golden power"

Nel documento del 2020 sulla nuova strategia industriale per l'Europa, sopra citato, è richiesta anche una disciplina del *golden power*, considerata come una difesa rispetto ad acquisizioni da parte di Paesi terzi e, in particolare, da parte della Cina.

In questi anni tale disciplina è stata particolarmente estesa, come è emerso anche dall'audizione del ministro Urso, sopra menzionata, nella quale il ministro ha ricordato che il *golden power* è stato esercitato anche per un'impresa produttrice di sementi, arrivando dunque a un perimetro estesissimo della catena produttiva.

Il d.l. n. 187/2022, all'art. 2, prevede che quando vengono esercitati questi poteri speciali, quasi come compensazione, l'impresa ha una priorità nell'accesso a misure di sostegno, alla capitalizzazione e al rafforzamento patrimoniale a valere sul fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e anche a valere sul patrimonio destinato, istituito nel 2020 e gestito da Cassa depositi e prestiti per aiutare la capitalizzazione e il rafforzamento finanziario di certe imprese strategiche^[10]. Da questi esempi emerge dunque come sia mutato il contesto in cui

ci troviamo oggi rispetto a quello a cui eravamo abituati.

6. La politica industriale europea

In materia di regolazione della concorrenza, il battistrada per questi sviluppi è stato costituito da un documento tedesco e francese del 2019 sulla politica industriale dell'Europa che ha costituito una reazione alla decisione della Commissione di non ostacolare una aggregazione tra i due gruppi Alstom e Siemens che hanno quasi il duopolio dell'alta velocità^[11]. In questo caso, in particolare, si è posto il problema se considerare quale mercato rilevante quello europeo, in cui si sarebbe certamente creato un monopolio, o quello globale. Nel manifesto si prefigura un cambiamento delle regole del diritto antitrust e addirittura si auspica, in qualche modo, l'introduzione di una sorta di diritto di appello contro le decisioni della Commissione al Consiglio, che rappresenta l'organo politico di vertice dell'Unione europea. Anche in questo caso, quindi, si percepisce un sentimento generale molto diverso da quello di un tempo.

7. Stato e mercato

Come sopra detto, l'equilibrio tra Stato e mercato muta per cicli storici. Abbiamo infatti assistito al susseguirsi, a partire dal mercantilismo nel 1700 a onde di avanzata e ritirata dell'intervento dello Stato^[12]. A tal riguardo, può essere utile esaminare i fattori che possono condizionare l'andamento del ciclo in un senso o nell'altro.

Sicuramente vi rientrano i fattori ideologici; tra questi il liberismo, il socialismo, la socialdemocrazia, il mercatismo, il cosiddetto “*Washington consensus*”, dominante nel periodo della iper-liberalizzazione, e in Italia l'impronta corporativista, che ha condizionato ed è ancora presente in alcune parti della nostra legislazione amministrativa^[13]. Da ultimo, possiamo ricordare il populismo e il sovranismo, di destra o di sinistra, tutti contrari in qualche modo al modello dominante negli anni Novanta fino agli anni recenti dello Stato regolatore.

Oltre ai fattori ideologici, un condizionamento rilevante deriva anche dagli eventi bellici. Infatti, come noto, sia nella Prima sia nella Seconda guerra mondiale l'economia è stata completamente assoggettata alle priorità dello sforzo bellico con l'adozione di misure eccezionali.

Un terzo fattore da prendere in considerazione è poi quello relativo alla crisi finanziaria ed economica. Basti pensare alla grande crisi degli anni Trenta che ha avuto come risposta il modello interventista “roosveltiano”. In merito al controllo dei poteri forti, come si può osservare fin dall’inizio della legislazione americana antimonopolistica, con lo *Sherman Act* del 1890, quando emergono poteri privati troppo forti lo Stato interviene, così come sta accadendo anche da ultimo con le grandi piattaforme ormai dominanti sui mercati mondiali, che hanno portato in quest’anno all’adozione di due testi normativi europei, il *Digital Markets Act* e il *Digital Services Act*, che passano da un modello di applicazione di regole di concorrenza a un modello di regolazione in senso proprio.

8. Il ritorno all’intervento dello Stato

Guardando all’ultimo periodo, dal 2008 al 2022, può essere utile soffermarsi su alcuni punti fondamentali anche al fine di esaminare come questi fattori abbiano invertito il ciclo nel senso di un maggiore interventismo dello Stato.

Quanto alla crisi finanziaria del 2008, la ragione del maggiore intervento regolatorio è dovuta al fallimento della regolazione, ritenuta insufficiente nell’epoca precedente, al di là delle misure di salvataggio immediate, inclusa l’impresa pubblica e le garanzie statali per salvare gli istituti sull’orlo del fallimento. Pertanto, la regolazione è stata fortemente ampliata e integrata anche a livello europeo, come avvenuto per esempio con il trasferimento delle funzioni di vigilanza bancaria alla Banca Centrale europea. Tuttavia, ciò è accaduto all’interno del modello tradizionale, ampliando cioè la strumentazione all’interno del paradigma precedente.

Interventi di vario genere sono stati dovuti poi alla pandemia, come, per esempio, l’introduzione di sussidi e aiuti alle imprese. Addirittura, negli Stati Uniti si è usato il meccanismo previsto da una vecchia legge riferita agli eventi bellici per costringere le imprese in concorrenza a collaborare per trovare la soluzione dei vaccini. Si è trattato quindi di misure estreme giustificate per il fatto che di fronte a un evento esterno, di queste dimensioni, che non ha nulla a che vedere con l’ideologia, la risorsa di ultima istanza non può che essere lo Stato, il quale in qualche modo si fa carico di un problema che è di interesse prioritario

oltrepassando ogni paradigma precedente. Casi analoghi, connessi a epidemie, si potrebbero ritrovare anche andando indietro nei secoli in interventi di tipo autoritativo pesantissimi.

Una terza componente rilevante in questi anni è stata poi costituita dal *Green deal*, cioè dagli obiettivi di lunghissimo periodo (2050 neutralità climatica), i quali diventano un obiettivo di tipo politico istituzionale degli Stati membri e degli Stati Uniti^[14]. In questo caso, dunque, non si tratta di un fallimento nel mercato o nella regolazione, ma di un cambiamento di volontà nato dalla consapevolezza nella popolazione e nella politica degli obiettivi del salvataggio del pianeta, per il raggiungimento dei quali gli Stati e l'Unione europea impegnano tutte le leve giuridiche ed economiche.

Si tratta ovviamente di un modello molto diverso da quello tradizionale, che prevede un sistema di piani, tra i quali possono essere inseriti i piani relativi al clima e, almeno in parte, anche il PNRR. Si delinea quindi una nuova politica industriale a livello europeo, illustrata in molti dettagli anche nel documento del 2020 sulla nuova strategia industriale per l'Europa.

L'ultima ragione che, anche qui, non è né ideologica né legata a fallimenti del mercato, è data dalla nuova situazione geopolitica che si presenta ormai da un paio di anni soprattutto nei confronti di Paesi come la Cina e che è stata aggravata ulteriormente dalla guerra in Ucraina, con ricadute a cascata che hanno portato, per esempio, gli Stati a cercare di riportare nei propri Paesi, sotto la propria sovranità, gli asset di produzione ritenuti essenziali. Si assiste dunque al ritorno all'interno degli Stati, in una logica di de-globalizzazione e anche di frammentazione dei mercati, in un contesto di competizione e non più di collaborazione tra blocchi di Stati o singoli Stati.

Gli esempi analizzati ci fanno capire che a oggi, proprio per questi fattori esterni di lungo periodo, il ciclo forse è appena agli inizi. Occorre però cercare di non eccedere, di salvaguardare quel che di buono c'era e c'è nel modello dello Stato regolatore, per evitare di trovarci in una situazione in cui siano i governi nazionali ed europei a scegliere l'impresa che vince nella concorrenza e quindi andare verso modelli completamente diversi che potrebbero avere ricadute molto negative sull'intero sistema delle democrazie liberali.

1. Si tratta della versione scritta dell'intervento presentato in occasione dell'Incontro di

CERIDAP

- studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022). L'autore ringrazia la dott.ssa Valeria Pietrella per la revisione formale della relazione.
2. P. De Grauwe, *The limits of the market. The pendulum between government and market*, Oxford University Press, Oxford 2017.
 3. In particolare, l'espressione "Stato stratega" è stata utilizzata in una recente audizione al Parlamento da Adolfo Urso, ministro delle Imprese e del Made in Italy; G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. Amm.*, 2008.
 4. *Inflation reduction act*, USA Public Law 117-16, 16 agosto 2022.
 5. Discorso di Ursula von der Leyen al Collegio d'Europa di Bruges, 4 dicembre 2022.
 6. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Una nuova strategia industriale per l'Europa*, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM(2020) 102 final.
 7. D.l. n. 187/2022 (Misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici), conv., con modifiche, nella l. n. 10/2023.
 8. Art. 1, comma 1, d.l. n. 187/2022: «*In considerazione del carattere emergenziale assunto dalla crisi energetica, le imprese che gestiscono a qualunque titolo impianti e infrastrutture di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nel settore della raffinazione di idrocarburi, garantiscono, con ogni mezzo, la sicurezza degli approvvigionamenti, nonché il mantenimento, la sicurezza e l'operatività delle reti e degli impianti, astenendosi da comportamenti che possono mettere a rischio la continuità produttiva e recare pregiudizio all'interesse nazionale*».
 9. Art. 1, comma 2, d.l. n. 187/2022: «*Fino al 30 giugno 2023, ove vengano in rilievo rischi di continuità produttiva idonei a recare pregiudizio all'interesse nazionale, conseguenti a sanzioni imposte nell'ambito dei rapporti internazionali tra Stati, l'impresa che svolge le attività di cui al comma 1 ne dà tempestiva comunicazione al Ministero delle imprese e del made in Italy, al fine dell'urgente attivazione delle misure a sostegno e tutela previste dalla legge, nel quadro degli aiuti di Stato compatibili con il diritto europeo*».
 10. Art. 2, comma 1, d.l. n. 187/2022: «*Successivamente all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, il Ministero delle imprese e del made in Italy valuta, su istanza dell'impresa notificante, la sussistenza dei presupposti per l'accesso a misure di sostegno della capitalizzazione dell'impresa, idonee a consentire un rafforzamento patrimoniale, ai fini dell'accesso con priorità al Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività di impresa, di cui all'articolo 43 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77*».
 11. *A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*, Parigi, 19 febbraio 2019.
 12. M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008.
 13. M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in

CERIDAP

Riv. Della Regolazione dei Mercati, 1, 2018.

14. Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, 11 dicembre 2019; E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. Pubbl.*, 2021, pp. 415 ss.; v. anche P. Aghion, C. Antonin e S. Bunel, *The power of creative destruction*, trad. inglese, Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.), 2021, pp. 173 ss.

Sanzioni urbanistico-edilizie e canone di proporzionalità, alla luce dei principi sovranazionali

Alberto Di Mario

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-39

Il contributo esamina l'applicazione del principio di proporzionalità nella giurisprudenza elaborata dal giudice nazionale, dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU in materia di sanzioni urbanistico-edilizie. A tal fine analizza dapprima le tradizionali categorie di sanzioni così come elaborate dalla giurisprudenza nazionale, per poi osservare se e come i principi elaborati dalla CGUE e dalla CEDU abbiano indotto un loro mutamento

Sanctions in the context of urban planning and proportionality, in light of supranational principles

The contribution deals with the application of the principle of proportionality in the jurisprudence developed by national courts, the Court of Justice and the European Court of Human Rights to sanctions in the context of urban planning and construction. To this end, it first analyses the traditional categories of sanctions as they have been developed by national case-law. Secondly, it evaluates whether and how the principles developed by CJEU and ECHR have led to change.

Sommario. 1. Introduzione.- 2. La distinzione tra sanzioni afflittive e ripristinatorie.- 3. Il principio di proporzionalità della sanzione e delle misure ripristinatorie.- 4. La proporzionalità della sanzione secondo la CEDU.- 5. La proporzionalità secondo la CGUE.- 6. La proporzionalità secondo la Corte costituzionale.- 7. Gli strumenti del controllo di proporzionalità della sanzione amministrativa.- 8. Gli effetti della giurisprudenza delle Corti superiori sulle categorie sanzionatorie.- 9. La disciplina delle sanzioni pecuniarie edilizie.- 9. Le

sanzioni edilizie.- 10. L'ordinanza di demolizione.- 10. L'acquisizione al patrimonio comunale.- 11. L'acquisizione al patrimonio comunale nel caso di lottizzazione abusiva.- 12. La sanzione pecuniaria prevista dal comma 4-bis dell'art. 31 D. Lgs 380/01 e l'applicabilità della riduzione per pagamento immediato.- 13. La sanzione pecuniaria per il caso di interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire che non possano essere demoliti.

1. Introduzione

L'argomento a me assegnato coinvolge aspetti della disciplina edilizia in forte evoluzione soprattutto sotto il profilo penale, i cui effetti potrebbero in tesi estendersi anche alle sanzioni amministrative^[1] che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

In materia edilizia infatti sussiste il doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo stabilito dall'art. 44, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico sull'edilizia, ai sensi del quale «salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica...» che esclude assai chiaramente il principio di specialità previsto dall'art. 9, della legge n. 689 del 1981, sottolineando, al contrario, l'identità in concreto del fatto punito, e predisponendo, dunque, un assai robusto doppio sistema sanzionatorio, come conferma, peraltro, la lettura combinata degli artt. 30 ss. e 44, d.p.r. 380 del 2001 e 167 e 181, d. lgs. n. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

La seconda caratteristica è che le sanzioni penali producono effetti analoghi a quelle amministrative e quindi si sovrappongono a quelle amministrative creando spesso un groviglio quasi inestricabile.

Di particolare interesse al riguardo è il dialogo tra le Corti sviluppatosi a proposito delle sanzioni ablatorie penali previste in ambito urbanistico-edilizio, cioè la confisca che accede al reato di lottizzazione abusiva^[2], la demolizione ordinata dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, del T.U. n. 380/2001^[3] ed il sequestro.

Poiché tocca al giudice nazionale, attraverso l'interpretazione conforme al diritto comunitario e alla Cedu, conformare l'interpretazione della legislazione nazionale agli orientamenti di tali giurisdizioni “esterne”, occorre verificare se il dialogo tra

giudice penale e Corti supreme abbia effetto anche sull'interpretazione delle sanzioni amministrative edilizie.

In particolare occorre accertare se la penetrazione del principio di proporzionalità nell'ambito delle sanzioni penali reali urbanistico-edilizie produca effetti anche sulle sanzioni amministrative, e se, di conseguenza, il giudice amministrativo debba modificare i suoi orientamenti ormai consolidati.

Dall'altro lato il principio di proporzionalità è ormai divenuto, nella giurisprudenza delle Corti supreme, un principio generale di diretta applicazione a qualunque sistema sanzionatorio per cui occorre verificare quali potrebbero esserne le applicazioni di nostra competenza.

La risposta a queste domande richiede una preventiva analisi, sia pur breve, dell'evoluzione delle applicazioni del principio di proporzionalità nell'ambito sanzionatorio.

2. La distinzione tra sanzioni afflittive e ripristinatorie

Una riflessione sull'applicazione del principio di proporzionalità non può non partire dalla constatazione che il fenomeno sanzionatorio non è unitario.

Partendo per esigenze di semplificazione dalla nozione di sanzione amministrativa in senso stretto, è possibile rilevare che l'afflittività della misura è considerata l'elemento fondamentale per distinguere le misure qualificabili come sanzioni amministrative da quelle che tali non sono, o che debbono essere considerate sanzioni in senso lato^[4].

Esiste infatti un'ampia fascia di infrazioni a provvedimenti amministrativi nella quale ciò che interessa l'autorità non è l'infrazione in sé, ma la lesione o il pericolo di una lesione di un interesse pubblico^[5] e come tali possiamo definirle sanzioni ripristinatorie in quanto individuano un fatto illecito od un abuso al fine di ricostituire la legalità violata.

La caratteristica di queste ultime sanzioni è che si sostanziano in interventi diretti sulla *res* (come la riduzione in pristino e la demolizione) al fine di ripristinare la legalità materiale violata e non anche al fine di sanzionare la condotta del trasgressore.

Inoltre, dal punto di vista dei destinatari, la sanzione ripristinatoria si applica a chi si trovi, casualmente, in una data relazione giuridica con la cosa, nella fattispecie

in qualità di attuale proprietario dell'immobile, mentre la sanzione afflittiva si applica nei confronti dell'autore della violazione, in considerazione della sua funzione general e special preventiva.

Dal punto di vista della tutela giurisdizionale le sanzioni ripristinatorie non incidono sui diritti di libertà della persona e quindi rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, anche perché spesso presentano aspetti di discrezionalità tecnica di non poco momento.

3. Il principio di proporzionalità della sanzione e delle misure ripristinatorie

Questo principio è stato da sempre applicato alla misura della prestazione imposta nell'ambito delle sanzioni afflittive. Come chiarito dalla migliore dottrina, la commisurazione della misura afflittiva avviene attraverso un potere «*ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi*»^[6], atteso che «*l'ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all'amministrazione*» dovrebbe essere «*esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria*»^[7]. Sul piano delle situazioni giuridiche soggettive, tale discrezionalità "giudiziale" (esercitata cioè sulla base di criteri diversi, che prescindono dalla valutazione di qualsiasi interesse pubblico) fronteggia posizioni di diritto soggettivo alla "integrità patrimoniale".

Le sanzioni o misure ripristinatorie sono state invece considerate tendenzialmente estranee a questo quadro in quanto ritenute o intrinsecamente proporzionate, laddove finalizzate a ricostituire la situazione quo ante, oppure di natura essenzialmente vincolata, salvo che richiedano, per la valutazione dei presupposti di fatto, l'esercizio di una discrezionalità di tipo tecnico.

Si afferma^[8] quindi che la legge determina il risultato ripristinatorio della prestazione (la demolizione, la rimozione, la distruzione, il ripristino etc.). Alla pubblica amministrazione si chiede, invece, di determinare la prestazione da eseguire tenendo conto delle circostanze oggettive e soggettive che rilevano per l'esecuzione spontanea da parte dell'obbligato. L'*aliquid novi* consiste, dunque, nell'esercizio di un potere propriamente discrezionale per la determinazione di

quella prestazione ripristinatoria che può essere ragionevolmente eseguita dall'obbligato.

Le sanzioni ripristinatorie quindi attengono al bene e non al reo e si commisurano allo sforzo richiesto per ottenere il risultato voluto dalla legge alla luce del principio di proporzionalità, come elaborato dalla giurisprudenza europea, che vieta alle amministrazioni pubbliche di comprimere la sfera giuridica dei destinatari della propria azione in misura diversa e ultronea rispetto a quanto necessario per il raggiungimento dello scopo al quale l'azione stessa è prefissata^[9].

Rispetto a questa bipartizione la materia edilizia si caratterizza per una compresenza di strumenti sanzionatori e ripristinatori ed è caratterizzata dall'esercizio di un potere vincolato fino alla fase dell'esecuzione finale coattiva, nella quale si riespancono profili di discrezionalità nella scelta se mantenere o meno l'immobile.

4. La proporzionalità della sanzione secondo la CEDU

La Corte EDU ha affrontato il problema degli abusi edilizi sotto tre diversi profili.

Quello della tutela della persona nei confronti delle sanzioni sostanzialmente penali prevista dagli artt. 6 e 7 della Convenzione; quello della tutela del diritto di proprietà previsto dal Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione europea e quello del diritto al rispetto della vita privata e familiare previsto dall'art. 8 della Convenzione.

Sotto il primo profilo la Corte europea ha riconosciuto da un lato che alcune sanzioni reali urbanistico-edilizie comminate dal giudice penale (in particolare la confisca) possono avere natura sostanzialmente penale ed essere assoggettate al principio di proporzionalità della pena.

La Corte, applicando i famosi criteri Engel^[10] per individuare le sanzioni sostanzialmente penali, ha stabilito che la confisca dell'immobile abusivo ordinata dal giudice penale può ledere l'art. 7 e l'art. 6.2 CEDU quando non siano rispettati i principi di buona fede e di presunzione di non colpevolezza^[11] ed il principio di proporzionalità quando non sia data la possibilità al giudice di valutare la possibilità di adottare misure meno restrittive dell'acquisizione

automatica ed integrale delle aree e non sia assicurata la partecipazione procedimentale^[12].

La questione dell'applicazione della confisca al reato di lottizzazione abusiva è stata risolta in via interpretativa, come chiarito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 146 del 2021, che ha individuato tutti gli strumenti che permettono al giudice di attenuare l'effetto acquisitivo della pronuncia, escludendo le aree non interessate dagli abusi, i terzi di buona fede e le decisioni assunte dall'amministrazione^[13].

Per quanto riguarda, invece, l'ordine di demolizione (penale od amministrativo), nonostante un intervento isolato che ha qualificato l'ordine di demolizione quale sanzione sostanzialmente penale^[14], la CEDU ha riconosciuto che il principio di proporzionalità comporta che l'atto ablatorio deve tenere conto anche del diritto all'abitazione e rispetto della vita privata e familiare previsti all'art. 8 CEDU in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU che tutela la proprietà, con la conseguenza che a certe limitate condizioni il giudice (penale o amministrativo) deve tenere conto del c.d. abuso edilizio di necessità^[15] e tale giudizio è stato applicato dalla giurisprudenza penale all'ordine di demolizione di cui all'art. 31 c. 9 del D.P.R. 380/01^[16].

Il principio di proporzionalità spiega anche il principio del *ne bis in idem* quando la somma della sanzione penale e di quella sostanzialmente penale comporta un appesantimento del trattamento sanzionatorio che supera il principio di proporzionalità^[17].

Dal punto di vista degli effetti, poiché le pronunce CEDU non hanno applicazione diretta nel nostro sistema, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite, i principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come definiti nella giurisprudenza consolidata della Corte EDU, pur non traducendosi in norme direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione – convenzionalmente orientata – ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne^[18].

Va poi rilevato che, in forza del convergente insegnamento della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, i principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte EDU debbono essere ritenuti vincolanti solo quando questa risulta consolidata, nei sensi precisati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del

2015 (cfr., per indicazioni recenti, Corte cost., sent. n. 66 del 2019, § 9 del Considerato in diritto, nonché Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054-01, anche in sede di formale enunciazione del principio di diritto, § 7 del Considerato in diritto).

Ne consegue che la violazione del principio di proporzionalità, come interpretato dalla Corte EDU, ad opera di una norma sanzionatoria amministrativa potrà essere “corretta” in via interpretativa oppure denunciata dal giudice davanti alla Corte costituzionale per ottenere una pronuncia di incostituzionalità della medesima.

La CEDU, invece, esclude di regola che l’ordine di demolizione di un manufatto abusivo leda il diritto di proprietà^[19].

4. La proporzionalità secondo la CGUE

Nell’ambito del diritto dell’Unione europea assumono rilevanza sia le direttive che prevedono l’applicazione del principio di proporzionalità che l’art. 49, paragrafo 3, CDFUE, il quale, pur facendo riferimento alle «pene» e al «reato», è stato ritenuto applicabile all’insieme delle sanzioni penali ed amministrative di carattere sostanzialmente punitivo.

In merito occorre rilevare l’importante pronuncia della CGUE Grande Camera 8 marzo 2022 in causa C-205/20 che, nell’ambito di un giudizio relativo a sanzioni in materia di intermediazione di lavoro assoggettato alla disciplina direttiva 2014/67, ha effettuato un importante *overruling* giurisprudenziale ritenendo il principio di proporzionalità di applicazione diretta.

Secondo la sentenza: «29...*contrariamente a quanto stabilito al punto 56 della sentenza del 4 ottobre 2018, Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:810), il requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto dall’articolo 20 della medesima direttiva è incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere invocato da un singolo e applicato dalle autorità amministrative nonché dai giudici nazionali. ... 31. Del resto, occorre rammentare che il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell’Unione, si impone agli Stati membri nell’attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell’Unione nel settore delle sanzioni applicabili [v., in tal senso, sentenze del 26 aprile 2017, Farkas, C-564/15, EU:C:2017:302, punto 59, e del 27*

gennaio 2022, Commissione/Spagna (Obbligo di informazione in materia fiscale), C-788/19, EU:C:2022:55, punto 48]. Qualora, nell'ambito di una siffatta attuazione, gli Stati membri adottino sanzioni aventi carattere più specificamente penale, essi sono tenuti ad osservare l'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), a norma del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato. Orbene, detto principio di proporzionalità, che l'articolo 20 della direttiva 2014/67 si limita a richiamare, presenta carattere imperativo».

La sentenza è chiara, quindi, nel prevedere che il principio di proporzionalità è di applicazione diretta alle sanzioni sostanzialmente penali^[20] e legittima il giudice a disapplicare, di propria iniziativa, le disposizioni nazionali che appaiono incompatibili con il principio.

Come chiarito dalla dottrina^[21] che ha commentato questa sentenza, la Corte afferma:

- che il requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto dalla direttiva è di carattere incondizionato, essendo riformulabile semplicemente come divieto, di portata assoluta, di adottare sanzioni sproporzionate;
- che il requisito in parola presenta altresì un carattere sufficientemente preciso, dal momento che – se certamente lo Stato membro dispone di un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva – tale discrezionalità trova un inequivocabile limite nel divieto di prevedere sanzioni sproporzionate, limite il cui rispetto che ben può essere oggetto di controllo giurisdizionale;
- che il principio di proporzionalità costituisce del resto un principio generale del diritto dell'Unione, che «*si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili*»; principio sancito in materia penale dall'art. 49, paragrafo 3, della Carta, «*che l'articolo 20 della direttiva 2014/67 si limita a richiamare*» e che «*presenta carattere imperativo*»;
- che, in forza di tutte tali considerazioni, il requisito di proporzionalità stabilito dalla direttiva 2014/67 deve ritenersi dotato di effetto diretto, potendo conseguentemente essere invocato dall'imputato nella controversia penale che lo riguarda.

In merito occorre rammentare che i principi ora enunciati dalla Corte valgono soltanto all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE: e dunque rispetto alle materie interessate da regolamenti o direttive che espressamente fissano obblighi di prevedere sanzioni «proporzionate», nonché alle materie comunque oggetto di normazione secondaria dell'Unione, rispetto alle quali opererà l'art. 49, paragrafo 3, della Carta in forza del principio generale di cui all'art. 51 della Carta medesima^[22].

L'applicazione diretta del principio di proporzionalità da parte del giudice con disapplicazione della norma interna incompatibile è quindi subordinata alla duplice condizione che si tratti di sanzione amministrativa sostanzialmente penale e che si tratti di una materia disciplinata dal diritto comunitario primario o secondario.

Dal punto di vista delle modalità di attuazione, la disapplicazione è prevista nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate, cioè attraverso una disapplicazione parziale che consenta di ricondurre entro i limiti della proporzione le sanzioni previste dall'ordinamento interno^[23].

Occorre aggiungere, però, che l'utilizzo del principio di proporzionalità in materia penale o quasi-penale presenta profili di complessità di non poco momento, in quanto il nostro sistema si ispira ad una nozione particolarmente rigida del principio di legalità in materia penale, che si ancora non solo alla tutela della prevedibilità della sanzione dal punto di vista del singolo, ma anche alla prospettiva (di respiro politico-istituzionale) della separazione dei poteri, secondo cui le decisioni essenziali sull'*an* e sul *quantum* della pena sono riservate al legislatore^[24].

In ogni caso l'esclusione della materia edilizia da quelle assoggettate a disciplina comunitaria, almeno in via diretta, dovendo ritenersi di competenza comunitaria solo la disciplina dell'ambiente, comporta l'esclusione del potere di disapplicazione delle sanzioni edilizie esistenti.

5. La proporzionalità secondo la Corte costituzionale

Il riconoscimento più ampio dell'ambito di applicazione del principio di proporzionalità è quello effettuato dalla Corte Costituzionale^[25], come da ultimo affermato nella sentenza n. 95/2022^[26], secondo la quale «*la recente*

giurisprudenza di questa Corte ha affermato che il principio della proporzionalità delle sanzioni rispetto alla gravità dell'illecito si applica anche al di fuori dei confini della responsabilità penale, e in particolare alla materia delle sanzioni amministrative a carattere punitivo, rispetto alle quali esso trova il proprio fondamento nell'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (sentenza n. 112 del 2019). Tali sanzioni «condividono, infatti, con le pene il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la cui commissione l'ordinamento dispone che l'autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto (diverso dalla libertà personale, la cui compressione in chiave sanzionatoria è riservata alla pena); restrizione che trova, dunque, la sua “causa giuridica” proprio nell'illecito che ne costituisce il presupposto. Allo stesso modo che per le pene – pur a fronte dell'ampia discrezionalità che al legislatore compete nell'individuazione degli illeciti e nella scelta del relativo trattamento punitivo – anche per le sanzioni amministrative si prospetta, dunque, l'esigenza che non venga manifestamente meno un rapporto di congruità tra la sanzione e la gravità dell'illecito sanzionato; evenienza nella quale la compressione del diritto diverrebbe irragionevole e non giustificata» (sentenza n. 185 del 2021; in senso conforme, ancora la sentenza n. 112 del 2019, nonché le sentenze n. 212 e n. 88 del 2019 e n. 22 del 2018)».

Per quanto riguarda la sua applicazione, in una prima fase^[27] il principio è stato invocato a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori, ritenuti non conformi al principio in questione nella misura in cui quest'ultimo postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto: tale adeguatezza, come affermato nella sentenza n. 161 del 2018 – “non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito” (sentenze n. 170 del 2015, n. 22 del 2018, n. 88 del 2019, n. 99 e n. 24 del 2020, n. 246 del 2022).

In una seconda fase la giurisprudenza costituzionale incentra le sue argomentazioni non sull'automatismo sanzionatorio, bensì sul fatto che la sanzione amministrativa produca un effetto punitivo manifestamente sproporzionato in rapporto alla gravità degli illeciti: in tal caso la Corte opera una modifica della sanzione.

In particolare la Corte ha applicato il principio per restringere il cumulo tra sanzione pecuniaria e confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del

prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commettere il reato, riducendo la confisca al solo profitto (sentenza n. 112/2019).

In una terza fase la Corte Costituzionale provvede all'annullamento della disposizione ritenuta incostituzionale nella sua parte sanzionatoria senza che sopravviva o che si riespanda un'altra sanzione.

In particolare con la sentenza n. 185 del 2021 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una sanzione pecuniaria molto rilevante in materia di gioco e scommessa in quanto punisce indistintamente l'inosservanza di plurimi obblighi di condotta con una sanzione amministrativa pecuniaria non solo di considerevole severità, ma anche fissa^[28], risultando per tali caratteristiche manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto di fatti pure ricompresi nella sfera applicativa della norma.

La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che la Corte costituzionale ha esteso il principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni penali anche alle sanzioni amministrative punitive^[29]. In sostanza il giudice delle leggi ha individuato nel principio di proporzionalità il minimo comune denominatore di tutte le sanzioni amministrative afflittive, laddove, invece, il legislatore ha dettato, con la L. 689/81, una disciplina comune alle sole sanzioni amministrative pecuniarie afflittive.

Prosegue quindi l'attività della Corte nel definire il nuovo statuto costituzionale (vincolante quindi per il legislatore statale e regionale) delle sanzioni amministrative aventi carattere spiccatamente afflittivo, a cui sono state estese le principali garanzie del diritto punitivo, come l'irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017, 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010); la retroattività della lex mitior (sentenza n. 63 del 2019); la determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018); il principio della responsabilità personale (sentenza n. 49 del 2015); la garanzia del ne bis in idem (sentenze n. 222 del 2019 e n. 43 del 2018); il giusto procedimento sanzionatorio (sentenza n. 151 del 2021, sentenza n. 84 del 2021).

Sussiste quindi un ampio potere del giudice del merito di sottoporre alla Corte costituzionale tutti i possibili profili di violazione del principio di proporzionalità insiti nei meccanismi sanzionatori di natura quasi penale.

6. Gli strumenti del controllo di proporzionalità della sanzione amministrativa

La diversità degli strumenti a disposizione del giudice al fine di applicare il principio di proporzionalità e le diverse prospettive delle Corti Supreme rende necessario analizzare le sanzioni edilizie sotto diversi aspetti:

- a) per soddisfare le esigenze della CEDU occorre individuare tra le sanzioni ripristinatorie quelle afflittive al fine di accertare la possibilità di mezzi meno invasivi e del rispetto del principio del *ne bis in idem* nel primo caso ed al fine di verificare se gli ordini di demolizione sono soggetti al rispetto del diritto di abitazione;
- b) per soddisfare le esigenze espresse dalla Corte costituzionale occorre verificare nell'ambito delle sanzioni afflittive la presenza di automatismi sanzionatori o di violazioni del principio di eguaglianza-ragionevolezza nella misura della sanzione o del cumulo di sanzioni.

7. Gli effetti della giurisprudenza delle Corti superiori sulle categorie sanzionatorie

Il settore delle sanzioni ripristinatorie è oggi attraversato da profondi cambiamenti sia per l'estensione della nozione di sanzione penale od afflittiva anche a sanzioni che prima erano considerate ripristinatorie, sia per l'estensione dell'applicazione del principio di proporzionalità a tutte le sanzioni (afflittive), per effetto dell'intervento congiunto dei giudici della CEDU, dei giudici comunitari e della Corte Costituzionale.

In merito occorre premettere che gli interventi della CEDU non hanno eliminato la distinzione tra sanzioni afflittive e ripristinatorie in quanto il secondo dei criteri *Engel*, espressamente afferma che occorre tenere conto della «*natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente*».

In secondo luogo il terzo criterio l'afflittività è intesa come «*la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto*» e quindi non viene più valutata prendendo in considerazione solo lo scopo della sanzione ma anche i suoi effetti concreti. Si passa quindi da una valutazione in astratto ad una valutazione in concreto della singola misura, indipendentemente dalla sua natura e questo apre le porte alla

penetrazione del principio di proporzionalità, che è lo strumento principe di valutazione degli effetti giuridici di un atto e quindi è trasversale a qualsiasi distinzione in categorie, compresa quella tra sanzioni afflittive e sanzioni ripristinatorie. Se in passato la proporzionalità era richiesta solo per le sanzioni penali dalla Costituzione e per le sanzioni amministrative pecuniarie dalla L. 689/81, mentre nulla si diceva delle sanzioni ripristinatorie, oggi la proporzionalità diventa un canone da valutare in concreto per qualsiasi tipo di sanzione.

In merito la giurisprudenza CEDU afferma che sono caratterizzate da un grado di severità particolarmente elevato le sanzioni incidenti su diritti fondamentali della persona^[30].

In terzo luogo l'intervento della CEDU a favore dell'ampliamento dell'area delle sanzioni afflittive spinge ad interpretare le sanzioni miste, che cioè hanno contenuto afflittivo ma perseguono anche interessi pubblici, come prevalentemente afflittivo, con la conseguenza di richiedere la necessaria presenza di un profilo soggettivo per la loro applicazione e l'applicazione del principio di proporzionalità rispetto al fatto. Debbono considerarsi ripristinatorie quindi solo le misure o sanzioni esclusivamente tali.

Da ultimo l'avvicinamento delle sanzioni amministrative afflittive a quelle penali permette di completarne la disciplina con, in primis, il favor rei, la presunzione di non colpevolezza, l'irretroattività, l'onere della prova a carico dell'amministrazione, il divieto di bis in idem.

Invece per le sanzioni ripristinatorie non solo è indifferente che a sopportare le conseguenze della reazione pubblica all'abuso sia l'originario proprietario od un suo avente causa potendosi applicare anche a carico di chi non abbia compiuto la violazione), ma possono colpire persone giuridiche, di regola sono imprescrittibili (anche se la giurisprudenza ha mitigato tale connotazione richiedendo a volte la sussistenza di un interesse pubblico attuale alla loro applicazione) e possono avere carattere retroattivo (sia pure nei limiti di ragionevolezza richiesti dalla giurisprudenza costituzionale).

8. La disciplina delle sanzioni pecuniarie edilizie

Anche le sanzioni pecuniarie si distinguono in sanzioni in senso stretto, che hanno natura eminentemente afflittiva, e sono disciplinate dalla legge 689/81^[31] e

sanzioni in senso lato che, perseguendo finalità diverse, sono di regola escluse dall'applicazione della suddetta legge.

Le sanzioni pecuniarie possono inquadarsi nel campo delle sanzioni in senso ampio anche quando sono meramente alternative alla riduzione in pristino e mirano a costituire una sorta di indennizzo o di compensazione dello status quo, onde risarcire per equivalente, anziché in forma specifica, l'interesse pubblico leso dalla trasgressione. Esse partecipano della stessa natura delle misure ripristinatorie cui sono strettamente collegate in regime di alternatività; di conseguenza, esse soggiacciono alla medesima disciplina in tema di requisiti del soggetto passivo, di imprescrittibilità, di retroattività, di giurisdizione.

La distinzione rileva, per la presente relazione, con riferimento alla possibilità del pagamento ridotto delle sanzioni miste in quanto tale istituto è espressione del principio di proporzionalità.

Nell'ambito di questa legge il principio di proporzionalità è espressamente riconosciuto nell'art. 11, secondo cui: *«nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».*

Inoltre l'art. 16 della legge n. 689/1981 così dispone al primo comma: *«è ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa, o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo oltre alle spese del procedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione».*

Circa l'applicabilità della L. 689/81 alle sanzioni edilizie, occorre rammentare che l'art. 12 della L. 689/81, che fissa l'ambito applicativo della legge, così prescrive: *«le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari».*

Esiste quindi una doppia riserva: “in quanto applicabili” e “salvo che sia diversamente stabilito”, facendo riferimento nel primo caso alla natura della sanzione e nel secondo caso ad un’esclusione espressa.

L’opinione prevalente è che in linea generale «*la sanzione pecuniaria per abuso edilizio non è retributiva di un comportamento illecito, bensì ripristinatoria dell’ordine urbanistico violato, seppure per equivalente*»^[32], per cui non si ritiene applicabile il pagamento in misura ridotta, perché la diversa natura della sanzione escluderebbe l’applicabilità della L. 689/81. Resta anche qui aperto il problema delle sanzioni pecuniarie miste.

Secondo una seconda tesi, invece, l’art. 12 afferma chiaramente la capacità “espansiva” delle norme principio del Capo I della L. 689/81 con il duplice limite della deroga espressa e della compatibilità della materia; estensione che comprende anche l’art. 16. Infatti, tale norma, al pari di tutti i principi contenuti nella prima parte della L. 689/1981, si applica, in via generale, a tutte le sanzioni amministrative pecuniarie sia che siano attinenti a reati depenalizzati sia che conseguano ad illeciti qualificati “ab origine” come amministrativi^[33].

9. Le sanzioni edilizie

Partendo dall’esame delle sanzioni edilizie previste dall’art. 31 t.u. edilizia per gli interventi eseguiti in assenza di permesso a costruire, in totale difformità o con varianti essenziali, è stato evidenziato^[34] che lo schema repressivo dell’art. 31 si articola in tre successive fasi, per lo più interpretate dalla giurisprudenza in modo rigoroso, enfatizzandone i profili punitivi e vincolati, gli automatismi legali, a discapito del responsabile esercizio delle facoltà valutative spettanti all’amministrazione. Sicché il comune, una volta accertata, in via ricognitiva, l’esistenza di violazioni, deve ingiungere al proprietario e al responsabile dell’abuso la rimozione o la demolizione (prima fase); qualora, entro il termine di novanta giorni, non si ottemperi spontaneamente, il manufatto, l’area di sedime e quella necessaria alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive vengono, quindi, acquisite, di diritto, al patrimonio del comune, quale automatico effetto dell’inottemperanza e viene irrogata una sanzione pecuniaria (seconda fase). A questo punto, l’opera è demolita a spese dei responsabili dell’abuso, salvo che il comune non ravvisi prevalenti interessi pubblici alla conservazione del bene (terza

fase).

La seconda caratteristica del sistema è quella che l'attuazione della sanzione demolitoria, se non effettuata spontaneamente dal proprietario o dall'autore dell'abuso, è rimessa ad una valutazione discrezionale dell'autorità locale, nella quale chiaramente assume importanza anche la valutazione di proporzionalità della demolizione.

Vediamo ora di affrontare il problema della natura delle singole sanzioni al fine di risolvere il problema dell'applicabilità del principio di proporzionalità nelle fasi antecedenti.

10. L'ordinanza di demolizione

La prima sanzione è l'ordine di demolizione emanato dall'autorità comunale ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. 380/01.

L'ingiunzione di demolizione costituisce la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo", avente "natura di diffida", con lo scopo di contestare formalmente l'abuso al proprietario e al responsabile dell'abuso, affinché questi possano adeguarsi spontaneamente all'ordine di ripristino, rimuovendo gli effetti dell'infrazione o demolendo l'opera abusiva. Ha carattere vincolato, contenuto ricognitorio della situazione di fatto e di accertamento del contrasto della situazione di fatto con quello di diritto.

La sua disciplina è ben rappresentata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2017 che ha affermato il principio di diritto che il provvedimento con cui si ingiunge la demolizione di un immobile abusivo, *«per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso»*. Tale principio *«non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino»* (nello stesso senso, successivamente, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 11 dicembre 2017, n. 5788). Il menzionato potere di repressione degli abusi edilizi non è soggetto a termini di decadenza o di prescrizione^[35].

Per quanto riguarda la natura, il Consiglio di Stato ha affermato che l'ordine «*ha ad oggetto esclusivamente la res abusiva; non consiste in una misura afflittiva volta a punire la condotta illecita bensì a ristabilire l'equilibrio urbanistico violato*»; sicché lo stesso Consiglio l'ha definita «*sanzione ripristinatoria*» (sezione sesta, sentenza 22 maggio 2017, n. 2378)^[36].

In materia la giurisprudenza afferma che non sussiste duplicazione di sanzione demolitoria tra ordine di demolizione disposto dal giudice ed ordine disposto dall'amministrazione in quanto esiste in fase esecutiva alternatività tra le due sanzioni.

Dato che la CEDU esclude che di regola l'ordine di demolizione leda il diritto di proprietà, resta da verificare se a tale ordine sia applicabile il limite dell'abuso di necessità, riconosciuto in sede di applicazione dell'analoga sanzione comminata dal giudice penale ai sensi dell'art. 31 c. 9 del DPR 380/01 e ritenuto applicabile dalla CEDU anche con riferimento agli ordini di demolizione provenienti dalla pubblica amministrazione^[37].

Gli effetti di tale valutazione sono stati definiti dalla giurisprudenza penale nel senso che occorre valutare, oltre all'effettiva mancanza di alloggio alternativo del proprietario per sé e per la propria famiglia, «*la eventuale consapevolezza della violazione della legge da parte dell'interessato, per non incoraggiare azioni illegali in contrasto con la protezione dell'ambiente, nonché i tempi a disposizione del medesimo, dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna, per conseguire, se possibile, la sanatoria dell'immobile ovvero per risolvere le proprie esigenze abitative*»^[38]. In sostanza la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità di chiedere al giudice dell'esecuzione penale la sospensione o la revoca della misura in considerazione della situazione concreta, soddisfacendo così il principio di proporzionalità CEDU.

In merito occorre rammentare anche che la legge della Regione Campania n. 19 del 2017, che aveva previsto la regolamentazione della locazione e alienazione degli immobili acquisiti al patrimonio comunale per inottemperanza all'ordine di demolizione, anche con preferenza per gli occupanti per necessità, è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 140/2018 in quanto il principio della demolizione dell'immobile abusivo acquisito al patrimonio comunale – con le sole deroghe previste dal comma 5 dell'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001 costituisce un principio fondamentale della materia

«governo del territorio».

Venendo all'esame della giurisprudenza amministrativa, una parte elimina il problema in radice affermando che si tratta di atto vincolato, mentre il principio di proporzionalità riguarderebbe solo gli atti discrezionali^[39].

Altro orientamento esclude l'abuso di necessità richiamando l'esclusione della scriminante dello stato di necessità da parte del giudice penale^[40].

Un orientamento minoritario ritiene che la giurisprudenza della CEDU richieda, se l'esecuzione dell'ordine possa incidere, in violazione del principio di proporzionalità, sul diritto all'abitazione, un obbligo particolare di motivazione nei confronti dell'ordine di demolizione^[41].

In effetti i problemi di proporzionalità sollevati dalla giurisprudenza CEDU con riferimento all'ordine di demolizione attengono alla sua esecuzione, con la conseguenza che nell'ambito del procedimento amministrativo, essi sorgono nella fase dell'esecuzione della misura ripristinatoria, cioè nella fase conclusiva del procedimento, ove l'amministrazione ha il compito di scegliere tra demolizione e destinazione del bene a fini pubblici, e disporre quindi l'escomio, piuttosto che nella fase iniziale di apertura del procedimento.

Ugualmente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 140/2018 ha escluso la generalizzazione dell'abuso di necessità riconoscendo che allo stato le deroghe alla demolizione amministrativa previste dall'art. 31, comma 5, d.P.R. n. 380 del 2001 sono eccezionali e che *«l'effettività delle sanzioni risulterebbe ancora più sminuita nel caso di specie, in cui l'interesse pubblico alla conservazione dell'immobile abusivo potrebbe consistere nella locazione o nell'alienazione dello stesso all'occupante per necessità responsabile dell'abuso»*.

Deve quindi escludersi che l'emanazione dell'ordine di demolizione sia condizionato dalla valutazione dell'esistenza di un abuso di necessità, ponendosi il problema solo in sede di esecuzione della demolizione.

Un secondo orientamento della giurisprudenza amministrativa ha qualificato come afflittiva la sanzione demolitoria, ma ai soli fini di applicare il principio di tassatività dei soggetti passivi della sanzione^[42].

Una parte della dottrina^[43] afferma che sussisterebbero spazi per una valutazione di proporzionalità in senso stretto, cioè di confronto con altri interessi pubblici e privati lesi dalla demolizione^[44], trattandosi di atto comunque caratterizzato da profili valutativi. Sarebbe quindi possibile legittimare anche il non esercizio del

potere demolitorio, mentre non vi sarebbero spazi di decisione sul *quomodo* della sanzione, stante l'esistenza del principio di tassatività e determinatezza delle sanzioni amministrative^[45]. Le pronunce richiamate però costituiscono orientamenti che risultano superati dall'intervento dell'Adunanza Plenaria.

Ulteriori profili di rilevanza CEDU, evidenziati dalla dottrina^[46], possono essere collegati alla c.d. tolleranza implicita dimostrata dalle autorità locali nei confronti dell'abuso, che in un caso è stata riconosciuta quale situazione meritevole di tutela dalla CEDU^[47].

Tuttavia è difficile allo stato attribuire a tale orientamento quella stabilità e continuità che la Corte Costituzionale richiede al fine di modificare gli orientamenti interni (in tal senso Corte costituzionale n. 49 del 2015).

In secondo luogo la pronuncia CEDU, oltre a riguardare un ordinamento diverso dal nostro, incide sui principi generali del diritto amministrativo, quale quello di affidamento, che, nel nostro orientamento, si fonda su un atto od un comportamento positivo dell'amministrazione, come chiarito dalla Plenaria^[48].

Il problema sembra essere comunque attenuato nel nostro ordinamento il quale riconosce il rilievo della tolleranza applicando al potere amministrativo di accertamento degli abusi edilizi conseguenti alla presentazione di un titolo edilizio, il principio di autotutela.

In ogni caso l'estensione del principio di autotutela anche ai casi di mancata presentazione di un titolo edilizio, per il solo fatto del decorso del tempo, richiede un'espressa previsione di legge.

Occorre rammentare che, secondo una parte della dottrina^[49], l'ordine di demolizione assume natura afflittiva nel caso in cui sussista la conformità attuale del manufatto abusivo alla disciplina urbanistica ma non al momento della realizzazione dell'opera. In tal caso l'ordine immediato di reintegro dello stato dei luoghi abusivamente alterato avrebbe natura afflittiva e quindi «*non sembra ragionevole né proporzionato prescindere totalmente da qualsiasi valutazione dell'elemento soggettivo e, più in particolare, dell'affidamento creato nel proprietario incolpevole da una protratta inerzia delle amministrazioni competenti a vigilare sull'attività edilizia*».

Occorre domandarsi se, per quanto detto prima, sussistono i presupposti per una valutazione di incostituzionalità rispetto alla gravità della sanzione rispetto al fatto, come indicato dalla sentenza della Corte cost. 246/2002.

Sebbene il giudizio di proporzionalità tra fatto e sanzione sia riconosciuto solo per le sanzioni afflittive e, di regola, l'ordine di demolizione non assurge a tale qualifica (salvo i casi eccezionali sopra indicati) un problema di proporzionalità si pone quando la violazione sia minima ed il costo per il ripristino sia molto pesante. Nel caso in cui un titolo edilizio sia stato richiesto, il problema è risolto dalla cd. "tolleranza di cantiere" del 2% delle misure programmate prevista dall'art. 34-bis del DPR n. 380/2001. La risposta probabilmente deve trovarsi in sede di rilascio dell'accertamento di conformità, perché altrimenti il rischio di impingere nelle valutazioni discrezionali effettuate al livello pianificatorio è troppo alto. Ugualmente occorre dire per un accertamento di conformità sostanziale dell'immobile alla situazione giuridica dell'area interessata, trattandosi di una valutazione rimessa ad altri momenti della procedura.

10. L'acquisizione al patrimonio comunale

La seconda sanzione è l'acquisizione al patrimonio comunale.

Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi entro novanta giorni dall'ingiunzione, ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. 380/01 «*il bene e l'area di sedime [...] sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune*» (comma 3); l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire «*costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari*» (comma 4); per gli interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti a vincolo di inedificabilità, «*l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. Tali amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso. Nella ipotesi di concorso dei vincoli, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio del comune*» (comma 6).

Come precisato, anche di recente, dalla Corte costituzionale (n. 140/2018), si tratta di «*sanzione in senso stretto, distinta dalla demolizione*», costituendo «*la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla*»^[50].

Rientra tra le sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non

sono cioè meramente ripristinatorie dell'abuso perpetrato. La sua natura è discussa.

Per una giurisprudenza è una sanzione mista, personale e reale^[51], essendo adottata *«in funzione di accrescere la deterrenza rispetto all'inerzia conseguente all'ordine demolitorio e di assicurare ad un tempo la effettività del provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi e la soddisfazione del prevalente interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio»*.

Secondo altro orientamento del Consiglio di Stato^[52] l'acquisizione al patrimonio è una sanzione ripristinatoria e non può essere considerata una sanzione amministrativa equiparabile alla confisca penale in quanto: - la prima (la confisca) ha funzione afflittiva e di prevenzione generale, mentre l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale è in funzione della riconduzione a legalità (rendendole conformi all'assetto urbanistico ed edilizio) delle opere non sorrette da un valido titolo (ab origine o annullato ex post, qui non rileva) e di cui sia stata ordinata la demolizione, in caso di inerzia del responsabile dell'opera illegittima; - l'acquisizione non consegue automaticamente all'accertamento dell'abuso edilizio, ma alla successiva inottemperanza, da parte del responsabile dell'abuso, dell'ordine di demolizione/riduzione in pristino precedentemente emesso; - l'acquisizione al patrimonio comunale è funzionale al ripristino dello stato dei luoghi ad iniziativa forzata dell'amministrazione e a spese dell'obbligato, per superare l'inerzia dei responsabili dell'abuso; - il mantenimento dell'opera ha carattere eccezionale, disponendo il comma 5 dell'art. 31 che *«[l]’opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiara l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico»*, con ciò sancendo la funzione strumentale dell'acquisizione rispetto all'ordine di ripristino, ulteriormente avvalorata dai limiti oggettivi posti dalla norma con riguardo al bene acquisendo.

Di particolare rilievo in questa sentenza è il richiamo alla violazione presunta dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, di garanzia del diritto di proprietà, in quanto l'acquisizione della parte abusiva al patrimonio comunale, quale strumento di riconduzione delle opere abusive a legalità, risponde ai criteri dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, legittimanti

l'incidenza sul diritto di proprietà dell'autore delle opere abusive, il quale non ottemperi all'ordine ripristinatorio. Né varrebbe opporre, secondo la sentenza, che il Comune, in tal modo, diverrebbe *«proprietario dei beni stessi sulla base di un giudizio amministrativo che ha visto soccombente lo stesso Comune»* (nel caso di annullamento del titolo edilizio – qui ci sono gli echi del giudizio c.d. di Punta Perotti), in quanto la composizione del conflitto d'interessi tra proprietario che abbia costruito sulla base di un titolo edilizio illegittimo poi annullato in sede giudiziale e l'interesse pubblico al ripristino della legalità è effettuata, sul piano normativo, dalla disciplina posta dall'art. 38 d.P.R. n. 380/2001 in aderenza ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Altro orientamento, invece, ritiene che si tratti di una sanzione mista in cui prevale la natura affittiva. Pur aderendo alla tesi della sostanziale differenza che intercorre tra la confisca urbanistica ed il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale il Consiglio di Stato^[53] afferma che *«è evidente, dunque, come l'ablazione della proprietà a titolo sanzionatorio si connoti sempre per il grado di afflittività massima nei confronti del titolare della stessa»*.

A ciò si aggiunge che *«secondo la giurisprudenza amministrativa la sanzione acquisitiva al patrimonio dell'ente non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole dell'abuso edilizio, cui è rimasto del tutto estraneo [...].Ne consegue che per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non sono cioè meramente ripristinatorie dell'abuso perpetrato, è necessaria la sussistenza di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che le subisce»*.

Anche la Corte costituzionale^[54], con riferimento all'omologa previsione contenuta nell'art. 15, comma 3, della l. 28.01.1977, n. 10, ne ha valorizzato l'aspetto personale affermando che *«l'acquisizione, a titolo gratuito, dell'area sulla quale insiste la costruzione abusiva al patrimonio indisponibile del comune rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima, esegue un'opera in totale difformità od in assenza della concessione e, poi, non adempie l'obbligo di demolire l'opera stessa»*.

In particolare viene evidenziato che, per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non sono cioè meramente ripristinatorie dell'abuso perpetrato, è necessaria la sussistenza di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che le

subisce sia per quanto riguarda la commissione dell'abuso che la mancata demolizione^[55].

La tesi della natura principalmente affittiva si fa preferire in quanto non solo il contenuto della sanzione non è meramente ripristinatorio ma anche perché presuppone una responsabilità e quindi (almeno) una colpa ed, anzi, una doppia colpa, perché non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole dell'abuso edilizio. Infatti quando una sanzione si applica solo a colui che ha commesso l'abuso, ovvero al responsabile dell'illecito e non a chi si trovi, casualmente, in una data relazione giuridica con la cosa, nella fattispecie in qualità di attuale proprietario dell'immobile, la sanzione deve ritenersi affittiva e non ripristinatoria.

Deve invece escludersi che l'acquisizione al patrimonio comunale sia strumentale alla demolizione d'ufficio in quanto l'ordinamento prevede la demolizione anche nei confronti del solo autore dell'abuso (pensiamo all'abuso commesso dal conduttore *invito domino*) e quindi l'acquisizione al patrimonio comunale non è elemento necessario per l'esecuzione d'ufficio della demolizione.

Venendo alle valutazioni da effettuare alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, possiamo dire che l'automatismo sanzionatorio in realtà non sussiste in quanto occorre verificare l'elemento soggettivo del proprietario^[56].

Diverso, invece, è il caso dell'acquisizione dell'area ulteriore, «*necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita*» (art. 31 c. 3 DPR 380/01).

In merito la giurisprudenza unanime afferma che in sede di accertamento dell'inottemperanza, mentre per l'area di sedime, stante l'automatismo dell'effetto acquisitivo che si verifica *ope legis* per effetto della mera inottemperanza all'ordine di demolizione, è superflua ogni motivazione ulteriore rispetto alla semplice identificazione dell'abuso, per l'individuazione dell'ulteriore area «*necessaria*» occorre uno specifico supplemento motivazionale^[57].

Devono invece ritenersi superati quegli orientamenti che connettono l'acquisizione al patrimonio alla sola mancata demolizione oggettivamente o soggettivamente intesa^[58].

11. L'acquisizione al patrimonio comunale nel caso di lottizzazione abusiva

Per quanto riguarda l'acquisizione al patrimonio comunale in caso di lottizzazione abusiva l'art. 30 del D.P.R. 380/01 prevede al comma 7 la sospensione dei lavori ed al comma 8 stabilisce che *«trascorsi novanta giorni, ove non intervenga la revoca del provvedimento di cui al comma 7, le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune il cui dirigente o responsabile del competente ufficio deve provvedere alla demolizione delle opere. In caso di inerzia si applicano le disposizioni concernenti i poteri sostitutivi di cui all'articolo 31, comma 8»*.

In merito un orientamento del Consiglio di Stato afferma si tratti di una sanzione ripristinatoria non equiparabile alla confisca penale in quanto secondo orientamento consolidato *«la lottizzazione abusiva opera in modo oggettivo e indipendentemente dall'animus dei proprietari interessati, i quali se del caso potranno far valere la propria buona fede nei rapporti interni con i propri danti causa (cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 giugno 2019, n. 4320 e giurisprudenza ivi citata)»*^[59]. Inoltre la sanzione amministrativa dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio disponibile del Comune, contemplata dall'art. 30, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001, è atto vincolato^[60].

Altro orientamento, invece, ritiene che si tratti di una sanzione principalmente afflittiva. Così si afferma che il carattere afflittivo della sanzione dell'acquisizione al patrimonio è già stato riconosciuto in materia di acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area sulla quale insiste l'opera abusiva nel caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione, di cui all'art. 31 del D.P.R. 380/2001. Ne consegue che *«per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non sono cioè meramente ripristinatorie dell'abuso perpetrato, è necessaria la sussistenza di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che le subisce»*^[61].

12. La sanzione pecuniaria prevista dal comma 4-bis dell'art. 31 D. Lgs 380/01 e l'applicabilità della riduzione per

pagamento immediato

Il comma 4-bis della norma citata stabilisce che «l'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente».

Con riferimento a tale sanzione si discute se sia applicabile il potere di riduzione della somma dovuta, tipica espressione del principio di proporzionalità.

In merito occorre rammentare che le sanzioni amministrative pecuniarie godono di uno statuto che, sebbene meno pregnante rispetto a quello delle altre, “sostanzialmente” penali, è finalizzato a garantire il rispetto del principio generale di legalità e di proporzionalità, nonché ad assicurare le guarentigie del giusto procedimento^[62].

Secondo la tesi recuperatoria^[63] - «la sanzione in questione è stata introdotta in sede di conversione del Decreto "Sblocca Italia" (D.L. 133/2014, convertito con modificazioni dalla L. 164/2014), allo scopo di tenere economicamente indenne l'Amministrazione comunale dalle spese di ripristino conseguenti alle ordinanze di demolizione non eseguite. La richiamata sanzione ha quindi lo scopo di fornire all'Amministrazione la provvista per procedere al ripristino, senza necessità di anticipare le relative somme, per poi rivalersi sul responsabile dell'abuso, semmai inutilmente nel caso di insolvenza dello stesso».

Lo scopo di tenere indenne l'amministrazione comunale dall'impegno economico derivante dall'abbattimento delle opere abusive risulta chiaro dal comma 4-ter del menzionato art. 31 che introduce un chiaro vincolo di destinazione stabilendo che: «i proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico». Ne deriva quindi l'impossibilità di applicare la riduzione della

sanzione per pagamento immediato prevista dall'art. 16 della L. 689/81.

Ugualmente nega l'applicazione del pagamento in misura ridotta quell'orientamento^[64] secondo il quale «*ciò che viene sanzionato -nella misura massima di Euro 20.000,00- dall'art. 31, comma 4-bis, del D.P.R. n. 380 del 2001 e ss.mm.ii. non è la realizzazione dell'abuso edilizio in sé considerato (nel qual caso, evidentemente, rileverebbe la consistenza e l'entità dello stesso), bensì (unicamente) la mancata spontanea ottemperanza all'ordine di demolizione legittimamente impartito dalla P.A. per opere abusivamente realizzate in zona vincolata, che è condotta (omissiva) identica, sia nel caso di abusi edilizi macroscopici, sia nell'ipotesi di più modesti abusi edilizi: il disvalore (ex se rilevante) "colpito" è l'inottemperanza all'ingiunzione di ripristino (legittimamente impartita dalla P.A.) inerente agli abusi in quelle particolari (e circoscritte) "aree" ed in quei particolari (e circoscritti) "edifici" specificamente indicati nell'art. 27, comma 2, dello stesso D.P.R. n. 380 del 2001*».

Altra tesi invece ritiene invece che la sanzione pecuniaria per mancata demolizione abbia carattere punitivo e quindi sia assoggettata alle regole della L. 689/81.

Secondo questa tesi «*la sanzione in discorso non costituisce affatto –almeno dal punto di vista giuridico– un'anticipazione a titolo risarcitorio delle spese necessarie al ripristino dello stato dei luoghi, ma consiste piuttosto in uno strumento sia di coazione (indiretta dei responsabili degli abusi dei quali sia stata constatata l'omessa demolizione) e di repressione delle condotte omissive prese in considerazione dal precetto della disposizione*»^[65].

Si afferma così che l'istituto della riduzione della sanzione ha portata generale, come risulta dall'art. 12 della stessa legge n. 689/1981, in quanto tale istituto è applicabile anche alle sanzioni pecuniarie in materia edilizia, non essendovi disposizioni in senso contrario, né incompatibilità, posto che tali sanzioni presentano natura punitiva (e non ripristinatoria) avendo finalità repressive e preventive^[66].

Qualora si riconosca la natura afflittiva di questa sanzione, ci si domanda se sia conforme agli orientamenti assunti dalla Corte Costituzionale la previsione dell'obbligo di applicare la sanzione nella misura massima, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata

nella misura massima^[67].

In merito la giurisprudenza^[68] esclude la possibilità di un giudizio di proporzionalità tra abuso da demolire e somma richiesta in quanto ciò che viene sanzionato – nella misura massima di € 20.000,00 – non è la realizzazione dell'abuso edilizio in sé considerato (nel qual caso, evidentemente, rileverebbe la consistenza e l'entità dello stesso), bensì (unicamente) la mancata spontanea ottemperanza all'ordine di demolizione legittimamente impartito dalla P.A. per opere abusivamente realizzate in zona vincolata, che è condotta (omissiva) identica, sia nel caso di abusi edilizi macroscopici, sia nell'ipotesi di più modesti abusi edilizi: il disvalore (ex se rilevante) "colpito" è l'inottemperanza all'ingiunzione di ripristino (legittimamente impartita dalla P.A.) inerente agli abusi in quelle particolari (e circoscritte) "aree" ed in quei particolari (e circoscritti) "edifici" specificamente indicati nell'art. 27, comma 2, dello stesso D.P.R. n. 380 del 2001.

In questo modo la giurisprudenza evita di affrontare il problema del rapporto tra gravità dell'abuso e sanzione dell'acquisizione al patrimonio.

La norma è uno dei casi in cui gli interessi devoluti alla cura dell'amministrazione (i cosiddetti interessi "sussidiati" dalla funzione sanzionatoria) possono incidere sulla commisurazione della sanzione. Essi quindi non possono dirsi estranei all'esercizio della funzione sanzionatoria, tant'è vero che la loro rappresentazione da parte dell'autorità amministrativa può costituire un elemento significativo per la determinazione del quantum della sanzione^[69] il rilievo riconosciuto a questi interessi va rigorosamente circoscritto alla valutazione della "gravità" della violazione, come nel caso di specie.

13. La sanzione pecuniaria per il caso di interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire che non possano essere demoliti

Secondo l'art. 34 c. e D.P.R. 380/01 "2. *Quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del*

valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale”.

La possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'Amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione. *“In quella sede, le parti ben potranno dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato asseritamente derivante dall'esecuzione della demolizione. Il dato testuale della legge, a tal proposito, è univoco e insuperabile, in coerenza con il principio per il quale, accertato l'abuso, l'ordine di demolizione va senz'altro emesso. Non appare, tuttavia, ultroneo evidenziare che “Soltanto nel caso di opere realizzate in parziale difformità dal titolo edilizio, può trovare applicazione la fiscalizzazione dell'abuso edilizio, consistente nella sostituzione della sanzione demolitoria con quella pecuniaria può trovare applicazione; non essendovi, di contro, alcuno spazio per l'applicazione della norma in caso di totale carenza del titolo edilizio”^[70].*

In questo caso ci troviamo di fronte ad una sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione per cui si deve ritenere che si tratti di una sanzione non afflittiva come la demolizione e come tale non soggetta all'applicazione della legge n. 689 del 1981.

1. In materia vedi: G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, Torino, 1924; G. Baratti, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1984; F. Benvenuti, «Autotutela (diritto amministrativo)», voce in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970; E. Cannada Bartoli, «Illecito (diritto amministrativo)», voce in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970; E. Casetta, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di Studi di scienza della amministrazione, Giuffrè, Milano, 1982; C.E. Paliero, A.Travi, *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1988; C.E. Paliero, A. Travi, «Le sanzioni amministrative», voce in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989; C. Pepe, *Illecito e sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1990; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983; A. Vigneri, *La sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1984; G. Pagliari, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1989; E. Rosini, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1991; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di S. Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, II ed., 585 ss.

2. Corte EDU, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia; Corte EDU, sez. II, sent. 04.08.2020 n. 44817; Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49.
3. Cass. Pen., sez. III, 03/10/2018, n. 51044: «*In materia di reati concernenti violazioni edilizie, l'imposizione dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo, anche se disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura di sanzione amministrativa che assolve ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso e non ha finalità punitive, producendo effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso, e non comportando la violazione del principio del "ne bis in idem" convenzionale, come interpretato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Grande Stevens c. Italia del 04.03.2014*»; Cass. Pen., sez. II, sent. 02.10.2019, n. 40396: «*6.3. Inoltre il tempo potrebbe rilevare solo per un eventuale abuso di necessità per le esigenze abitative [...]. Nessuna equiparazione può, infatti, logicamente farsi tra la demolizione e la confisca, trattandosi di due istituti diversi che operano su piani completamente diversi: sanzionatoria la confisca e solo di riduzione in pristino (riporta il territorio alla condizione iniziale, prima dell'abuso) del bene leso, la demolizione*»: cfr. altresì Cass. Pen., sez. III, sent. 18 febbraio 2022, n. 5822.
4. M. Lunardelli, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4, 2021, pag. 173 ss.
5. M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 1304 ss.
6. D. Simeoli, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, pp. 174 ss.
7. Cass., sez. I, sent. 14 novembre 1992, n. 12240 e Cass., sez. I, sent. 15 dicembre 1992, n. 13246.
8. C. Gabbani, *La logica dei provvedimenti ripristinatori*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, 911-953.
9. In merito D.-U. Galetta, *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *Potere e Costituzione*, Collana Enciclopedia del Diritto – I Tematici, Giuffrè, Milano, 2023, in corso di pubblicazione.
10. Sin dal 1976, la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri o figure sintomatiche della sanzione penale (i cosiddetti criteri Engel): - la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale secondo la quale «*occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme*»; - la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; - la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. Per la Corte è sufficiente che ricorra anche una sola di tali circostanze, perché la sanzione vada qualificata come «penale» (Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Olanda*, in tema di sanzioni detentive disciplinari militari). In merito oltre Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel. c. Paesi Bassi* anche Corte giust. sentt. 04.03.2014, 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*; 10.02.2009, *Zolotoukhine c. Russia*; v. anche Corte giust., grande sezione, 05.06.2012, C-489/10.

CERIDAP

11. In merito C.E.D.U. 20 gennaio 2009 (e del 10 maggio 2012, *Sud Fondi c. Italia*, relative al c.d. ecomostro di Punta Perotti; 30 dicembre 2013, *Varvara c. Italia* e, da ultimo, Grande Chambre, 28 giugno 2018, in *G.I.E.M. srl e altri c. Italia*).
12. Corte EDU, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*: «*Al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione. 302. Inoltre, non va trascurata l'importanza degli obblighi procedurali di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1. Pertanto, la Corte ha ripetutamente osservato che, nonostante il silenzio dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 per quanto riguarda i requisiti procedurali, un procedimento giudiziario relativo al diritto al rispetto della proprietà deve anche offrire alla persona interessata un'adeguata possibilità di esporre la sua causa alle autorità competenti al fine di contestare efficacemente le misure che violano i diritti garantiti da questa disposizione» (*Sovtransavto Holding c. Ucraina*, n. 48553/99, p.to 96, CEDU 2002 VII, *Capital Bank AD c. Bulgaria*, n. 49429/99, p.to 134, CEDU 2005 XII (estratti), *Anbeuser-Busch Inc. c. Portogallo* [GC], n. 73049/01, p.to 83, CEDU 2007 I, *J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito* [GC], n. 44302/02, p.to 57, CEDU 2007 III, *Zafranias c. Grecia*, n. 4056/08, p.to 36, 4 ottobre 2011, e *Giavi c. Grecia*, n. 25816/09, p.to 44, 3 ottobre 2013; si veda anche, mutatis mutandis, *Al Nashif c. Bulgaria*, 20 giugno 2002, n. 50963/99, p.to 123, e *Grande Stevens e altri*, sopra citata, p.to 188). Una ingerenza nei diritti previsti dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 non può quindi avere alcuna legittimità in assenza di un contraddittorio che rispetti il principio della parità delle armi e consenta di discutere aspetti importanti per l'esito della causa.*
13. Corte Cost. sent. n. 146 del 2021 punto 3.4 della motivazione.
14. Si tratta del caso *Hamer c. Belgio*, 2007, n. 21861/03. In merito occorre rilevare che la sent. della Corte EDU, 21 aprile 2016, 46577/15, *Ivanova e Cherkov V/Bulgaria*, ha puntualizzato che: «*l'ordine di demolizione per un abuso edilizio costituisce sanzione penale allorquando la sua esecuzione intervenga a distanza di numerosi anni a far data dall'accertamento del fatto e non sia stata acquisita alcuna prova per dimostrare che in ogni fase del procedimento il richiedente abbia ostacolato il regolare svolgimento delle indagini*».
15. Cass., sez. III, n. 5822 del 18 febbraio 2022: «*la giurisprudenza della Corte EDU, proprio con riferimento all'ordine di demolizione dell'unica casa di una famiglia, evidenzia la necessità di un equo contemperamento tra il principio di legalità e l'esigenza di assicurare protezione ai diritti fondamentali. Si evidenzia, in particolare, che: -) Corte EDU, 21/04/2016, Ivanova e Cherkov c. Bulgaria, pone l'obbligo di una valutazione in termini di proporzionalità tra l'ordine di demolizione e le condizioni personali dei controinteressati, in ragione delle loro limitate risorse economiche e della protrazione per anni della vita familiare nell'immobile da eliminare; -) Corte EDU 2007, Hamer c. Belgio, ritiene*

costituire sanzione penale l'ordine di demolizione per un abuso edilizio da eseguire a distanza di numerosissimi anni dalla data dell'accertamento, per un ritardo non imputabile a condotte ostruzionistiche dei controinteressati; -) Corte EDU, Chapman, evidenzia la necessità di valutare la disponibilità di idonee sistemazioni alternative o la possibilità di trattamenti meno severi».

16. Così Cass Pen., sez. III, 18 febbraio 2022, n.5822: *«in materia di ordine di demolizione emanato dal giudice penale: Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, il principio di proporzionalità nell'applicazione dell'ordine di demolizione di un immobile illegalmente edificato, adottato da una pubblica autorità al fine di contrastare la realizzazione di opere senza permesso di costruire, opera esclusivamente in relazione all'immobile destinato ad abituale abitazione di una persona, ed implica, principalmente, garanzie di tipo "procedurale". Ai fini della valutazione del rispetto del principio di proporzionalità, la Corte EDU ha infatti valorizzato essenzialmente: la possibilità di far valere le proprie ragioni davanti ad un tribunale indipendente; la disponibilità di un tempo sufficiente per "legalizzare" la situazione, se giuridicamente possibile, o per trovare un'altra soluzione alle proprie esigenze abitative agendo con diligenza; l'esigenza di evitare l'esecuzione in momenti in cui verrebbero compromessi altri diritti fondamentali, come quello dei minori a frequentare la scuola. Inoltre, ai medesimi fini, un ruolo estremamente rilevante è stato attribuito alla consapevolezza della illegalità della costruzione da parte degli interessati al momento dell'edificazione ed alla natura ed al grado della illegalità realizzata».* V. anche Corte EDU, sez. II, sent. 04.08.2020 n. 44817.
17. In merito alla violazione del bis in idem v. il parere dell'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa del 13.06.2022.
18. Così Cass. Pen., sez. III, 18/02/2022, Sent. n.5822; s.u., 28/04/2016, n. 27620, *Dasgupta*, Rv. 267486-01, in motivazione, specificamente p.to 5, ma anche p.to 8.2; Cass. Pen., sez. III, 10.03.2016 n. 9949: *«il nostro sistema costituzionale delle fonti, come interpretato nel diritto vivente della Corte costituzionale, ha chiarito, fin dalle c.d. "sentenze gemelle" (n. 348 e 349 del 2007), che il diritto CEDU non è direttamente applicabile; il giudice comune, infatti, ha la sola alternativa di esperire una interpretazione "convenzionalmente conforme" della norma nazionale, ove percorribile, ovvero proporre una questione di legittimità costituzionale, adoperando il diritto CEDU quale parametro interposto di legittimità, ai sensi dell'art. 117 Cost. (Corte Cost. n. 80 del 2011)».*
19. La Corte EDU in *Saliba c. Malta* dell'8 novembre 2005, ha stabilito che l'ordine di demolizione di un immobile, costruito senza licenza ed in violazione delle norme urbanistiche, non costituisce violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, in quanto, premesso che si tratta, sì, di un'ingerenza nel diritto di proprietà del singolo, tale misura è comunque prevista dalla legge, mirante ad uno scopo legittimo e, soprattutto, non sproporzionata rispetto al legittimo fine perseguito dallo Stato e consistente nella tutela del territorio.
20. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in www.sistemapenale.it: la sent. Corte

Giust. C-205/20 (*NE*) afferma espressamente – raccogliendo la corrispondente suggestione dell’Avvocato generale Bobek – che il requisito di proporzionalità presente nelle direttive «*si limita a richiamare*» l’art. 49, paragrafo 3, della Carta, che enuncia un divieto di pene sproporzionate alla gravità del reato con specifico riferimento ai reati, ma che appare naturalmente suscettibile di essere applicato alla generalità delle sanzioni di carattere “punitivo”, secondo la menzionata nozione estensiva della materia penale fatta propria, all’unisono, dalle due Corti europee.

21. F. Viganò, *cit.*
22. Così il punto 4.2 del commento citato al punto precedente redatto dal giudice costituzionale F. Viganò.
23. Paragrafi 43-44.
24. F. Viganò, *cit.*, par. 5.2.
25. In merito D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative ‘punitive’ tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2022.
26. V. anche la sent. n. 246/2022, nella quale la Corte Costituzionale dichiara: «*9.1. In generale va ribadito che il principio di necessaria proporzionalità della sanzione alla condotta illecita trova applicazione anche al trattamento sanzionatorio di natura amministrativa. Questa Corte, nelle sentenze n. 112 e n. 212 del 2019, in relazione a sanzioni amministrative diverse dalla revoca della patente, oggi in esame, ha affermato che il principio di proporzionalità rispetto alla gravità dell’illecito deve trovare applicazione con riferimento «alla generalità delle sanzioni amministrative».*
27. A. Bonomi, *Sanzioni amministrative “di seconda generazione”, principio di proporzionalità, diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 5, 2022.
28. Si trattava di valutare la costituzionalità di un comma contenuto in una disposizione inserita nel cosiddetto decreto Balduzzi (d.l. n. 158/2012) che prevedeva la sanzione amministrativa fissa di 50.000,00 Euro a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d’azzardo contemplati da altro comma della stessa disposizione.
29. Cons. St., sez. VI, sent. 20 gennaio 2023 n. 690; Cons. St. sez. VI, sent. 9 giugno 2022, n. 4696.
30. «*Secondo la Corte EDU per qualificare una sanzione come penale occorre far riferimento principalmente alla natura e alla gravità della sanzione. Con la espressione “natura” ci si riferisce al carattere principalmente afflittivo anziché risarcitorio o ripristinatorio. Il fine della sanzione, in effetti, deve essere prevalentemente quello di prevenire, reprimere e dissuadere allo scopo di evitare che analoghe condotte possano essere ripetute. Allo stesso tempo la sanzione deve essere diretta a tutelare beni normalmente protetti dalle norme penali, così come deve essere applicabile ad un gruppo ampio di destinatari. La gravità della sanzione fa invece riferimento al massimo edittale previsto, e dipende da una valutazione sia soggettiva che oggettiva. Inoltre, il principio di gravità, per quelle sanzioni che hanno un contenuto essenzialmente economico, è dato anche dalla esistenza di elementi di afflizione personale. Quando cioè la sanzione presenti un carattere socialmente riprovevole, o possa influenzare la*

*vita sociale, di relazione o professionale della persona, essa assume un carattere sostanzialmente penale» (A. Pisaneschi, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *AIC, Osservatorio Costituzionale*, 4, 2021, nota 4). Secondo Corte cost. sent. 16 aprile 2021 n. 68 rientrano in questa categoria sanzioni formalmente qualificate come amministrative [che] possono, però, comprimere diritti di rango costituzionale, quali la libertà d'impresa (art. 41 Cost.) o il diritto al lavoro (art. 35 Cost.). Sul conflitto tra Cassazione e Consiglio di Stato in merito alle sanzioni emanate dalle autorità di regolazione dei mercati v. A. Pisaneschi, *La sentenza 68 del 2021, cit.**

31. «*La legge n. 689 del 1981 si applica infine anche a misure non pecuniarie, come quelle interdittive o alla confisca, ma solo ove accessorie a sanzioni pecuniarie (cfr. Cass. sez. I, sent. 4 ottobre 1996, n. 8719). La giurisprudenza ha progressivamente esteso l'ambito applicativo della suddetta legge anche alle sanzioni a somma fissa (Cfr. Cass., sez. lav., sent. 12 dicembre 1989, n. 5498.), alle sanzioni proporzionali (Cfr. Cass. sez. III, sent. 25 luglio 2000 n. 9725 e sent. 24 marzo 2003, n. 4290), fino a ricomprendere tutte le misure pecuniarie conseguenti a violazioni, salvo quelle alternative a misure ripristinatorie: cfr. Cass., sez. un., 17 marzo 1989, n. 1342» così D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo, cit.**
32. Cons. St., sez. II, 13 novembre 1996, n. 1026; nel senso che le sanzioni pecuniarie alternative al ripristino, tese a ristabilire l'equilibrio materiale violato rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo: Cass., S.U., sent. 14 ottobre 2004 n. 20254.
33. T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1330; secondo autorevole dottrina, «*in realtà alcuni dei principi (di tale legge n.d.r.) sembrano adattarsi anche a sanzioni interdittive, non complementari a una pena pecuniaria» (così C.E. Paliero, A. Travi, (voce) *Sanzioni amministrative, cit.*, p. 393).*
34. S. Lucattini, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Giappichelli, Torino, 2022, 84 ss.
35. Ex plurimis, Cons. St., sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13.
36. Corte Cost. 5 luglio 2018 n. 140; Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2015 n. 1927.
37. Così Cass. Pen., sez. III, 03/11/2020 n. 35835: p.to 3.2 avendo riguardo ad un ordine emesso dall'autorità amministrativa e indipendentemente da accertamenti in ordine alla configurabilità di un illecito penale (Corte EDU, 21/04/2016, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria).
38. Cass. Pen. sez. III, 04/05/2018, n. 48833; sez. III, 02/10/2019, n. 40396; sez. III 06/05/2022 n. 24154.
39. Cons. St., sez. VI, sent. 28 aprile 2021 n. 3412
40. Per l'esclusione dello stato di necessità come scriminante: T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, sent. 14 marzo 2022 n. 711; T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, sent. 29 maggio 2019 n. 2879; Cass. Pen., sez. III, sent. 19.01.2018 n. 2280.
41. In tal senso T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 24 agosto 2019 n. 513.
42. Cons. St., sez. VI, sent. n. 4424 del 2018: «*deve ritenersi che l'ordine di demolizione costituisce una sanzione «penale» ai sensi dell'art. 7 della CEDU, in ragione della sua*

dimensione intrinsecamente «afflittiva», di talché, nel rispetto del canone di prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile, può venire disposta soltanto «nei casi e per i tempi in esse considerati» (dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689)». La giurisprudenza penale tiene ben distinti i diversi regimi della demolizione e della confisca: Cass. Pen., sez. II, sent. 02/10/2019 n. 40396: «6.1. La questione della natura sanzionatoria penale dell'ordine di demolizione relativamente alle sentenze Corte EDU è mal posta. Nessuna equiparazione può, infatti, logicamente farsi tra la demolizione e la confisca, trattandosi di due istituti diversi che operano su piani completamente diversi: sanzionatoria la confisca e solo di riduzione in pristino (riporta il territorio alla condizione iniziale, prima dell'abuso) del bene leso, la demolizione (vedi Cass. sez. III, 22/10/2009, n. 48925; Cass. sez. III, 11/02/2016, n. 5708)». In merito la sent. della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 aprile 2016, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, 46577/15 ha puntualizzato che: «l'ordine di demolizione per un abuso edilizio costituisce sanzione penale allorquando la sua esecuzione intervenga a distanza di numerosi anni a far data dall'accertamento del fatto e non sia stata acquisita alcuna prova per dimostrare che in ogni fase del procedimento il richiedente abbia ostacolato il regolare svolgimento delle indagini» (*Hamer c. Belgio*, 2007, n. 21861/03). V. anche Cass. sez. III n. 7232 del 24 febbraio 2020: «Infine, la sent. *Pignalosa* evidenzia l'affermazione della Corte EDU laddove esclude che l'ordine di demolizione contrasti con l'art. 1 del protocollo n.1 (protezione della proprietà). Sul punto, la Corte EDU (p.to 75) afferma, da un lato, che l'ordine di demolizione dell'immobile, emesso dopo un ragionevole lasso di tempo dopo la sua edificazione (per un precedente, cfr. *Hamer c. Belgio*, del 27 novembre 2007, n. 21861/03), ha l'obiettivo di garantire il ripristino dello status quo ante così ristabilendo l'ordine giuridico violato dal comportamento dell'autore dell'abuso edilizio; dall'altro, che l'ordine di demolizione e la sua esecuzione servono anche per scoraggiare altri potenziali trasgressori (il riferimento è al caso *Saliba c. Malta*, n. 4251/02, dell'8 novembre 2005), ciò che non deve essere trascurato in vista della diffusività del problema delle costruzioni abusive in Bulgaria».

43. S. Lucattini, *cit.*, p. 89.
44. Per alcuni esempi in giurisprudenza T.A.R. Sardegna, sez. II, sent. 16 ottobre 2018 n. 875 e Cons. St., sez. VI, sent. 23 settembre 2014 n. 4790.
45. In tal senso M. Allena, *Il principio di determinatezza*, in A. Cagnazzo-S. Toschei, F. Tuccari, (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2016, 148 ss. L. Coen, *Il divieto di analogia*, in A. Cagnazzo-S. Toschei-F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, *cit.* 182 ss. e, in generale, da A. Romano Tassone, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*. in *Dir. amm.*, 2011, 1 ss.
46. S. Lucattini, *cit.*, 229.
47. CEDU, I, 18 giugno 2002 Oneryildiz, par. 142.
48. In tal senso Cons. St., Ad. Pl., sent. 17.10.2017 n. 9: «5.1. Si osserva comunque al riguardo che non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione

avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta –e inammissibile– forma di sanatoria automatica o praeter legem. 5.2. Una chiara conferma di quanto appena rappresentato si desume dal terzo periodo del comma 4-bis dell'articolo 31 del d.P.R. 380 del 2001 (per come introdotto dal comma 1, lettera q-bis), dell'articolo 17 del decreto-legge 12.09.2014, n. 133), secondo cui “la mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente».

49. M.A. Sandulli, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *federalismi.it*, 2 ottobre 2019.
50. Così Corte cost. 15 luglio 1991, n. 345; nello stesso senso, Corte cost. 12 settembre 1995, n. 427, e ordinanza 15 febbraio 1991, n. 82; in termini, Cass. civ., sez. III, 26/01/2006, n. 1693.
51. Cons. St., sez. VI, sent. 20 ottobre 2016, n. 4400.
52. Cons. St., sez. VI, sent. 3 febbraio 2020 n. 864; in merito anche Cons. St., sez. VI, sent. 4 gennaio 2021, n. 7380.
53. Cons. St., sez. II, sent. 20 gennaio 2023, n. 714.
54. Corte cost., sent. 15 luglio 1991, n. 345.
55. Cons. St., sez. II, sent. 20 gennaio 2023 n. 714: *«l'acquisizione “di diritto” qualifica il provvedimento come obbligatorio e vincolato nel contenuto e la fa derivare dal mero mancato adempimento dell'ordine demolitorio, che peraltro potrebbe avere destinatari diversi (con la necessità di renderne comunque edotta la proprietà). Anche per tale ragione il Comune non è esonerato dall'accertamento dei presupposti che la rendono applicabile (elemento soggettivo). Il mancato adempimento infatti deve pur essere “accertato”, così come deve essere accertata la sussistenza dell'elemento psicologico che giustifichi l'irrogazione della sanzione. Ancor più precisamente, cioè, deve pur sempre essere accertato che il mancato adempimento sia frutto della volontà del destinatario del provvedimento e non sia legato, per esempio, a cause di forza maggiore o altre ragioni ostative, che non si sia dato luogo ad un adempimento parziale e in specifici casi quale sia l'estensione dell'area acquisita che per espresso disposto normativo «non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita».* Cons. St., sez. VI, sent. 4 novembre 2021 n. 7380: *«L'aspetto relativo alla necessità della sussistenza di un elemento soggettivo, quale indice di rimproverabilità, può recedere difatti solamente dinanzi ad una funzione concretamente ripristinatoria della sanzione che, in quest'ultimo caso ha l'attitudine di imporsi, per il suo carattere reale, anche nei confronti di soggetti in stato di incolpevole buona fede, in quanto misura necessaria al ripristino del bene. In base a tale interpretazione, che tiene conto del profilo soggettivo di responsabilità nella condotta, la sanzione acquisitiva di cui all'art. 30 (commi 1, 7 e 8) si palesa in linea con i principi espressi dalla Corte di Strasburgo ed, a quest'ultimo riguardo, il dovere di dare all'ordinamento interno una interpretazione conforme alla CEDU, come esplicitata dalla Corte di Strasburgo, deriva dall'art. 117 Cost., comma 1, ed è stato affermato in modo generale dalla Corte costituzionale con le sentenze n.*

- 348 e 349 del 2007 e, con riferimento specifico al citato art. 44, comma 2, con la sent. 24 luglio 2009 n. 239».
56. Cons. St., sez. II, sent. 20 gennaio 2023 n. 714: «L'acquisizione "di diritto" qualifica il provvedimento come obbligatorio e vincolato nel contenuto e la fa derivare dal mero mancato adempimento dell'ordine demolitorio, che peraltro potrebbe avere destinatari diversi (con la necessità di renderne comunque edotta la proprietà). Anche per tale ragione il Comune non è esonerato dall'accertamento dei presupposti che la rendono applicabile (elemento soggettivo). Il mancato adempimento infatti deve pur essere "accertato", così come deve essere accertata la sussistenza dell'elemento psicologico che giustifichi l'irrogazione della sanzione. Ancor più precisamente, cioè, deve pur sempre essere accertato che il mancato adempimento sia frutto della volontà del destinatario del provvedimento e non sia legato, per esempio, a cause di forza maggiore o altre ragioni ostative, che non si sia dato luogo ad un adempimento parziale».
57. Ex plurimis Cons. St., sez. VI, sent. 3 marzo 2022 n. 1512; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, sent. 16 febbraio 2021 n. 521: «in tale prospettiva la giurisprudenza in materia ha costantemente ribadito che l'Amministrazione procedente è tenuta ad indicare puntualmente, nell'atto di acquisizione, la classificazione urbanistica ed il relativo regime per l'area oggetto dell'abuso edilizio e quindi sviluppare (in base agli indici di fabbricabilità, territoriale o fondiaria, conseguentemente applicabili) il calcolo della superficie occorrente per la realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, disponendone comunque l'acquisizione -laddove dovesse risultare una superficie superiore- nel limite massimo del decuplo dell'area di sedime. È stato così chiarito che la circostanza che il legislatore non abbia predeterminato l'ulteriore area acquisibile, ma si sia limitato a prevedere che tale area "non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita", si giustifica per il fatto che l'ulteriore acquisto sia funzionale e strumentale rispetto all'acquisto del bene abusivo e della relativa area di sedime: in altri termini -non potendosi ritenere che la determinazione dell'ulteriore area acquisibile sia affidata al puro arbitrio dell'Amministrazione- la circostanza che sia stata predeterminata solo la superficie massima di tale area (comunque non superiore a dieci volte quella abusivamente costruita) può spiegarsi solo ipotizzando che l'ulteriore acquisto sia necessario al fine di consentire l'uso pubblico del bene abusivo acquisito al patrimonio comunale. Ne consegue che il nesso funzionale tra i due acquisti implica che l'Amministrazione sia tenuta a specificare, volta per volta, in motivazione le ragioni che rendono necessario disporre l'ulteriore acquisto, nonché ad indicare con precisione l'ulteriore area di cui viene disposta l'acquisizione».
58. Con riferimento all'individuazione dei soggetti destinatari dell'ordine di demolizione e delle misure sanzionatorie previste dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380/2001, il T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, sent. 11 agosto 2020 n. 1562, richiama l'orientamento secondo il quale «la norma, nell'individuare i soggetti colpiti dalle misure repressive nel proprietario e nel responsabile dell'abuso, considera evidentemente quale soggetto passivo della demolizione il soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, potere che

competere indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta, in quanto il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino non coincide con l'accertamento di responsabilità storiche nella commissione dell'illecito, ma è correlato all'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella codificata nella normativa urbanistico-edilizia, e all'individuazione di un soggetto il quale abbia la titolarità a eseguire l'ordine ripristinatorio, ossia il proprietario, in virtù del suo diritto dominicale».

59. Cons. St. sez. II, sent. 27 agosto 2021, n. 6060.
60. Cfr., in tal senso, Cons. St., sez. VI, sent. 23 marzo 2018, n. 1878; id., sez. II, sent. 17 maggio 2019, n. 3196.
61. Cons. St., sez. VI, sent. 4 novembre 2021 n. 7380 cit. v. nota 55.
62. Così Cons. St., sez. II, sent. 20 gennaio 2023 n. 714.
63. T.A.R. Piemonte, sez. II, sent. 20 marzo 2018 n. 336.
64. T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, sent. 6 luglio 2018 n. 1045.
65. C.G.A.R.S., parere 15 aprile 2015 n. 322: *«la sanzione pecuniaria di cui al comma 4-bis dell'art. 31 è stata introdotta, all'evidenza, proprio al fine di incentivare la compliance (ossia la spontanea attivazione) dei privati rispetto all'ordine di demolizione, attraverso una coazione indiretta rappresentata da una reazione punitiva dell'ordinamento, incidente sul patrimonio dei responsabili degli abusi eventualmente rimasti inerti a fronte di un dovere di esecuzione su di essi gravante [...] va osservato che gli unici scopi, costituzionalmente legittimi, che può avere una sanzione, amministrativa o penale, sono quelli della retribuzione giuridica del responsabile, nonché della prevenzione generale e speciale (mentre la primaria finalità delle pene è la rieducazione del condannato ex art. 27 Cost.). In nessun caso la sanzione può trovare giustificazione nell'esigenza di fronteggiare immediate finalità di bilancio [...] D'altra parte il comma 5 dello stesso art. 31 accolla ai responsabili le spese della demolizione (ove effettuata) e, quindi, anche dal punto di vista della logica giuseconomica, sarebbe quantomeno ingiusta la duplicazione della relativa pretesa dell'amministrazione, una prima volta in sede di sanzione ai sensi del comma 4-bis e poi, una seconda volta, in via di rivalsa a demolizione (d'ufficio) avvenuta».* Nel senso che la sanzione si traduce nell'inflizione di un sacrificio economico non correlato al profitto ricavato dall'illecito; il che manifesta la sua funzione accentuatamente dissuasiva, tale da ricondurla al novero delle sanzioni afflittive: Cons. St., sez. VI, sent. 9 agosto 2022 n. 7023.
66. Dalla natura punitiva desumono anche la retroattività T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 4 dicembre 2019, n. 2588), e T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, sent. 17 marzo 2020 n. 1166. Condivisibile giurisprudenza ha osservato che *«ciò che viene sanzionato, nella misura massima di Euro 20.000,00, dall'art. 31, comma 4-bis, D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii. non è la realizzazione dell'abuso edilizio in sé considerato, bensì la mancata spontanea ottemperanza all'ordine di demolizione legittimamente impartito dalla P.A. per opere abusivamente realizzate: il disvalore (ex se rilevante) colpito è l'inottemperanza all'ingiunzione di ripristino. Ne consegue che è irrilevante il fatto che l'abuso fosse stato realizzato prima dell'entrata in vigore della norma, giacché la mancata esecuzione dell'ordinanza di demolizione, proseguita dopo l'entrata in vigore del menzionato comma 4-*

bis, imponeva l'applicazione della sanzione da quest'ultimo prevista, senza che ciò implicasse violazione dell'invocato principio di irretroattività delle norme che introducono misure sanzionatorie».

67. In base all'art. 31, comma 4-bis, del D.P.R. n. 380 del 2001 e ss.mm.ii. la sanzione pecuniaria è sempre inflitta nella misura massima, senza alcun margine di discrezionalità circa la sua graduazione, nel caso di abusi realizzati «*sulle aree e sugli edifici*» di cui all'art. 27, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001, cioè solo su quelle "aree" e su quegli "edifici" ricadenti nelle tipologie vincolistiche specificamente e tassativamente indicate nella summenzionata disposizione, vale a dire:
- 1) «*aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità*»;
 - 2) «*aree destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla L. 18.04.1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni*» (relativa a "Disposizioni per favorire l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare");
 - 3) «*aree assoggettate alla tutela di cui al regio decreto 30.12.1923, n. 3267*» (recante disposizioni in materia di "Riordinamento e riforma della legislazione in materia di boschi e di terreni montani"), ossia aree sottoposte a «*vincolo per scopi idrogeologici*» ovvero boschi "sottoposti a limitazioni nella loro utilizzazione»;
 - 4) «*aree appartenenti ai beni disciplinati dalla L. 16.06.1927, n. 1766*» (rubricata "Conversione in legge del R.D. 22.05.1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del R.D. 28.08.1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del R.D. 22.05.1924, n. 751, e del R.D. 16.05.1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del R.D.L. 22.05.1924, n. 751"), ossia gravate da usi civici;
 - 5) «*aree di cui al D.Lgs. 29.10.1999, n. 490*» ("Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della L. 08.10.1997, n. 352"), ed attualmente le corrispondenti aree di cui al D.Lgs. 22.01.2004, n. 42 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio", a seguito dell'abrogazione espressa del D.Lgs. n. 490 del 1999, operata dall'art. 184 del D.Lgs. 22.01.2004 n. 42, a decorrere dal 01.05.2004, ai sensi di quanto disposto dall'art. 183 dello stesso Decreto);
 - 6) «*opere abusivamente realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente importante ai sensi degli articoli 6 e 7 del D.Lgs. 29.10.1999, n. 490*» e ss.mm.ii. «*o su beni di interesse archeologico, nonché per le opere abusivamente realizzate su immobili soggetti a vincolo o di inedificabilità assoluta in applicazione delle disposizioni del titolo II del D.Lgs. 29.10.1999, n. 490*» e ss.mm.ii.;
 - 7) «*aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato*».
68. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, sent. 20 febbraio 2023, n. 1089; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, sent. 1° ottobre 2019, n. 2088; T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, sent. 6 luglio 2018, n. 1045; T.A.R. Piemonte, sez. II, sent. 20 marzo 2018, n. 336; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. III, sent. 12 luglio 2016, n. 1105.

CERIDAP

69. C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, cit.
70. T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, sent. 26 agosto 2021, n. 5628.

Il servizio sanitario nazionale oggi e gli operatori privati nel campo della sanità: qualche semplice spunto di riflessione

Rosario Ferrara

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-51

Il contributo analizza il rapporto che intercorre fra soggetti pubblici e privati nel contesto del servizio sanitario nazionale (italiano). Tale relazione non soltanto caratterizza e condiziona la struttura e l'organizzazione del SSN, ma incide altresì sul diritto alla salute dei cittadini-utenti.

The Italian National Health Service today and private actors in healthcare: some food for thought

The paper analyses the relationship between public and private actors in the context of the Italian National Health Service. This relationship not only characterizes and conditions the structure and organisation of the NHS, but also affects the right to health of citizens-users.

Sommario. 1. Riflessioni introduttive e inquadramento del tema.- 2. Il rapporto pubblico-privato nell'ambito sanitario.- 3. La legittimazione pubblica (e il dovere costituzionale) a intervenire nell'ambito sanitario....- 4. ...e quella del privato, nell'oscillante moto del pendolo del SSN.- 5. Considerazioni conclusive: la centralità del principio della doppia legittimazione (pubblica e privata) nel diritto alla salute.

1. Riflessioni introduttive e inquadramento del tema

Mi sembra opportuno, pur consapevole del fatto che l'ordinamento della sanità pubblica evoca una massa di problemi vasta e variegata (e di non agevole

soluzione), soffermarmi ancora^[1] su quello che a me pare essere un problema nel problema, ossia un tema strategico che finisce col rappresentare la cartina di tornasole grazie alla quale testare lo stato di salute del nostro servizio sanitario nazionale (SSN), nella sua attuale struttura ed organizzazione, oltre che – ovviamente! - per la sua capacità di operare, sul piano quali-quantitativo, in maniera performante e con risultati soddisfattivi a vantaggio degli utenti del servizio medesimo.

Va da sé, infatti, senza che siano necessari più diffusi passaggi argomentativi, che la rilevanza strutturale del rapporto fra ciò che è “pubblico” (le strutture e gli operatori, ossia il personale, a cominciare dalla dirigenza) e ciò che è “privato” (e cioè, ancora una volta, le strutture e gli operatori privati della sanità) segna in profondità, ed in modo tanto evidente quanto incontestabile, alla stregua di una vera e propria costante sistemica, l’intero processo di costruzione e l’evoluzione del nostro servizio sanitario nazionale; ed è del pari assolutamente chiaro, sotto questo riguardo, che la nota vicenda pandemica ha portato alla luce, e anzi ad evidenza solare, problematiche e criticità già latenti, o quantomeno sotto traccia, già a far tempo dalla l. n. 833/1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale.

Mi sembra anzi possibile una prima considerazione di massima, confortata del resto dalle indagini e dalle ricerche dei sociologi e degli economisti specializzati nel campo della sanità pubblica^[2]: il rapporto fra ciò che è “pubblico” (il servizio sanitario *tout court*) e ciò che è “privato” (ossia i privati tutti, ma soprattutto quelli che siano legati e connessi, grazie a vincoli pattizi/contrattuali, con il servizio pubblico) si caratterizza da sempre per una sorta di “moto del pendolo”, in quanto la disciplina positiva del nostro servizio pubblico oscilla, e non sempre coerentemente, fra una visione di “privilegio”, o comunque di quasi orgogliosa e patriottica rivendicazione del ruolo primario che deve essere giocato dalla “mano pubblica”, ed un approccio che, in senso parzialmente contrario, mira invece a posizionare su di un piano di virtuale parità gli operatori privati della sanità ed il servizio pubblico.

Ora, se questo è vero, non sembra dubbio, a mio parere, che la vicenda pandemica ha in qualche modo rimescolato le carte, mettendo certamente a nudo alcune fragilità e debolezze dell’organizzazione pubblica del servizio sanitario, peraltro già note, sebbene oggi ne appaiano enfatizzate le criticità, e proponendo, per altro verso, in modo forte, e non eludibile il quesito, dal quale sono partito ed

a cui cercherò di dare una risposta di massima: ma, insomma, il diritto positivo ci offre una qualche possibile soluzione, seria ed equilibrata, grazie alla quale tenere insieme le (ottime) ragioni dei pazienti/utenti del servizio pubblico e le (comunque buone) ragioni dei soggetti privati che operano come professionisti e come imprese nel campo della sanità?

Infatti, senza che il quadro a tutti noto debba essere più diffusamente descritto, alcuni punti critici debbono essere ricordati: la gestione della pandemia, soprattutto nei momenti in cui il coronavirus ha “picchiato” in modo particolarmente duro, ha messo a dura prova il servizio sanitario nazionale, rendendo soprattutto difficile e problematica la gestione degli stati di morbilità “ordinari” e “normali”, tali essendo, al cospetto del Covid-19, anche quelle malattie oggettivamente gravi e invalidanti, e tali da comportare molto spesso la possibile morte dei pazienti. Il che, ossia il rischio non meramente teorico che la gestione dell'emergenza, nella quale si intrecciavano le ragioni e gli imperativi della sanità pubblica, intesa come igiene e profilassi in vista della tutela della salute come bene comune, e le aspettative e pretese dei singoli pazienti, possa aver determinato una sorta di ingestibile *blackout* che si è manifestato in tutta la sua corposa rilevanza in ogni fase e momento. E cioè: quando una certa malattia, “normale” e ordinaria, debba essere individuata ed accertata, nella fase della sua gestione (eventuale ricovero e terapia post-ricovero, riabilitazione, ecc.), controllo sistemico e permanente nei casi di cronicità, specialmente nei pazienti più anziani e fragili, ecc. E forse - *last but not least* - il problema dell'organizzazione e del funzionamento dei reparti di pronto soccorso e quello delle lunghissime liste d'attesa a fronte delle prestazioni richieste, soprattutto a seguito dell'insorgenza del Covid-19!

Il servizio pubblico ha sicuramente affrontato con capacità e conseguente successo la prova terribile alla quale è stato sottoposto (forse anche meglio di altri paesi)⁽⁹⁾, ma quel grande corpo organizzato messo in piedi dalla sua legge istitutiva (la n. 833/1978), corpo imperfetto, ma tutto sommato funzionante, si presenta oggi con acciacchi e ferite che non possono essere ignorate, ma per lenire e guarire le quali occorre mettere invece in campo adeguati strumenti e soluzioni correttivi. In altre parole, la difficile, contestuale gestione di ciò che possiamo definire come “norma” o “regola” e ciò che, in senso contrario, si materializza come “eccezione” (la pandemia) ha messo a nudo criticità forse già latenti, ma delle quali soltanto

ora appare evidente il peso quali-quantitativo: il numero troppo basso dei nostri medici, la fuga di molti operatori dal servizio pubblico (medici ed infermieri), per tutta una serie di concause efficacemente intercettate dai principali mezzi di informazione, la necessità di nuovi istituti e modelli organizzativi e gestionali - ossia, la medicina territoriale, per tutti - la scarsa, o comunque non adeguata, informatizzazione dei soggetti pubblici che operano come attori e protagonisti del servizio pubblico (ASL, ospedali, aziende ospedaliere e gli stessi medici di base), ecc.

Mi permetto anche di constatare che le *défaillances*, certo non occasionali, dei nostri modelli organizzativi e gestionali non possono essere esclusivamente imputate alla scarsità di risorse assegnate al servizio pubblico, sebbene si tratti comunque di un fattore non secondario, secondo quanto disvela, fra l'altro, l'ultima legge di bilancio⁽⁴⁾.

Mi permetto, sotto questo riguardo, una semplice, e quasi estemporanea, suggestione: e se il problema, oltre certamente a quello della mancanza dei quattrini, fosse anche costituito, come già suggeriva A.M. Sandulli, all'indomani della l. n. 833/1978, dal fatto che una legge (qualsivoglia legge, e perciò anche le normative in campo sanitario successive alla l. n. 833/1978), abbia troppo spesso privilegiato (anche nel momento attuale!) la ricerca di soluzioni relative alla sistemazione del personale piuttosto che un serio intervento di ridefinizione e riscrittura dei paradigmi organizzativi delle strutture e degli apparati gestionali del servizio pubblico?

Lascio deliberatamente questo, certo non irrilevante, interrogativo senza risposta, limitandomi a constatare quanto segue, alla stregua, peraltro, di un'incontestabile evidenza, davvero sotto gli occhi di tutti, quasi si trattasse di una massima di comune esperienza: le difficoltà, se non la condizione di pre-crisi, nella quale parrebbe versare il servizio pubblico, dopo aver svolto per decenni un'encomiabile attività, hanno certamente enfatizzato il ruolo giocato dagli operatori privati della sanità nel sistema complessivo delle attività sanitarie destinate alla cura della persona, in ognuno dei momenti e delle fasi in cui la suddetta cura deve materializzarsi e dispiegarsi.

Il che impone, a mio avviso, e senza che sia in alcun modo necessario occuparci dei "meriti" e delle "colpe" del servizio pubblico e dei contestuali meriti e delle colpe del sistema privato, di mettere al centro della nostra attenzione il rapporto,

non sempre limpido e scevro di contraddizioni e criticità, che si viene comunque a creare tra il settore pubblico e quello privato nel campo della sanità.

2. Il rapporto pubblico-privato nell'ambito sanitario

Io credo che se davvero si vuole affrontare, o almeno impostare, in modo corretto il tema del rapporto pubblico/privato nel campo delle attività sanitarie destinate alla persona (il campo della sanità pubblica in quanto tale ha anche ad oggetto gli interessi della collettività, *ex art. 32, primo comma, Cost.*, ed è tutt'altra problematica, ovviamente) si debba partire dalle nostre norme costituzionali e, segnatamente, in primo luogo, dal combinato disposto di cui agli artt. 32 e 41 Cost.

Le norme del diritto europeo, originario e derivato, sono naturalmente importanti, ma lasciano tuttavia intendere che il settore della sanità (art. 168 TFUE nonché il protocollo annesso n. 26, spec. art. 2, in merito alla competenza degli Stati membri in materia di organizzazione dei servizi generali non economici, ossia socialmente rilevanti) è tutto sommato rimesso alla competenza generale, piuttosto che esclusiva, dei legislatori nazionali. Diverso sarà ovviamente il caso in cui la salute si manifesti come tema e problema di ordine pubblico, in quanto sono a rischio fondamentali interessi della collettività (vicenda ben nota della "mucca pazza", dell'influenza aviaria, dello stesso Covid-19, ecc.) per gestire e proteggere i quali ci si baserà piuttosto su altre disposizioni dei Trattati, magari sugli artt. 191 ss. TFUE, in materia di ambiente, oppure sulle discipline europee nel campo degli alimenti, della produzione agricola, ecc.^[5]

Faccio con ciò naturalmente riferimento - e prescindendo ovviamente dalla sanità pubblica in senso oggettivo e tradizionale (igiene, profilassi, ecc.) con la quale ci troveremmo in tutt'altri territori - alla sanità come servizio pubblico socialmente rilevante, vero e proprio elemento e fattore strategico di costruzione di ogni contemporaneo modello di Stato sociale, in quanto se noi considerassimo, invece, le attività sanitarie come espressione del diritto di fare impresa, seppure in un settore socialmente rilevante, allora dovremmo arrivare a differenti conclusioni, e anzi sarebbe addirittura necessario impostare, a mio avviso, un discorso obiettivamente di altro tipo, prendendo le mosse, ad esempio, dagli artt. 101 ss. TFUE sulle regole di concorrenza (cfr. spec. l'art. 106 TFUE).

Ossia, l'attività d'impresa nel campo sanitario è sicuramente lecita, legittima ed ammissibile *tout court*, anche alla luce dell'art. 41 Cost., alla pari dell'attività libero professionale svolta dagli operatori privati in regime di libera professione, in assenza di ogni vincolo e/o legame con i soggetti del servizio pubblico.

Conclusioni, queste stesse, fin troppo ovvie ed alle quali non possiamo in ogni caso sottrarci, e che consentono comunque di delineare, quasi con un'azione di regolamento dei confini, il perimetro utile nel quale il discorso deve essere collocato ed ambientato: il rapporto pubblico/privato che qui interessa, soprattutto perché è spesso fonte di problemi di non agevole soluzione, è quello che si viene a creare tra i soggetti istituzionali del servizio sanitario nazionale e gli operatori privati a questo stesso legati da vincoli e legami di natura negoziale/convenzionale diversamente modulati, organizzati e interpretati sul piano tecnico-giuridico, specialmente ad opera della giurisprudenza ⁽⁶⁾.

3. La legittimazione pubblica (e il dovere costituzionale) a intervenire nell'ambito sanitario...

Se questo è vero, mi sembra ad ogni buon conto tanto necessario quanto opportuno mettere a nudo un problema per così dire generale, e anzi preliminare: se, da un lato, non è immaginabile (né giustificabile, né costituzionalmente sostenibile, e dunque al di fuori di ogni logica che voglia interpretare il mondo reale) "espellere" gli operatori privati a ciò interessati dalla gestione delle attività sanitarie destinate alla persona, deprivandoli di ogni ruolo e legittimazione, per tutto quanto già constatato, sono davvero possibili e giustificate, dall'altro lato, sul terreno di una (effettiva) doverosità costituzionale, la creazione e la messa a regime di un apparato complesso e complicato, di derivazione e matrice pubblicistica, la cui *mission* consista proprio nell'erogazione di prestazioni sanitarie destinate alla persona?

In altre parole, sarebbe conforme alla nostra Costituzione un'organizzazione massicciamente (oppure esclusivamente) privatistica delle attività volte a rendere effettiva la tutela del diritto alla salute, nel solco dell'art. 32 Cost., secondo quanto disvelano le scelte di diritto positivo di altri paesi (ad esempio, gli USA, specialmente prima della c.d. *Obama Care*), nel senso che ciò che davvero rileva è la cura della persona in quanto tale, in un contesto di piena e totale indifferenza

circa le qualità soggettive (e la “ragione” giuridica) degli apparati e delle strutture di servizio abilitate e legittimate a conseguire questo fondamentale scopo?

Va da sé che il paziente, la persona in difficoltà vuole che gli atti medici, e comunque le prestazioni sanitarie che gli vengono erogate, siano idonee a risolvere il suo problema di salute e che, pertanto, potrà anche assumere un atteggiamento di totale indifferenza circa le qualità soggettive di chi gli salva la vita, gli evita il maggior danno, ecc.

E, tuttavia, a mio parere, il problema non è solo perdurante e sussistente, ma anche di notevole peso: perché la sanità muove mezzi e risorse ingenti, si incrocia e confronta pressoché ogni giorno con la Politica (anche con quella con l’iniziale decisamente minuscola!), e perché la gestione del personale che opera nel settore evoca problemi delicatissimi, talora quasi insolubili.

Last but not least: il PNRN stesso, nella Missione n. 6, che si focalizza sull’obiettivo Salute, mette in luce in modo assolutamente nitido la rilevanza e la corposità degli obiettivi e, ancor prima, degli interessi materiali - e dunque anche economici - effettivamente in gioco.

Sicché, da nessun punto di vista mi parrebbe possibile sfuggire all’interrogativo, generale e preliminare, al quale ho prima accennato, sulla base delle nostre norme costituzionali di riferimento: è possibile, e magari persino necessario, fondare in termini di doverosità costituzionale la legittimazione del nostro servizio sanitario nazionale, non di questo servizio in particolare, ma del servizio pubblico come modello paradigmatico, in quanto ganglio vitale dei contemporanei sistemi di Stato sociale?

Il diritto dell’UE sembra muoversi con una certa sovrana indifferenza a margine di questo problema, confidando nel “buon senso” e nella ragionevolezza degli Stati membri, cui viene conferita una certa libertà, come appena visto, ferma restando tuttavia l’obbligazione di risultato che deve essere comunque onorata, laddove l’evidente “spacchettamento” del servizio pubblico, e cioè il suo articolarsi in una potenziale pluralità di modelli positivi nei differenti sistemi regionali produce semmai il risultato di amplificare e moltiplicare (regione dopo regione) il quesito appena posto, come cercherò di meglio precisare ^{PI}.

Dico subito che, a mio modo di vedere, non è tanto dall’art. 32 Cost. che è possibile trarre un principio di valore e forza generali capace di fondare la legittimazione, senza se e senza ma, di un servizio pubblico volto a rendere

doverosa, e non declinabile, la costruzione di una “macchina” amministrativa la cui *mission* sia, per l'appunto, quella di erogare alla persona, in regime di parità, *coeteris paribus*, tutte quelle prestazioni riconducibili (oggi) ai livelli essenziali dei diritti sociali di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.

Il nostro art. 32 Cost. è stato (e forse in parte ancora è) una norma eversiva, e anzi quasi rivoluzionaria, in relazione al contesto storico e politico-culturale nel quale veniva elaborata, per il semplice fatto che veniva emblematicamente affermata la rilevanza costituzionale di un diritto assunto come fondamentale in quanto situazione giuridica soggettiva della persona e interesse della collettività. Il che non è certamente poca cosa, e anzi è davvero tantissimo, solo che non viene espressamente formalizzata la necessità, e neppure la legittimazione, dell'intervento pubblico, soprattutto là ove si tratti di soddisfare le aspettative potenziali e le pretese della persona per come sono modernamente intese, ben diverso essendo invece il discorso in merito alle politiche ed alle attività (anche di “imperio”) che nei tradizionali comparti e settori della sanità pubblica erano già note e soprattutto messe in campo.

Mi sembra sufficiente un pur rapido confronto fra il nostro art. 32 Cost. e i successivi artt. 33 e 34 Cost., in materia di diritto all'istruzione, specialmente là ove si rimarca in modo forte il dovere repubblicano di istituire scuole statali di ogni ordine e grado, per cogliere ed apprezzare sino in fondo il diverso taglio e la diversità di regime che differenziano il diritto alla salute, del quale appena si comincia a parlare, e il diritto all'istruzione per la cui effettività viene formalmente introdotto un dovere costituzionale che si traduce (anche) nella irrinunciabile istituzione di soggetti pubblici (le scuole), di ogni ordine e grado, in quanto segno tangibile di un *must* (*rectius*, di un *sollen*, ossia di un imperativo categorico) che viene imputato alla Repubblica.

Del tutto ovviamente, come espressamente ci ricordano le stesse norme costituzionali in tema di istruzione, del pari rilevante, e non comprimibile, è il ruolo che può essere giocato dagli operatori privati nel settore dell'istruzione, anche in considerazione del principio di sussidiarietà orizzontale, nel momento stesso in cui viene comunque rimarcata la necessità (non di semplice opportunità infatti si tratta, a mio avviso) dell'intervento pubblico nella materia, in quanto l'istruzione è verosimilmente sussunta come una funzione in senso tecnico, e non come un servizio, e anzi come una funzione strategica e fondamentale dello Stato

di diritto, quasi secondo un'ottica di virtuosa continuità con i principi e le regole di sistema degli ordinamenti di impianto e cultura liberali.

Ora, l'art. 32 Cost., soprattutto se ne viene privilegiata una lettura in chiave strettamente letterale, sembra introdurre una diversa narrazione.

Ad esempio, la gratuità delle cure è garantita soltanto a coloro che siano indigenti, sicché la stessa nozione di indigenza (ossia di povertà) deve essere decodificata, e pertanto storicizzata e relativizzata^[8], onde poter ampliare il novero dei potenziali beneficiari delle prestazioni del servizio pubblico in regime di gratuità oppure subordinatamente al pagamento di un ticket. Soprattutto, quando ci si limiti ad una lettura meramente filologica e letterale della norma, allora non potrebbe esserne esclusa, secondo me, un'interpretazione così larga (e non impegnativa!), da rendere in qualche modo compatibile con la nostra Costituzione la messa in campo di un'organizzazione, e dunque di un servizio oggettivamente pubblico, per il tipo di interessi alla cui cura è preordinato, ma soggettivamente privatistico in quanto fondamentalmente conferito agli attori presenti sul mercato: e cioè alle imprese private che operano nel campo della sanità. Non mi parrebbe infatti risolutiva, sotto questo riguardo, la pur relevantissima affermazione per cui è la Repubblica a tutelare la salute: il fine è pubblico, e così importante, in uno con l'istruzione, da connotare e qualificare i modelli contemporanei di Stato sociale, ma un risultato, anche positivo sul piano della gestione e della soddisfazione degli interessi in gioco, potrebbe essere forse ottenuto anche grazie all'attivazione degli opportuni sistemi assicurativi, con un'adeguata contribuzione pubblica, ove necessaria.

Non intendo procedere oltre su questo terreno, ma soltanto rammentare che si tratta di una problematica controversa e tutto sommato aperta, secondo quanto disvela il dibattito in merito ai modelli di organizzazione e gestione dei servizi sanitari che si svolge nei paesi di *Common Law*, e non solo^[9].

Se questo è vero, io continuo a pensare che gli interrogativi che ho prima cercato di evidenziare non possono trovare risposte adeguate sulla base di una semplice esegesi letterale della nostra norma costituzionale e, anzi, ritengo persino che un approccio meramente filologico sia non soltanto riduttivo ma addirittura fuorviante.

E per un duplice quanto semplice motivo: il nostro art. 32 Cost. è norma di straordinaria bellezza e di grande rilevanza, anche sul piano etico, ma certo il

nostro costituente non poteva farsi carico di immaginare, e quindi di suggerire e ipotizzare, in qualche modo vincolando il legislatore ordinario, le forme concrete (organizzative) grazie alle quali il diritto alla salute sarebbe stato effettivamente tutelato; in secondo luogo, una norma costituzionale – l'art. 32 Cost., nel caso di specie – non vive di per se stessa in una condizione di splendido isolamento ma fa parte, al contrario, di un sistema che è, innanzitutto, un coerente sistema di valori di cui è parte integrante, e soprattutto essenziale.

È in questo senso che, soltanto leggendo e interpretando l'art. 32 Cost. in una sorta di combinato disposto con altre norme costituzionali, soprattutto se collocate tra i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale, si possono verosimilmente trarre conclusioni meno approssimative ed affrettate, nel solco di un'autorevole ed insuperata dottrina^[10]: la norma costituzionale che introduce, per la prima volta e in modo forte, la tutela del diritto alla salute come fondamentale diritto della persona nel nostro sistema costituzionale non può non rinviare alle norme della Carta costituzionale che mettono al centro del sistema di valori del nostro ordinamento proprio i diritti (e i doveri) della persona.

In altre parole, è il combinato disposto di cui agli artt. 2, 3 e 32 Cost. che ci consente, a mio modo di vedere, di rispondere alla domanda che prima ponevo, e senza nulla togliere al ruolo, centrale e strategico, giocato dall'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost., circa «... *i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*»^[11].

E mi sembra, in questo quadro, davvero necessario sottolineare l'importanza, a tutto tondo, a 360 gradi, proprio di quest'ultima disposizione, sebbene non sia collocata tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, giacché l'art. 120 Cost. configura alla stregua di un vero e proprio dovere costituzionale l'intervento sostitutivo del governo nei confronti degli organi delle regioni, delle province, delle città metropolitane e dei comuni allorché lo richiedano la tutela dell'unità giuridica oppure economica e «... *in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali*».

Ovverosia: l'obiettivo, assunto come irrinunciabile, di garantire su tutto il territorio della Repubblica i livelli essenziali delle prestazioni dei diritti sociali, se, da un lato, parrebbe confermare il carattere universale del servizio sanitario nazionale, fornendo anche un più forte zoccolo di legittimazione costituzionale

alla disciplina dei LEA, rappresenta, a mio avviso, dall'altro lato, un principio di chiusura del sistema costituzionale, di sua messa in sicurezza, e cioè la pietra angolare e il punto di non ritorno del nostro modello di Stato sociale.

Non mi dilungherò sul valore degli artt. 2 e 3, spec. secondo comma, Cost., e sul ruolo da essi giocato per fondare ed ampliare l'area delle pretese giuridicamente qualificate della persona (oltre che degli inderogabili doveri di solidarietà) anche nel campo dei diritti sociali: il collegamento dell'art. 32 Cost. con gli artt. 2 e 3 si risolve quasi in una relazione di reciproca presupposizione e integrazione e l'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost., definisce e completa, dal suo lato, il quadro di principi di maggior rilievo, ai fini del discorso fin qui fatto.

Soprattutto, mi sembra assolutamente provata e fondata non solo la legittimazione della "mano pubblica" ad intervenire, direttamente e in modo importante, nel settore della sanità ma addirittura costituzionalmente doverosa e necessaria la creazione e l'organizzazione di un servizio sanitario pubblico, in quanto volto ad agevolare il conseguimento dei livelli essenziali delle prestazioni su tutto il territorio nazionale.

4. ...e quella del privato, nell'oscillante moto del pendolo del SSN

Ci troviamo pertanto al cospetto di una doppia legittimazione, anche alla luce delle norme, originarie e derivate, del diritto dell'UE: da un lato, il diritto di chi vuole fare impresa, operando come soggetto collettivo nel campo della sanità oppure come professionista (medico, farmacista, infermiere, ecc.); dall'altro lato, sulla base di fondamentali norme della nostra Costituzione, la naturale tensione verso la creazione di modelli organizzati di servizio pubblico capaci di soddisfare le aspettative di prestazione delle persone (dei malati, dei fragili, degli anziani come dei bambini, di tutti i potenziali utenti, insomma), capacità che si materializza come un vero e proprio dovere costituzionale o anzi, per meglio dire, come un punto di non ritorno in quanto si tratta di garantire i livelli essenziali di assistenza su tutto il territorio nazionale. È la "mano visibile dello Stato"^[12], in altre parole, che è chiamata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno riconoscimento e alla migliore soddisfazione di un diritto che la nostra Costituzione proclama come fondamentale e che, conseguentemente, seppur fra

luci ed ombre, viene costruito come assoluto e irrefragabile^[13]; ed è pertanto, su questo crinale, spesso scivoloso e non sempre agevolmente percorribile, che vengono ad evidenza le complesse relazioni fra il mondo dei privati, degli operatori privati della sanità, e la realtà oggettiva del servizio sanitario nazionale. Vale a dire che la doppia legittimazione, alla quale ho fin qui accennato, non vale ad eliminare conflitti oggettivi e ragioni di contrasto che quasi naturalmente rendono molto spesso difficili e problematiche le relazioni pubblico/privato, con un'avvertenza, tuttavia, di un certo rilievo, almeno a mio parere: il principio di sussidiarietà in senso orizzontale non gioca nessun ruolo in questa "materia", quantomeno sul piano del diritto, in quanto la suddetta doppia legittimazione opera per così dire oggettivamente in quanto la doverosità del servizio pubblico, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 2, 3 e 32 Cost., ha il suo contraltare nella libertà di impresa *ex art.* 41 Cost., anche nella sua versione più aggiornata^[14].

Tutto ciò spiega, in qualche misura, la periodizzazione che prima ricordavo, ossia il *timing* scandito da un vero e proprio moto del pendolo: il rapporto pubblico-privato viene in un primo momento, ossia nella fase "eroica" di costruzione del servizio sanitario nazionale ad opera della sua legge istitutiva, plasmato e conformato da una logica decisamente pubblicistica, laddove successivamente, nella fase per così dire intermedia rappresentata dal d.lgs. n. 502/1992, sembra affermarsi la regola ordinante della pari dignità e della parità delle armi fra gli operatori pubblici e quelli privati, con la dichiarata, manifesta approvazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per giungere ad un terzo *step*, con il d.lgs. n. 229/1999, così come successivamente modificato e integrato, contrassegnato dal parziale recupero dei principi e delle opzioni di fondo del primo periodo.

È anche possibile rinvenire una certa logica in siffatto moto del pendolo, nel senso che me ne pare proponibile una certa interpretazione, di larga massima e con scontati margini di approssimazione: l'intervento degli operatori privati si rivela in qualche misura necessario onde porre rimedio alle insufficienze - ossia al deficit di risultato - che contrassegnano le esperienze gestionali del servizio pubblico nel periodo immediatamente successivo alla legge n. 833/1978; da ciò il coinvolgimento degli operatori privati in regime di sostanziale parità delle armi nella seconda fase, facendosi ricorso al modulo giuridico del convenzionamento

(ossia della concessione), supponendosi verosimilmente che i privati avrebbero anche supportato il servizio pubblico ogniqualvolta fosse apparso necessario a tutela del diritto alla salute degli utenti; tutto ciò comporta tuttavia costi crescenti, non facilmente gestibili, con il conseguente, parziale ritorno, nella terza ed ultima fase, ad un modello in qualche misura meno sbilanciato in favore della medicina privata convenzionata.

A questo punto è tuttavia indispensabile una precisazione: ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 229/1999 il servizio sanitario nazionale viene fatto constare della pluralità dei servizi sanitari regionali, pur nel quadro di alcuni fondamentali, comuni principi di ordine generale, ed è soprattutto sul terreno dei rapporti, giuridici e fattuali, tra la sanità pubblica e quella privata convenzionata che si registrano approcci e soluzioni di differente segno e impatto, con la messa in campo di originali, e comunque differenziati, modelli organizzativi e gestionali, nei quali è per l'appunto il ruolo giocato dagli operatori privati in regime di convenzionamento a rappresentare il fattore di maggiore qualificazione di un certo modello regionale^[9].

La pur sintetica descrizione delle diverse tappe che hanno scandito e connotato le relazioni giuridicamente rilevanti fra il servizio pubblico e gli operatori privati nel settore della sanità e, segnatamente con quei soggetti privati legati all'amministrazione pubblica da un rapporto di convenzionamento, appaiono dunque davvero orientate da una sorta di "moto del pendolo".

E, tuttavia, il movimento pendolare presentava una sua coerenza sistemica: l'attività sanitaria si materializza invero (anche) come attività d'impresa, nel solco dell'art. 41 Cost., ed i singoli operatori possono decidere di stare sul mercato esclusivamente come liberi professionisti; per altro verso, il servizio pubblico può trovarsi nella necessità di dover coinvolgere, per gli adempimenti degli obblighi di servizio pubblico (i LEA, in sintonia con l'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost.), i professionisti privati, singoli o associati in forma imprenditoriale, ferma restando la sua legittimazione ad assicurare, se possibile, direttamente, in prima persona, tutte le prestazioni (i LEA) che debbono essere garantite sull'intero territorio nazionale, visto il carattere universale del servizio.

Se questo è vero, e senza nulla togliere agli innumerevoli profili critici messi in luce negli ultimi decenni dalla nostra dottrina, mi sembrerebbe corretto supporre che, magari con "un colpo al cerchio ed un colpo alla botte", ossia con infinite e

defatiganti operazioni di tipo transattivo, si sia (quasi sempre) cercato di pervenire ad un risultato di mediazione, onde coniugare le ragioni (ottime e sicuramente fondate) del servizio pubblico e quelle (certamente degne della massima attenzione e considerazione) degli operatori privati nel campo della sanità.

Senza che mi sia in alcun modo possibile esprimere un qualche giudizio compiutamente ragionato e definitivo sul momento attuale, ancora segnato dalla nota vicenda pandemica di cui è stata or ora dichiarata la fine, mi limiterò ad alcuni semplici spunti.

Il primo dato di fatto, che è sotto gli occhi di tutti, è verosimilmente questo, a mio parere: la gestione del Covid-19 ha messo in crisi l'intero sistema, e non soltanto sul versante delle relazioni, giuridiche e fattuali, tra il servizio sanitario nazionale, pur spacchettato nelle sue diversificate varianti regionali, e gli operatori privati nel settore della sanità. Tutto sembra essere rimesso in discussione oggi, anche sotto l'impatto del nostro Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), Piano che nella Missione n. 6 si focalizza sulla Salute, declinandosi obiettivi molto ambiziosi quali: le reti di prossimità, la telemedicina per l'assistenza sanitaria di base, le case della comunità e gli ospedali di comunità per l'assistenza sanitaria intermedia, il fascicolo sanitario elettronico (FSE) e, più in generale, l'innovazione, la ricerca e la digitalizzazione del servizio sanitario nazionale^[16]. Sicché davvero, secondo l'avviso di un'acuta dottrina^[17], il mondo della sanità si presenta in questa fase di indefinita transizione come un cantiere aperto, con i lavori perennemente in corso, in costante fibrillazione, per la cui riforma si propone tutto ed il contrario di tutto.

5. Considerazioni conclusive: la centralità del principio della doppia legittimazione (pubblica e privata) nel diritto alla salute

Viene da chiedersi, a mio avviso, se lo spirito, riformistico e riformatore, che sembra ispirare il nostro legislatore andrà oltre il minimo contingente, e cioè non si limiterà all'adozione di misure tampone capaci di fronteggiare le emergenze che via via si presentano (pochi medici e mal distribuiti, liste d'attesa troppo lunghe, ecc.), e se cercherà invece di sciogliere i nodi strutturali che rendono più

macchinosa e solo relativamente performante l'attività del nostro servizio pubblico.

E sotto questo riguardo penso davvero che un capitolo di peso relevantissimo, forse in larga parte da riscrivere anche alla luce di ciò che è successo, sotto gli occhi di tutti, in occasione e in conseguenza della pandemia da Covid-19, sia proprio quello della relazione funzionale tra il pubblico e il privato nel mondo della sanità, ossia tra il servizio pubblico e gli operatori privati della sanità al primo legati da un rapporto di convenzionamento che possiamo ancora inquadrare nello schema concettuale della concessione di servizio pubblico.

È ben vero che ogni riforma nel campo della sanità rischia sempre, per una perversa eterogenesi dei fini, di risolversi in una più o meno vasta operazione di sistemazione del personale, quando non sia addirittura un episodio (certo non positivo ma spesso inevitabile) del conflitto endemico che contrappone la Politica e la Scienza, ossia il personale sanitario e parasanitario e il mondo della politica "politicante".

Si tratta certamente di un rischio reale il quale, tuttavia, non deve impedirci di cogliere il carattere essenziale e strategico del problema che ho cercato di mettere in luce, soprattutto per due buone ragioni, a mio parere: la preoccupazione, a suo tempo manifestata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, circa il rispetto dei principi del diritto dell'UE in materia di concorrenza e di mercato interno⁽¹⁸⁾; lo spacchettamento del servizio sanitario nazionale in una pluralità di servizi regionali, diversamente organizzati e costruiti proprio in relazione ad una differente percezione e soluzione del problema del rapporto che deve essere instaurato fra il servizio pubblico e gli operatori privati convenzionati.

In altri termini, contrariamente a quanto ci si potrebbe attendere, non presenta invece particolari problemi e criticità che non siano già noti il sistema c.d. delle tre A (autorizzazione, accreditamento istituzionale e accordo contrattuale) e neppure il tema (connesso) della libera professione *intra moenia* dei professionisti sanitari legati al servizio pubblico da un rapporto di pubblico impiego privatizzato. Il problema è semmai la fuga dal settore pubblico per approdare ai lidi più accoglienti e suggestivi della sanità privata, convenzionata o meno che sia con il servizio sanitario nazionale!

Mi preme invece riprendere in parte un aspetto del discorso che forse merita d'essere rimarcato: la doppia legittimazione che ho prima cercato di mettere in

luce, ossia del servizio pubblico in conformità del combinato disposto di cui agli artt. 2, 3, 32 e quasi *a fortiori* dell'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost., e delle imprese e dei professionisti che operano in quanto soggetti privati nel campo della sanità, in sintonia con l'art. 41 Cost., suggerisce, intuitivamente, scelte ed opzioni strategiche ispirate al criterio della massima prudenza, anche in considerazione, come già visto, dei principi e delle regole del diritto dell'UE.

Il che mi spinge a constatare che il dibattito - e così le soluzioni concrete che si mettono in campo - è troppo spesso condizionato (e dunque viziato!) da veri e propri pregiudizi "ideologici": la preferenza per un modello pubblicistico di gestione della sanità in antitesi ad un modello di stampo privatistico oppure ad un sistema misto, come pare essere, tutto sommato, quello oggi vigente di fatto nel nostro paese, non può schermare, o peggio ignorare e dunque occultare, i principi costituzionali dai quali è invece necessario prendere le mosse. E, anzi, per meglio definire il problema e la soluzione che ad esso può essere data, le norme costituzionali di riferimento fondano sicuramente, a mio avviso, la doppia legittimazione alla quale ho più volte accennato, ma impongono anche risposte ed opzioni strategiche che siano apprezzabili ed affidabili, in primo luogo, sul piano tecnico, ossia su di un terreno che non è quello dell'ideologia ma quello della loro piena compatibilità con i principi, le regole ed i valori dell'ordinamento euro-unitario.

Da ultimo, sospinge in questa stessa direzione, ossia a privilegiare un approccio cauto, e quasi "freddo", di stretto diritto positivo, questa semplice considerazione: lo spacchettamento, e quasi la frammentazione, del servizio nazionale in una pluralità di modelli organizzativi e gestionali regionali mette a nudo non solo la difficoltà oggettiva di far "quadrare i conti", visti i costi crescenti determinati dal ricorso massiccio alla sanità privata convenzionata, in sostituzione piuttosto che ad integrazione di quella pubblica, ma, in qualche caso, quasi il ritiro in un cono d'ombra del servizio pubblico. E cioè, anche a voler descrivere il fenomeno in termini soltanto descrittivi, talora sembra consolidarsi un modello concreto nel quale le strutture operative del servizio pubblico (le ASL, in buona sostanza) più che soggetti attivi con la *mission* di erogare le prestazioni a vantaggio dei pazienti, sono stazioni di finanziamento e di pagamento di attività e prestazioni erogate dai soggetti della sanità privata convenzionata^[19].

Si tratta forse di una privatizzazione di fatto del servizio pubblico (*rectius*, di un determinato servizio sanitario regionale), destinato comunque a convivere con altri modelli e sistemi regionali diversamente organizzati, e connotati, ad esempio, da un più equilibrato rapporto fra la sanità pubblica e quella privata, convenzionata oppure no? E, in che modo si risolverà il contrasto, non solo potenziale, fra le strutture del servizio pubblico (le ASL) che sono sia attori, erogatori di prestazioni, che controllori degli operatori privati, anche di quelli non convenzionati?

Impossibile, soprattutto in questo momento, assumere un punto di vista affidabile e conclusivo perché la sanità è davvero un cantiere aperto, secondo quanto si evince anche dal vivace dibattito in corso presso tutte le sedi istituzionali della politica.

E forse possibile soltanto formulare un auspicio, e cioè confidare che il principio della doppia legittimazione, della “mano visibile” dello Stato e della libertà degli operatori privati, possa trovare una rinnovata, piena applicazione, in vista del fondamentale obiettivo di assicurare più elevati *standard* di tutela della salute della persona su tutto il territorio nazionale.

1. Si tratta della versione scritta, rivista ed ampliata, della relazione presentata in occasione dell'Incontro di studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022). Per un più nutrito corredo di riferimenti bibliografici mi permetto di rinviare, per le tematiche affrontate nel lavoro, a R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*, spec. 115 ss. Di rilievo, e a tali contributi faccio egualmente rinvio: C. Bottari, *La tutela della salute: lavori in corso*, Giappichelli, Torino, 2020; B. Gagliardi, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *Dir. amm.*, 2020, 163 ss. nonché Id., *Il sindacato del giudice costituzionale sull'organizzazione sanitaria tra autonomia regionale e diritto alla salute*, in *Dir. e società*, 2020, 477 ss. Di interesse i seminari e convegni organizzati dal CeSDirSan, fra i quali si segnala M.A. Sandulli (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
2. Per tutti cfr. già I. Cavicchi, *Sanità. Un libro bianco per discutere*, Dedalo, Bari, 2005, *passim*.
3. Interessanti, in questa direzione, le relazioni tenute al seminario *Modelli sanitari a confronto* (Università di Roma 3-7 marzo 2023), con Introduzione di M.A. Sandulli e interventi di F. Aperio Bella, di C. Fraenkel-Haeberle, in riferimento all'esperienza tedesca, e di L. Busatta, in relazione al sistema americano.
4. L. n. 197/2022 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025). Non mi paiono possibili diverse considerazioni

- esaminando il c.d. decreto milleproroghe, d.l. n. 198/2022, n. 198, conv. in l. 24 febbraio 2023, n. 14 (Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi) (spec. artt. 4 e ss.), prevalentemente preoccupato di risolvere alcune questioni di sistemazione del personale (e su cui v. le riflessioni dell'Anaa, in www.quotidianosanità.it del 27 febbraio 2023) oppure passando in rassegna la precedente l. n. 40/2020 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali), e la l. n. 77/2020 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19). V. comunque anche *infra*, nel prosieguo del lavoro.
5. Sia consentito rinviare in materia a R. Ferrara, *Agricoltura e ambiente: è solo un problema di sostenibilità?*, in M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini, M. Riccardo Calderano (a cura di), *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, Giappichelli, Torino, 2023, 297 ss.
 6. Mi permetto di rinviare ancora a R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit. nonché a M. Consito, *Accreditamento e terzo settore*, Jovene, Napoli, 2009 e a C. Bottari, *op. loc. cit.*
 7. Su ciò cfr., più diffusamente, *infra*, alle pagine che seguono, e comunque, del tutto esaustivamente, B. Gagliardi, *Il sindacato del giudice costituzionale sull'organizzazione sanitaria tra autonomia regionale e diritto alla salute*, cit.
 8. Sia consentito il rinvio, anche per altri riferimenti bibliografici, a R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Salute e sanità*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 3 ss. nonché, significativamente, A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999.
 9. Cfr. nuovamente, per un'introduzione al tema, L. Busatta, *op. loc. cit.*
 10. Ovviamente: C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. Infortuni e malattie professionali*, 1961, I, 1 ss.
 11. Esaustivamente, e per tutti, V. Molaschi, *Introduzione allo studio dei rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2006 e C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Il Mulino, Bologna, 2008.
 12. Per tutti, G. Amato, *Bentornato Stato, ma...*, Il Mulino, Bologna, 2022, *passim*.
 13. Sia ancora consentito rinviare, anche per l'esame della giurisprudenza, a R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit., *passim*, ma spec. 64 ss. e 219 ss. cui *adde*, Id., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, cit.
 14. Così come essa risulta a seguito della l. cost. n. 1/2022 (Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente). Di interesse, sotto questo riguardo, è la sentenza di Corte cost. 9 maggio 2022, n. 113, proprio in materia di accreditamento di strutture private operanti nel settore della sanità, decisione che si caratterizza per una

visione che non esito a definire come ultraliberista.

15. Cfr., per tutti, B. Gagliardi, *Il sindacato del giudice costituzionale sull'organizzazione sanitaria tra autonomia regionale e diritto alla salute*, cit., nonché, se si vuole, R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, cit., spec. 115 ss.
16. In argomento, del tutto esaustivo è il volume M.A. Sandulli (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata*, cit., cui adde gli Atti del convegno organizzato on line il 28 aprile 2021 su *Next Generation UE. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, al sito dell'AIPDA (Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo).
17. C. Bottari, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., passim.
18. Faccio con ciò riferimento ai rilievi critici a suo tempo formulati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei pareri AS n.145/1998 ed AS n. 175/1999, (in www.agem.it), il primo in relazione al d.lgs. n. 502/1992 e il secondo in merito allo schema di decreto legislativo che sarebbe poi sfociato nel d.lgs. n. 229/1999.
19. Ancora B. Gagliardi, *op. ult. cit.*, soprattutto in riferimento al modello lombardo, così come delineato dalla l. Regionale della Lombardia n. 33/2009 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità).

Concorrenza e regolazione alla luce del principio di residualità, in un mondo che cambia

Nicoletta Rangone

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-41

Il contributo suggerisce l'affermarsi di un moderno principio di residualità non limitato ad informare il rapporto tra regolazione e concorrenza, ma che richiede una giustificazione dell'intervento pubblico in termini di effettiva necessità e ragioni specifiche che ne sono alla base, per spingersi ad informare contenuto regolatorio. Le ragioni risultano non solo arricchite rispetto a quelle tradizionali, ma anche disancorate da problemi già concretizzati per abbracciare una visione prospettica e anticipatoria.

Competition and regulation informed by residuality principle, in a changing world

The paper suggests the rise of a modern principle of residuality, which exceeds the balance between regulation and competition. This principle calls for the justification of regulation in terms of necessity. Problem drivers should be also taken into consideration, as well as the regulatory content. The problem drivers appear to be enriched compared to the traditional ones, whilst also being disentangled from problems that have already materialized so as to embrace a prospective and anticipatory approach.

Sommario. 1. Intervento pubblico sotto forma di regolazione e residualità.- 2. Origini ed evoluzione del principio della residualità.- 2.1 Residualità come necessità della regolazione.- 2.2 Declinazione della residualità nelle ragioni che giustificano la regolazione.- 3. Residualità come principio informatore del contenuto regolatorio.- 4. Come interpretare un moderno principio di residualità?

1. Intervento pubblico sotto forma di regolazione e residualità

Nel XXI secolo, lo Stato è tornato al centro della scena, trascinato dalle crisi che si sono succedute dal 2008^[1].

In un intervento del 2011, Luisa Torchia evidenziava che «*il nuovo ruolo economico dello Stato sarà sicuramente uno fra i temi di maggior interesse per la ricerca nei prossimi anni*»^[2]. E così è stato: il “ritorno dello Stato in economia” porta oggi la dottrina (non solo giuridica) a discutere delle ragioni, delle forme e delle relative prospettive^[3]. Senza alcuna pretesa di completezza, per descrivere le ragioni si sono utilizzate le metafore dello Stato “salvatore”^[4], “assicuratore”^[5], “promotore”^[6] e, da ultimo, lo Stato “digitale”^[7]. Le prospettive restano quanto mai aperte^[8].

Quanto alle forme, gli strumenti attraverso cui si manifesta il ritorno dello Stato (peraltro mai ritiratosi davvero) vanno dalle incentivazioni delle attività private, all’ingresso pubblico nel capitale di imprese^[9], al controllo di settori strategici attraverso *golden power*^[10], alla pianificazione per obiettivi a livello sovranazionale (si pensi al *green deal europeo*^[11] e alla *digital transition*^[12]) e – a cascata - nazionale (ad esempio, con il PNRR elaborato dal Governo italiano in attuazione del programma di finanziamenti europei Next Generation EU)^[13].

Un ulteriore strumento di intervento pubblico è costituito dalle regolazioni^[14]. Come noto, nel tempo si è affermata l’esigenza di passare da una regolazione finalistica (espressione di uno Stato “finanziatore”^[15] e “dirigista”), a una di tipo condizionale e residuale (emblema di uno Stato “regolatore”^[16] e “arbitro”^[17]).

Dagli anni Novanta del secondo scorso, proprio la residualità ha costituito la chiave di volta tra concorrenza e regolazione dell’economia, non tanto in termini di alternativa tra concorrenza o regolazione^[18], quanto di fondamento dell’intervento di regolazione *a bilanciamento della concorrenza* (quando questa può compromettere stabilità, sicurezza, salute)^[19] o *a supporto di questa* (si pensi alle regolazioni asimmetriche dei servizi a rete^[20] e a quelle recentissime dei regolamenti europei sui mercati^[21] e i servizi digitali^[22]).

Il presente contributo si interroga sull’affermarsi di un moderno principio di residualità, suggerendo che questo non si limiti ad informare il rapporto tra regolazione e concorrenza, ma richieda una giustificazione dell’intervento

pubblico in termini di effettiva necessità di questo (par. 2.1) e delle ragioni che ne sono alla base (par. 2.2), per spingersi ad informare anche il contenuto regolatorio dell'intervento che dovrebbe al contempo essere adeguato a risolvere il problema (le ragioni) che lo giustificano, non eccessivamente gravoso e di facile comprensione (par. 3).

2. Origini ed evoluzione del principio della residualità

2.1 Residualità come necessità della regolazione

Di residualità della normativa *«come necessità di tener presente sempre anche la possibilità di «non» adottare una legge»*^[23] parlava già nel 1955 R. Lucifredi^[24], che in una articolata lezione al primo corso per funzionari direttivi dell'amministrazione dello Stato, raccomandava di evitare di *«mettere a fuoco materiale legislativo, dove non c'è necessità»*. Così anche A.M. Sandulli nel 1960^[25], per cui il *«procedimento logico del legislatore (...) può eventualmente anche tradursi in una decisione di non fare, o perché l'eventuale innovazione legislativa sarebbe controproducente, o perché l'ordinamento vigente già offra strumenti idonei per il conseguimento dello scopo»*.

Nel tempo, si sono affermati strumenti tecnici per dare attuazione alla residualità (e non solo): l'analisi di impatto della regolazione per le fonti primarie e secondarie, che obbliga a confrontare opzioni alternative rispetto al “non intervento” (opzione zero)^[26], e l'istruttoria legislativa, tenuta a considerare la necessità dell'intervento (come previsto dal regolamento della Camera^[27] e che al Senato rientra tra le prerogative del Comitato per la legislazione introdotto da una recentissima modifica del relativo regolamento)^[28].

Questa accezione del principio di residualità come necessità non sembra aver contribuito a contenere l'inflazione regolatoria, così che il conseguente *«disordine normativo»*^[29] e l'instabilità del quadro regolamentare sono tra le cause dell'ineffettività del diritto amministrativo^[30]. Si pensi, guardando alle riforme delle attività produttive e commerciali che si sono susseguite in Italia dal 2010 ad oggi, alle numerosissime norme inutili perché già esistenti o perché incapaci di incidere in modo significativo sulla realtà^[31], ma sempre introdotte con decreto-legge, come se ci fosse urgenza di riaffermare l'ovvio^[32].

2.2 Declinazione della residualità nelle ragioni che giustificano la regolazione

Se si volge l'attenzione dalla necessità alle ragioni che giustificano un intervento sotto forma di regolazione (o meglio della fonte del diritto o dell'atto amministrativo a contenuto regolatorio) la declinazione del principio di residualità appare alquanto articolata.

Il principio di residualità della regolazione è stato sviluppato dalla *teoria economica*, che ha richiesto una giustificazione in termini di fallimento del mercato^[33]. Ciò significa che la motivazione dell'intervento pubblico sotto forma di regolazione va ricercata nell'esistenza di monopoli, nella mancata o insufficiente informazione (asimmetria informativa), nelle esternalità negative legate a produzioni di beni o prestazione di servizi, nella fornitura inadeguata dei beni pubblici in senso economico (come la difesa nazionale o il servizio meteorologico nazionale)^[34]. Un'altra ragione dell'intervento è porre rimedio a una regolazione inadeguata, che non ha raggiunto gli obiettivi voluti (in ragione, ad esempio, della scarsa attuazione) o è diventata obsoleta, vale a dire il fallimento della regolazione^[35].

La *teoria della regolazione* richiama, poi, tra le ragioni dell'intervento anche obiettivi prioritari del decisore pubblico, come nel caso in cui una regolazione sia introdotta per rispondere ad esigenze di solidarietà sociale o di equità^[36]. Di centrale importanza è inoltre il principio di precauzione che, soprattutto nell'Europa continentale, arricchisce il principio di residualità identificando un'altra ragione per l'intervento pubblico a tutela delle persone o dell'ambiente in situazioni di pericolo, anche se i dati scientifici non consentono una valutazione completa del rischio^[37]. Se il principio di precauzione guida il processo decisionale quando l'incertezza scientifica è alta, là dove le conoscenze aumentano i regolatori possono basare i loro interventi su evidenze scientifiche, così evitando ricadute negative connesse - ad esempio - ad una eccessiva prudenza (che potrebbe ostacolare in modo non giustificato la libertà di impresa o l'innovazione). È questa l'impostazione della regolazione informata al rischio, che porta a consigliare un intervento di regolazione solo se necessario alla luce di una valutazione del danno potenziale, della sua probabilità e delle relative implicazioni. Vi è da dire che il regolatore valuta l'adozione o meno

dell'intervento e il tipo di intervento anche alla luce del principio di precauzione. L'analisi del rischio, quale strumento tecnico, va infatti completata con una lettura "politica"; ad esempio, il regolatore potrebbe decidere di concentrarsi su pericoli che presentano un maggior grado di rischio (inteso come magnitudo di un eventuale effetto), o di affrontare - con le stesse risorse - rischi di grado inferiore ma con un livello di probabilità superiore^[38]. La regolazione informata al rischio^[39], che nasce negli ambiti della salute e dell'ambiente, si estende oggi alla tutela dei dati personali, ai servizi digitali, all'intelligenza artificiale. In alcune ipotesi la valutazione del rischio è effettuata dal legislatore (si pensi alla sottoposizione a divieti o obblighi diversi in base al grado di rischio delle applicazioni di intelligenza artificiale^[40]); in altri casi la regolazione impone ai destinatari privati di effettuare una valutazione del rischio a fronte del quale adottare poi misure di mitigazione^[41] (come in base ai regolamenti europei sulla protezione dei dati^[42], sui servizi digitali^[43]). Per inciso, la regolazione informata al rischio che interessa ambiti di frontiera - come le tecnologie digitali (intelligenza artificiale, blockchain, internet delle cose), biotecnologie o nuovi materiali (per esempio i nanomateriali) - è chiamata a bilanciare attentamente (alla luce del principio di residualità, oltre a quello di proporzionalità) tutela dei diritti e innovazione^[44], perché in nome dei primi non sia ostacolata in modo ingiustificato la seconda^{[45][46]}.

In tempi recenti, la teoria della regolazione si è aperta alle scienze comportamentali, tanto che parte della dottrina è giunta ad indentificare un'ulteriore e nuova fattispecie di fallimento del mercato che giustifica l'intervento pubblico^[47], vale a dire la presenza di *bias* diffusi che induce gli individui ad agire "in modo non razionale". Questa è diventata una indicazione concreta al legislatore europeo (così infatti recita il Better Regulation Toolbox della Commissione UE del 2021)^[48] e a quello italiano (in base alla Guida all'analisi di impatto della regolazione del 2018)^[49]. Tra le applicazioni concrete, il Toolbox menziona la direttiva europea sui diritti dei consumatori nelle vendite *on line*^[50], che ha introdotto un *default* (cioè un *nudging*) per l'acquisto del solo servizio principale e l'esigenza del consenso espresso per qualsiasi pagamento supplementare (ad esempio, l'assicurazione della perdita di bagagli nel trasporto aereo)^[51]; di recente, la Commissione europea ha inoltre vietato l'uso di *dark patterns* (che fanno leva sui limiti cognitivi degli individui) da parte delle

piattaforma *on line*^[52]. Le scienze comportamentali arricchiscono anche i motivi all'origine dei fallimenti della regolazione: non solo (ad esempio) la cattura dei regolatori^[53], ma anche il loro essere affetti da *bias* molto simili a quelli che interessano gli individui: ad esempio, eccessivo ottimismo, inerzia, *confirmation bias*, *tunnel vision*, *bias* della crescita esponenziale (che, con tutta probabilità, ha giocato un ruolo nel ritardo con cui si è reagito alla pandemia)^[54].

Di recente, tra le priorità delle istituzioni europee è entrato un obiettivo trasversale: l'esigenza di guardare a tutti gli ambiti attraverso una "visione strategica"^[55] capace di individuare "megatrend"^[56], che possono segnalare l'esigenza di un intervento pubblico sotto forma di regolazione. Si tratta, all'evidenza, di un approccio di tipo pro-attivo ("anticipatory regulation")^[57], in radicale controtendenza rispetto alla regolazione re-attiva di tipo tradizionale^[58], che al contempo dovrebbe tendere a formulare regolazioni che non risultino obsolete in breve tempo ("a prova di futuro")^[59]. In altre parole, lo "strategic foresight" può giustificare un intervento anticipato rispetto al verificarsi di un fallimento del mercato o della regolazione^[60]. Espressione di "visione strategica" sono i già menzionati *digital single market* e *green deal (twin transition)*^[61], obiettivi "politici" prioritari (e non frutto di una valutazione in termini, ad esempio, di fallimento del mercato o della regolazione)^[62], che non solo giustificano interventi di programmazione^[63] e di regolazione^[64], ma influenzano il contenuto regolatorio in tutti i settori. Ad esempio, l'assenza di impatto negativo sull'ambiente (*do not significant harm principle*) e la coerenza con il *digital by default principle*^[65] vanno valutate rispetto alle opzioni alternative nell'ambito di un'analisi preventiva di impatto della regolazione svolta in qualsiasi settore^[66].

3. Residualità come principio informatore del contenuto regolatorio

All'inizio di questo secolo, con l'affermarsi a livello europeo di una politica per la qualità delle regole^[67], l'attenzione si concentra anche sul contenuto delle regolazioni, non solo a rilevanza economica. Le regole dovrebbero in particolare essere necessarie, residuali ed adeguate (in risposta a un'esigenza di qualità sostanziale), coerenti, chiare e comprensibili (in quanto espressione di qualità in

senso formale)^[68].

Il principio di residualità sembra aver guidato anche l'approccio alle semplificazioni a livello nazionale (per cui “una regola interviene solo quando è indispensabile e se i benefici da ottenere sono superiori ai costi”)^[69] ed europeo (come declinato dalla direttiva servizi del 2006^[70] che ha subordinato le restrizioni all'accesso ai mercati alla sussistenza di specifici motivi imperativi di interesse generale)^[71].

Agli strumenti per l'attuazione di questa lettura ad ampio spettro già menzionati (istruttoria normativa e analisi di impatto della regolazione)^[72], si aggiungono i nuovi poteri di *advocacy* dell'Autorità garante della concorrenza: con riferimento agli atti amministrativi, l'art. 21 *bis* della legge 287/1990 presidia il principio di residualità, sia quanto ai confini dell'intervento pubblico sotto forma di regolazione (rispetto della libera concorrenza e del corretto funzionamento del mercato)^[73], che al contenuto (meno restrittivo possibile) della regolazione stessa. Gli ambiti in cui sperimentare questa impostazione del principio di residualità che guarda anche ai contenuti della regolazione sono particolarmente ampi, se si pensa alle numerose semplificazioni e liberalizzazioni previste dall'Agenda per la semplificazione 2020/2026^[74] e dalla legge annuale per la concorrenza^[75].

4. Come interpretare un moderno principio di residualità?

Crisi economiche, finanziarie, sociali, pandemia, conflitto armato hanno portato a un ritorno dello Stato. Al contempo, «*a causa della crisi del debito sovrano (...), gli apparati amministrativi dispongono di risorse sempre minori (...). Si tratta, insomma, di conciliare esigenze opposte: più e meno Stato, allo stesso tempo*»^[76], anche sotto forma di regolazione. Inoltre, attraverso la regolazione vengono affrontate nuove sfide legate agli obiettivi nodali della sostenibilità e della digitalizzazione.

Alla ricerca di un difficile equilibrio tra più e meno Stato, le giustificazioni dell'intervento pubblico in cui si declina un *moderno principio di residualità* restano attuali e contribuiscono a delineare i confini e la giustificazione dell'intervento. Oltre a fallimento del mercato, dello Stato, equità, precauzione, il principio di residualità si arricchisce di nuove specificazioni delle ipotesi che giustificano l'intervento pubblico sotto forma di regolazione (ad esempio, i *bias*

dei destinatari delle regole e dei regolatori) la cui rilevanza va comunque dimostrata per giustificare un intervento. Si afferma inoltre l'esigenza di una visione strategica, che non solo anticipi i problemi, ma sia anche in grado di definire obiettivi prioritari e trasversali (come la transizione digitale e verde). Al contempo, la residualità diventa anche principio informatore del miglioramento della qualità del contenuto regolatorio, in termini di disciplina idonea ad affrontare il problema che ne giustifica l'adozione, ma al contempo chiara e non eccessivamente gravosa: «*la mano del diritto, se non riesce ad essere invisibile, deve essere almeno leggera*»^[7].

1. S. Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 243.
2. L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. Brescia, L. Torchia, A. Zoppini, a cura di, *Metamorfosi del diritto delle società. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 69.
3. Sullo sviluppo storico dell'intervento pubblico dell'economia in Italia, M. Cafagno, F. Manganaro, *Unificazione e intervento pubblico nell'economia*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, p. 10 ss., vol. V di L. Ferrara e D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, Firenze, 2016.
4. G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2008, p. 1083 ss.
5. S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, VI ed., Roma-Bri, 2020, p. 402.
6. F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, 2021.
7. “Lo sforzo dei governi e dei legislatori nazionali, negli Stati Uniti come in Europa, non è ancora approdato all'adozione di discipline organiche, ma ha prodotto una molteplicità di proposte, di regolamenti e di indirizzi” (L. Torchia, *Lo Stato digitale, Una introduzione*, Il Mulino, 2023, p. 30).
8. Limitandoci ai lavori giuridici e senza pretesa di completezza si possono citare, tra i più recenti, G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022; W. Gasparri, *Miele e l'intervento pubblico nell'economia*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2022, p. 115; L. Casini, *Lo Stato (im)mortale*, Mondadori, 2022; M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 1, 2022, p. 1 ss.; S. Amoroso, *Note sulle regolazioni delle transizioni “economiche”*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2022.
9. G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, cit., p. 45-49. M. Passalacqua, *Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato «intervento» dello Stato nell'economia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1, 2021, p. 55 ss.

10. A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 751; G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2019, pp. 549 ss.
11. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, e al Comitato delle regioni dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 e Regolamento n. 2019/1999/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla Governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima. Sulle azioni per l'attuazione del *green deal* (energia, trasporti, industria, agricoltura, edilizia) e la loro attuazione a livello regionale e locale si veda European Committee of the Regions, *Implementing the European Green Deal. Handbook for local and regional Governments*, European Union, 2022; E. Bruti Liberati, *L'intervento pubblico nell'economia in tempo di crisi*, Intervento al IX convegno Internacional de Derecho Europeo- RIDE, Trento, 1° dicembre 2022.
12. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, e al Comitato delle regioni del 9 marzo 2021, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM (2021) 118.
13. Il PNRR costituisce espressione della «riappropriazione da parte dello Stato di un ruolo direttivo dell'economia» (B. Tonoletti, *L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2022, p. 43) ed esempio di una pianificazione economica generale di carattere indicativo (M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2022, p. 5 ss.), da attuare attraverso leggi di riforma, pianificazioni specifiche, miglioramenti organizzativi, rafforzamento degli organici, investimenti (M. Clarich, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corriere giuridico*, 8-9, 2021, p. 1030).
14. G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, cit., pp. 42-44.
15. D. Serrani, *Lo Stato finanziatore*, Franco Angeli, Milano, 1971.
16. G. Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 1994, pp. 77 ss.
17. G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei servizi pubblici*, 2, 1999, pp. 7 ss.
18. L'irrealizzabilità di tale alternativa, già in W. Röpke («*si nous désirons un marché libre, les conditions, les règles et les institutions doivent constituer un cadre d'autant plus solide. Laisser faire, certes, mais seulement à l'intérieur de ce cadre déterminé par une police du marché continue et intelligente*»), *La crise de notre temps*, Pétite bibliothèque Payot, Paris, 1962, p. 261) è ormai unanimemente riconosciuta. Come noto, l'idea che la concorrenza si sarebbe completamente sostituita alla regolazione pubblica se non in presenza di monopoli naturali si è ben presto rivelata irrealizzabile e, anzi, le “liberalizzazioni economiche” dell'accesso ai mercati sono state un moltiplicatore delle “regolazioni delle attività” che si sono rivelate tutt'altro che provvisorie (S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2000, p. 389 ss.).

19. G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, cit., p. 42.
20. Sul piano operativo, le liberalizzazioni europee dei servizi pubblici economici costituiscono attuazione del principio di residualità, quale giustificazione di un intervento di regolazione quando il mercato non offre risposte adeguate alle esigenze di interesse generale (art. 106, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). In questi ambiti, «*la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni*» (art. 106, comma 3). Similmente, il principio di sussidiarietà orizzontale come criterio di ripartizione di competenze tra enti locali e privati, giustifica un intervento dei primi quando i secondi non diano una risposta adeguata alle esigenze di interesse generale (art. 118, comma 4, Cost.).
21. L'impresa designata come *gatekeeper* in base ai criteri di cui all'art. 2 ("a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro) deve osservare una serie di obblighi (art. 5 e 6, Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2022/1925 del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828, Regolamento sui mercati digitali).
22. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2022/2065/UE del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali), introduce obblighi asimmetrici in capo alle piattaforme on line di dimensione molto grande, effettuando direttamente una valutazione del rischio.
23. G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, p. 120.
24. R. Lucifredi, *Metodi pratici per preparare buone leggi e favorirne la migliore applicazione*, in *Rivista trimestrale per la massima efficienza dell'azione amministrativa*, 1955, p. 6.
25. A.M. Sandulli, *A proposito della proposta fondazione di una «scienza della legislazione»*. *Conoscere per legiferare*, in *Il diritto dell'economia*, 1960, p. 977.
26. Come evidenziato dal d.P.C.M. 16 febbraio 2018 (Approvazione della guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione), l'analisi di impatto della regolazione «*se ben condotta è in grado di contenere l'ipertrofia regolatoria, (...) di evitare di introdurre norme inutili o, peggio, dannose*» (par. 4.2). Peraltro, l'analisi preventiva degli impatti è ora prevista anche per i decreti legge, che devono illustrare le esigenze e criticità della situazione attuale «*che motivano l'intervento*» (art. 10, comma 1, d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e a la consultazione).
27. Con riferimento al procedimento legislativo, il regolamento della Camera dispone che l'istruttoria prenda, tra l'altro, in considerazione la «*necessità dell'intervento legislativo, con riguardo alla possibilità di conseguire i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla*

- legge» (art. 79, comma 4).
28. Nel 2022, con una modifica al regolamento del Senato è stato introdotto il Comitato per la legislazione, laddove la Camera ha istituito un omologo comitato nel 1997. In base all'art. 20bis, comma 3, il Comitato esprime «*pareri sui disegni di legge discussi dall'Assemblea o dalle Commissioni in sede deliberante e sugli schemi di atti normativi del Governo*» su richiesta delle Commissioni. Inoltre, «*si esprime sulla valutazione d'impatto e sulla qualità dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente*» (art. 20bis, comma 5). Sembra dunque che potrebbe muoversi a presidio della residualità della legislazione.
 29. «*Il disordine normativo insidia la rule of law, intesa come supremazia della legge e del diritto e come buon livello di osservanza delle norme*» (M. D'Alberti, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, in M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017, p. 16).
 30. G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., p. 161.
 31. L. Lorenzoni, *Liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori e razionalizzazione dei controlli amministrativi sui privati: obiettivi inconciliabili?*, in *Munus*, 2, 2021, p. 307 e 309.
 32. Ne sono un esempio le previsioni che vanno dalla dichiarazione che è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato (art. 3, comma 1, d.l. n. 138/2011, «*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*», conv. con modificazioni dalla l. n. 148/2011), dichiarato incostituzionale nella parte in cui disponeva l'automatica soppressione delle norme in contrasto (Corte Cost., sentenza n. 200 del 2012). Un altro esempio è costituito dall'affermazione che ogni regime amministrativo deve essere giustificato da esigenze imperative di interesse generale; l'introduzione di una formula così generale ha comportato la sostanziale inattuazione e dunque l'esigenza di una ricognizione di queste ipotesi, richiesta nel 2011 (art. 34, comma 2, d.l. n. 201/2011, «*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*», conv. con modificazioni dall'art. 1, c. 1, l. n. 214/2011) e nuovamente nel 2020 (art. 15, d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120/2020).
 33. Per una ricostruzione, si veda H. Hovenkamp, *The invention of antitrust*, in *University of Pennsylvania, Institute for Law & Economic Research Paper*, 22-05, 2022.
 34. G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., p. 30.
 35. L. Von Mises, *Kritik des Interventionismus*, Jena, Gustav Fischer, 1929; trad. it. *I fallimenti dello Stato interventista*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1997, 261-263. R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding regulation. Theory, Strategies and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 68-77.
 36. “Cioè per modificare una distribuzione delle risorse considerata non accettabile dal decisore pubblico” (d.P.C.M. 16 febbraio 2018, cit., par. 5.1).

37. Il principio di è affermato a livello internazionale (Dichiarazione di Rio dell'ONU 1992), poi europeo (oggi trasfuso negli artt. 11 e 191 del TFUE) e nazionale (ad esempio, art. 301 Codice dell'ambiente). Sul principio di precauzione come giustificazione dell'intervento pubblico, European Commission, *Better Regulation Toolbox*, 2021, pp. 90-91).
38. R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding regulation. Theory, Strategies and Practice*, cit., p. 22-23.
39. R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, *Understanding regulation. Theory, Strategies and Practice*, cit., p. 202-295; R. Baldwin, M. Cave, *Taming the Corporation. How to regulate for success*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 104-109.
40. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale, del 21 maggio 2021, COM(2021) 206.
41. G. Finocchiaro, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, p. 1096.
42. Il titolare del trattamento gestisce e valuta la diversa probabilità e gravità dei rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche per poi introdurre «*misure tecniche e organizzative adeguate*» (art. 24, Regolamento n. 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE).
43. I fornitori di piattaforme di motori di ricerca *on line* di dimensioni molto grande sono tenuti ad effettuare regolarmente una valutazione dei rischi connessi ai servizi offerti in termini di gravità e probabilità, e ad adottare conseguenti misure di mitigazione (art. 34 e 35, Regolamento n. 2022/2065/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, cit.).
44. R. Baldwin and M. Cave, *Taming the corporation. How to regulate for success*, cit., p. 109 ss.; C. Coglianese, *Regulating New Tech: Problems, Pathways, and People*, *TechReg Chronicle*, 12, 2021.
45. L. Allio e N. Rangone, *Agencies regulating risks*, in M. Maggetti, F. Di Mascio, A. Natalini (a cura di), *The Handbook on Regulatory Authorities*, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 165.
46. R. Baldwin and M. Cave, *Taming the corporation. How to regulate for success*, cit., pp. 109 ss. «*without foresight, regulators are vulnerable to ill-timed or disproportionate interventions that may fail to maximize the potential of new ideas, products and business models or mitigate risks to citizens and the environment*» (World Economic Forum, *Agile Regulation for the Fourth Industrial Revolution. A toolkit for regulators*, cit., p. 9). La delicatezza del compito di regolare (quando necessario) l'innovazione ha portato a delineare uno strumento specifico, espressione di regolazione "agile" e finalizzata a un "visione strategica": la "regulatory sandbox", per testare prodotti, servizi, ma anche regole, in ambiente controllato (pochi utilizzatori/destinatari) e sotto il controllo pubblico (tra i molti contributi sul tema, cfr. H.J. Allen, *Regulatory sandboxes*, in *Geo. Wash. Law*

- Review*, vol. 87, 2019, p. 579 ss.; S. Ranchordas, *Experimental regulation and regulatory sandboxes: law without order?*, in *Law & Method*, 2021).
47. R. Bubb e R.H. Pildes, *How Behavioural Economics Trims Its Sails and Why*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014, 1603. Altri ritengono che la rilevazione di limiti comportamentali non costituirebbe un fallimento del mercato in sé e un intervento pubblico sarebbe giustificato solo se questi limiti fossero così diffusi da portare una regolazione al fallimento (F. Di Porto e N. Rangone, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Policymakers*, A. Alemanno and A.-L. Sibony (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective?*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 32).
48. «*Behavioural bias influence our decision-making process in a non-rational way, e.g. consumers act on incomplete or incorrect information or on the basis of nontraditional economic considerations*» (European Commission, *Better Regulation Toolbox*, 2021, pp. 90-91, corsivo aggiunto, che dimostra come la Commissione si muova ancora nell'orbita della teoria della perfetta razionalità). È stato un lungo cammino, se pensiamo che il Nobel a Herbert Simon per i suoi studi sulla *bounded rationality* risale al 1978 e i lavori di Sunstein e Thaler che ne traggono conseguenze in termini di regolazione sono del 2008. E' dunque un po' paradossale se solo nel 2021 la Commissione europea definisce i "behavioural insight" come "metodo emergente" di *better regulation* (European Commission, *Better Regulation Toolbox*, cit., p. 593; così anche OECD, *Regulatory Policy Outlook 2021*, Parigi, 2021, cap. 1 "regulatory policy 2.0").
49. «*Le ragioni per intervenire possono dipendere: (...) da problemi generati dalle limitazioni cognitive dei regolati che vengono esacerbati, o comunque non limitati dal mercato*» (d.P.C.M. del 16 febbraio 2018, cit., par. 5.1).
50. Art. 22, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.
51. La direttiva è stata adottata sulla base di una *review* della letteratura che ha evidenziato che, a causa dello *status quo bias*, i consumatori tendono ad acquistare servizi accessori non voluti (European Commission, *Better Regulation Toolbox*, cit., p. 600).
52. «*I fornitori di piattaforme online non progettano, organizzano o gestiscono le loro interfacce online in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate*» (art. 25, Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2022/2065/UE, cit.).
53. M.E. Levine e J.L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, in *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 6, n. 0, 1990, p. 167 ss.
54. Per una sintesi M. De Benedetto, G. Corso, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo*, cit., p. 202-204; oltre ai riferimenti bibliografici ivi contenuti si veda N. Rangone, *Improving consultation to ensure the European Union's democratic legitimacy. From traditional procedural requirements to behavioural insight*, in *European Law Journal*, 2022, p. 1-18; R. Baldwin, M. Cave, *Taming the Corporation. How to regulate for success*,

- cit., 2021, p. 201-205 (che descrivono i “cognitive failings” come all’origine di “regulatory disasters”, p. 194).
55. La Commissione von der Leyen ha affidato al Vice-President Šefčovič il compito di introdurre lo *strategic foresight* come elemento da considerare negli interventi europei. La prima relazione di previsione strategica viene adottata nel 2020: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 9 settembre 2020, Previsione strategica: tracciare la rotta verso un’Europa più resiliente, COM(2020)493.
 56. European Commission, *Better regulation toolbox*, cit., TOOL#20.
 57. World Economic Forum, *Agile Regulation for the Fourth Industrial Revolution. A Toolkit for Regulators*, Coligny/Geneva, 2020, p. 9.
 58. «*Law operates more comfortably in retrospect, when a risk has been realised, when it can react to the certitudes of things past rather than seek to anticipate what might happen in future*» (K. Hawkins, *Law as last resort. Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 438).
 59. Uno degli approcci per adottare “agile and future-proof regulation” consiste nel: «*1. developing or adapting governance frameworks and regulatory approaches so that they are forward-looking by developing institutional capacity and assigning clear mandates accordingly, conducting systematic and co-ordinated horizon scanning and scenario analysis, anticipating and monitoring the regulatory implications of high-impact innovations, and fostering continuous learning and adaptation. 2. Developing more outcome-focused regulatory approaches to enable innovation to thrive by harnessing the opportunities offered by digital technologies and big data. 3. Harnessing, under the condition that corresponding outcomes can be appropriately monitored, the opportunities provided by non-legally binding approaches either as an alternative or as a complement to other regulatory instruments. 4. Enabling greater experimentation, testing, and trialling to stimulate innovation under regulatory supervision*» (OECD, *Recommendation of the Council for agile regulatory governance to harness innovation*, 6 ottobre 2021).
 60. Sul *regulating for future needs*, si veda R. Baldwin, M. Cave, *Taming the Corporation. How to regulate for success*, cit., p. 217.
 61. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 29 giugno 2022, *Relazione di previsione strategica 2022. Abbinamento tra transizione verde e transizione digitale nel nuovo contesto geopolitico*, COM(2022)289.
 62. «*The digital single market and the green deal have been presented as political priorities rather than results of the application of better regulation principles. I am not saying that these are wrong priorities – not at all. But better regulation reasoning could have assisted. As set of principles, better regulation could have been used to test the assumptions of the high-level strategies for change. Here are some examples. (...) The Commission argues that the EU must reach the goal of 25% of agricultural land dedicated to organic farming. Good, but how will the costs and benefits of this commitment fall on different categories of firms and sectors?*» (C. Radaelli, *The state of play of better regulation strategy of the European Commission*, in *EUI School of transnational governance policy papers*, 6, 2021).

63. Si pensi al Piano nazionale di ripresa e resilienza, che reca «*un rinnovato, forte, protagonismo dei pubblici poteri europei e nazionali nel sistema della produzione economica, identificato dal nuovo sintagma dello sviluppo sostenibile [i progetti in tema di Digital transition e Green new deal assorbono la più gran parte degli investimenti europei], vero e proprio programma di politiche industriali e produttive foriere di nuovi equilibri nelle relazioni tra mercato, istituzioni statali ed intervento pubblico nell'economia*» (F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, p. 6).
64. E. Chiti (*Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Mark. Law Rev.*, 59, 2022, p. 36) definisce l'European Green Deal come «*a regulatory process which enriches the traditional goals of the EU substantive constitution, opens the way to a model of policymaking that implies the balancing of different public interests by political and administrative institutions, and introduces the new objective of sustainability of ecosystems rather than growth and markets*».
65. In attuazione della comunicazione della Commissione UE, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, cit.
66. Commissione europea, *Better regulation guidelines*, SDW (2021) 305, p. 32 e 35.
67. Se già a partire dal 1992, in occasione del Consiglio europeo di Edimburgo, si comincia a parlare di esigenza di migliorare la qualità della regolazione europea, è solo dieci anni dopo, con il rapporto Manderlkern del 2001 (dal nome del presidente di un gruppo di esperti rappresentanti dei quindici Stati membri e la Commissione europea delegati dal Consiglio alla definizione, tra l'altro, di «*a common method of evaluating the quality of regulation*») che si afferma una vera e propria politica di riforma della regolazione (C.A. Dunlop e C.M. Radaelli, *Better regulation in the European Union*, in M. Maggetti, F. Di Mascio, A. Natalini, a cura di, *The Handbook on Regulatory Authorities*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-UK, Northampton-MA, USA, 2022, p. 303 ss.).
68. Cons. St. ad gen. 25 ottobre 2004, n. 10548, Schema di decreto legislativo recante il «Codice dei diritti di proprietà industriale», ai sensi dell'art. 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273. Sul punto M. de Benedetto e N. Rangone, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2019, p. 754.
69. «*La nuova fase di semplificazione delle procedure avviata dalla legge n. 50 del 1999 mira a svincolare la cultura della semplificazione da una considerazione eminentemente giuridica e burocratica e a cogliere la valenza economica del processo di semplificazione nel più generale contesto della riforma della regolazione*». Dunque, la semplificazione non può essere scissa dall'obiettivo della qualità della normazione, che «*implica sia coerenza e chiarezza da un punto di vista giuridico-formale (regole leggibili sia per gli operatori che per i cittadini) che essenzialità e minore onerosità da un punto di vista economico-sostanziale (una regola interviene solo quando è indispensabile e se i benefici da ottenere sono superiori ai costi)*» (Cons. Stato, adunanza generale 25 ottobre 2004, 10548, cit.).
70. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2006/123/Ce del 12 dicembre 2006,

relativa ai servizi nel mercato interno.

71. Art. 8, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 59/2010 (Attuazione della dir. 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno). Regimi «*autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità*» (art. 14, d.lgs. 59/2010, cit.).
72. L'analisi d'impatto concretizza il principio di residualità là dove impone sempre la ponderazione tra le opzioni di regolazione e quella di non intervento, consentendo di individuare la regola più adeguata e meno invasiva in risposta a specifiche esigenze di regolazione (M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 68 ss.).
73. Anche quando si tratti di concorrenza “per” il mercato. Con riferimento alla proroga senza gara delle concessioni ad uso turistico balneare si veda, di recente, Cons. St. sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192. Con riferimento ai servizi pubblici locali, in caso di affidamento senza gara, l'Autorità per la concorrenza e del mercato potrebbe fare uso dell'art. 21bis e inviare il parere motivato (per poi eventualmente agire in giudizio), durante i 60 giorni di *standstill* dalla pubblicazione della delibera di affidamento in house nel sito dell'ANAC alla stipula del contratto di servizio, qualora non ritenga adeguata la motivazione del mancato ricorso al mercato o i benefici dell'affidamento diretto in termini di tutela dell'ambiente (art. 17, comma 3, d.lgs. n. 201/2022, Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica).
74. «*Il PNRR ha definito l'ambizioso traguardo di 200 procedure semplificate e reingegnerizzate entro la fine del 2024 e 600 entro il 2026*» (Agenda per la semplificazione 2020/2026, aggiornamento del marzo 2022, p. 3).
75. L'art. 26 delega il governo alla «*ricognizione, la semplificazione e l'individuazione delle attività oggetto di procedimento di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso nonché di quelle per le quali è necessario il titolo espresso o è sufficiente una comunicazione preventiva*» e l'art. 27 alla riforma dei controlli (l. n. 118/2022, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021).
76. N. Lupo, call for panel and papers, I-CONS, *Il futuro dello Stato*, Bologna, 16-17 settembre 2022.
77. M. Ramajoli, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. Dir.*, I tematici, III-2022, *Funzioni amministrative*, diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli) citando W. Röpke, *La crise de notre temps*.

Sfide attuali e prospettive future della giustizia amministrativa: un'introduzione

Claudio Franchini

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-15

Si tratta dell'intervento introduttivo alla Tavola rotonda nel quale si delineano alcuni degli aspetti che hanno caratterizzato il percorso di perfezionamento compiuto dalla giustizia amministrativa nella prospettiva di affrontare una nuova sfida: quella di continuare ad assicurare un rapporto equilibrato tra interessi privati e pubblici pur in presenza, da una parte, di trasformazioni ampie e significative e, dall'altra, di strumenti giustiziali che si stanno evolvendo verso forme ibride e diverse dai modelli originari.

Current challenges and future perspectives of administrative justice: an introduction

This is the introductory speech to the Round Table which outlines some of the aspects that have characterized the progress made by administrative justice with a view to tackling a new challenge: that of continuing to ensure a balanced relationship between private and public interests even in the presence of, on the one hand, extensive and significant transformations and, on the other, judicial instruments that are evolving towards hybrid forms, different from the original models.

Sommario. 1. Riflessioni introduttive.- 2. Il percorso compiuto.- 3. Le criticità attuali e le prospettive.

1. Riflessioni introduttive^[1]

Dalla istituzione del sistema di giustizia amministrativa alla fine dell'800 fino a oggi, il Giudice amministrativo ha dimostrato di possedere straordinarie capacità di cambiamento e di adattamento di fronte ai diversi avvenimenti politici, sociali ed economici che hanno contraddistinto la storia del nostro Paese. Nel corso

degli anni, ha garantito la tradizione e assicurato l'innovazione: per un verso, ha dato effettiva continuità alla propria azione, pur in diversi contesti, e, per l'altro, ha ampliato progressivamente le funzioni. Così facendo, ha assicurato alla collettività uno strumento formidabile sia di tutela nei confronti dell'azione amministrativa, sia di ausilio alle pubbliche amministrazioni.

Il tempo ha così confermato quel carattere – evidenziato da Santi Romano già in occasione delle celebrazioni del Centenario della istituzione del Consiglio di Stato nel 1931 – “perenne e universale” del Giudice amministrativo, inteso quale istituzione che “si è dimostrata necessaria in ogni tempo e in ogni regime”, in virtù della “intima unità delle sue attribuzioni”.

2. Il percorso compiuto

È noto a tutti il lungo percorso di perfezionamento che ha compiuto la giustizia amministrativa. Il Consiglio di Stato, prima, e i Tribunali amministrativi regionali, poi, ne sono stati i maggiori artefici. Si sono fatti interpreti dei più rilevanti cambiamenti della realtà amministrativa e hanno dimostrato di saperli cogliere e, talvolta, addirittura di saperli anticipare, soprattutto nei momenti di transizione (come, ad esempio, quello attuale, in cui si assiste al passaggio in campo economico e sociale dalla adozione di “misure di emergenza” alla adozione di “misure di rilancio”).

Di questo percorso vanno segnalati almeno tre aspetti.

Primo: la risposta alla domanda di giustizia si è rivelata sempre più efficace grazie alla continua ricerca di forme di tutela adeguate alle istanze emergenti. Queste sovente hanno consentito di sopperire a vere e proprie lacune normative, sviluppando i diritti di partecipazione e le possibilità di difesa dei cittadini. Tutto ciò è stato reso possibile dal progressivo ampliamento dei poteri del Giudice amministrativo, spesso peraltro espressione di orientamenti giurisprudenziali più che di precise scelte del legislatore. Dall'obiettivo dell'effettività e della pienezza della tutela si è così passati gradualmente a quello della integrale satisfattività della pretesa della parte, trovando un punto di equilibrio tra quest'ultima e il rispetto dei limiti della discrezionalità amministrativa.

Secondo: attraverso l'esercizio della funzione consultiva, vi è stato un notevole ampliamento degli strumenti di tutela dei cittadini. Il Consiglio di Stato, oltre a

fornire consulenza alle pubbliche amministrazioni per singoli atti, persino di natura gestionale, ha svolto un ruolo preminente nella giustizia “all’interno dell’amministrazione”. Se ne può dedurre che il Giudice amministrativo si trova a espletare, seppur implicitamente, una vera e propria funzione di ordine e di disciplina delle attività delle pubbliche istituzioni, che cerca di indirizzare, con un effetto conformativo e di indirizzo.

Terzo: vi è stato – e questo è l’aspetto più peculiare – un contributo elevato alla individuazione di nozioni, istituti e regole generali del diritto amministrativo. Il Giudice amministrativo ha svolto un ruolo fondamentale nella formazione del sistema amministrativo: tutta la disciplina degli elementi della pubblica amministrazione – dalle funzioni all’organizzazione, dal personale alla finanza, dai beni al procedimento – si ispira ai principi sanciti nella giurisprudenza amministrativa e tutti gli ambiti di intervento – da quelli che attengono ai nuovi diritti civili e sociali sino a quelli che riguardano l’economia – ne vengono influenzati. In proposito è sufficiente ricordare che – come è stato evidenziato da ultimo nella Relazione del Presidente del Consiglio di Stato sull’attività della giustizia amministrativa per l’anno 2021 e nella Relazione del Presidente del Tribunale amministrativo regionale del Lazio sull’attività svolta nell’anno 2021 - negli ultimi mesi il Giudice amministrativo è intervenuto, tra l’altro, in materia di salute (si pensi alle pronunce sull’obbligo vaccinale, sul green pass, sulla didattica nelle scuole), di governo del territorio, del paesaggio e dell’ambiente (basti ricordare le vicende dell’ILVA), di regolazione del mercato e della concorrenza (tra le tante sentenze, spiccano quelle sulle concessioni demaniali), di effettività della tutela (ad esempio, sull’affidamento in caso di annullamento di atti favorevoli), nonché di sicurezza e di prevenzione dell’infiltrazione criminale nell’economia (su tutte, le numerose pronunce in tema di informativa antimafia). Questo potere creativo si è affermato perché il Giudice amministrativo non si limita a verificare se l’attività delle autorità pubbliche è conforme al parametro definito dalle leggi, ma fa molto di più: utilizza i principi generali che attengono all’imparzialità, al buon andamento, alla ragionevolezza, alla congruenza, alla proporzionalità e alla giustizia, individua le norme che devono essere applicate al caso concreto ed elabora modelli che possono essere adattati ad altre fattispecie. In questo modo, viene a limitare quella sovranità che le pubbliche amministrazioni acquisiscono inevitabilmente in conseguenza dell’eccesso, del

disordine e dell'incongruenza della legislazione, oggi oltretutto diversificata per tipo e provenienza, derivandone la possibilità di moltiplicare le proprie scelte.

3. Le criticità attuali e le prospettive

Sappiamo tutti che l'esistenza di un sistema di giustizia amministrativa efficiente è una condizione essenziale per l'affermazione dei principi di libertà e di democrazia. Sul punto, il contributo offerto dal Giudice amministrativo è stato determinante. Con le proprie decisioni e i propri pareri, il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi regionali garantiscono i fondamenti dell'apparato amministrativo dello Stato, sviluppandone le potenzialità insite nei principi costituzionali e nei valori europei, agevolano l'attuazione e l'accelerazione dei cambiamenti, costituiscono un fattore di sviluppo e di modernizzazione del Paese, ne accompagnano e modellano i processi di trasformazione.

Il cammino da percorrere, però, non è ancora giunto a termine. L'obiettivo di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione non può dirsi ancora completamente raggiunto, perché vi sono tuttora alcune situazioni che rimangono sprovviste di sufficienti garanzie.

In tale prospettiva, oggi il Giudice amministrativo si trova di fronte a una nuova sfida: quella di continuare ad assicurare un rapporto equilibrato tra interessi privati e pubblici pur in presenza, da una parte, di trasformazioni ampie e significative e, dall'altra, di strumenti giustiziali che si stanno evolvendo verso forme ibride e diverse dai modelli originari.

Sia consentito in proposito fare un breve riferimento a due aspetti che risultano emblematici.

Il primo è il fenomeno di quel contenzioso, peraltro quantitativamente elevato, che è espressione di una domanda di giustizia la quale, in molti casi, va al di là della mera fisiologia. Mi riferisco ai riti speciali del silenzio e dell'ottemperanza. L'elemento comune alle due azioni giudiziarie è di essere dirette a rimediare all'inerzia amministrativa (nel caso dell'ottemperanza addirittura in presenza di una sentenza da eseguire). Se si esaminano le statistiche che riguardano questi riti, emerge che negli ultimi tempi si è verificato un forte aumento di ricorsi (attualmente sono pari a circa il 20 per cento del totale). Il dato risulta ancor più significativo ove si consideri che, piuttosto spesso, la mera proposizione del

ricorso avverso il silenzio o l'ordinanza interlocutoria adottata in corso di giudizio permette di rimuovere il problema. Si aggiunga inoltre che molto frequentemente le sentenze che definiscono queste tipologie di giudizio non consentono l'immediato e diretto soddisfacimento della pretesa azionata: nei giudizi avverso il silenzio la tutela giurisdizionale non può essere, per definizione, piena, se non in ipotesi molto limitate, in quanto il giudice può solo dichiarare l'obbligo di pronuncia dell'autorità amministrativa, mentre nei giudizi di ottemperanza risulta sovente necessario disporre la nomina di un commissario, con difficoltà operative e costi aggiuntivi. È veramente intollerabile che l'inerzia, oltretutto spesso intenzionale, risulti la prima e principale ragione di freno dell'attività amministrativa e comporti, di conseguenza, la necessità di rivolgersi al giudice.

L'altro problema riguarda la tutela cautelare, sotto due diversi profili. In primo luogo, quest'ultima risulta spesso utilizzata in modo improprio, in quanto viene azionata essenzialmente per esporre al giudice le ragioni che rendono opportuna una rapida fissazione dell'udienza di merito, non ritenendosi sufficiente la proposizione della sola istanza di prelievo: basta ricordare in proposito che oltre il 60 per cento dei ricorsi contiene richieste di tutela interinale e che di queste poco meno del 60 per cento viene abbandonato o rigettato. In secondo luogo, considerato che in molti casi le ordinanze vengono motivate in modo articolato, con esaustiva trattazione anche delle questioni di merito, c'è da chiedersi se, in ragione dell'opportunità di favorire la celerità delle decisioni, non si potrebbe utilizzare più di frequente lo strumento della sentenza in forma semplificata, soprattutto nelle ipotesi di accoglimento, per le quali vige l'obbligo di fissare contestualmente l'udienza di discussione.

Su questi e sugli altri profili attuali della giustizia amministrativa, però, è bene sentire l'opinione degli illustri Colleghi che da molti anni si dedicano allo studio di queste tematiche e le praticano nelle aule di giustizia.

1. Si tratta della versione scritta dell'intervento presentato alla tavola rotonda "Pubblica Amministrazione e giustizia amministrativa in Italia. Sfide attuali e prospettive future" tenutasi il 15.12.2022, presso l'Università degli Studi di Milano, in occasione dell'Incontro di studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022).

Brevi considerazioni sul dialogo tra le Corti alla luce di alcune recenti riforme processuali

Antonio Barone

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-30

Il saggio sviluppa alcune brevi riflessioni critiche sul dialogo tra corti nazionali e corti sovranazionali, con particolare riferimento alla Corte di Giustizia Europea ed alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, alla luce di alcune recenti riforme processuali.

Briefs notes on the dialogue between Courts in light of recent procedural reforms

The paper develops brief critical reflections on the dialogue between national and supranational courts, with particular reference to the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, in light of recent procedural reforms.

Sommario. 1. Le stagioni della nomofilachia.- 2. La nomofilachia “oltre i confini”.- 3. La risoluzione dei contrasti fra giudicati concorrenti.

1. Le stagioni della nomofilachia

È stata recentemente evidenziata la pluralità delle “stagioni” della nomofilachia^[1]: dalla prima, quella della “creazione giurisprudenziale”, alla più recente, la stagione della “incertezza”, della nomofilachia “oltre i confini”^[2]. Nell’economia di questo breve intervento, proverò a sviluppare alcune brevi riflessioni critiche sul dialogo tra corti nazionali e corti sovranazionali, con particolare riferimento alla Corte di Giustizia Europea ed alla Corte Europea dei diritti dell’Uomo.

La vincolata adesione degli Stati membri all’unità dell’ordinamento europeo può essere apprezzata soprattutto sul fronte giurisdizionale, anche in relazione all’obbligo di rispettare ed assecondare la funzione nomofilattica della Corte di giustizia, le cui sentenze hanno valore di vero e proprio precedente “legislativo”

per tutti i soggetti giuridici dell'Unione Europea (Stati, enti pubblici, enti privati, persone fisiche) ^[3].

La “co-giurisdizione” ^[4] assicura originali percorsi di unità dell'ordinamento europeo e si sviluppa anche attraverso l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che da iniziativa discrezionale del giudice nazionale si trasforma in obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo qualora la questione interpretativa del diritto europeo si ponga davanti ad una giurisdizione nazionale di ultima istanza ^[5].

L'organizzazione della funzione nomofilattica della Corte di giustizia è stata strutturata in via pretoria dalla stessa Corte attraverso un vero e proprio *network*, un meccanismo reticolare i cui nodi sono costituiti anche dai giudici nazionali di primo grado, i quali dialogano direttamente con la Corte del Lussemburgo indipendentemente dai loro rapporti con i giudici nazionali di ultima istanza. La nomofilachia europea si realizza quindi attraverso un dialogo tra Corti che non coinvolge esclusivamente le Corti “supreme”, essendo alimentato anche dai giudici locali, talora addirittura aprendosi alle amministrazioni nazionali (sentenze *Kühne & Heitz e Kempter*) ^[6].

Inoltre, con le sentenze *Interedil*, *Fastweb* e *Puligienica*, la Corte di giustizia ha riconosciuto una sorta di “diritto di ribellione” del giudice nazionale ai vincoli derivanti dall'ordinamento interno (art. 382 c.p.c., art. 99 c.p.a.), con l'avvio di una interlocuzione diretta con la Corte tutte le volte in cui il giudice nazionale “locale” dubiti della conformità dell'interpretazione del giudice nazionale di ultima istanza col diritto europeo ^[7].

Si tratta di tematiche ormai note agli studiosi, che tuttavia consentono di analizzare criticamente talune rilevanti vicende più recenti.

2. La nomofilachia “oltre i confini”

Si prenda il caso, ad esempio, della *vexata questio* delle c.d. concessioni balneari, che tanto ha attirato l'attenzione della dottrina amministrativistica. Se da un lato, infatti, le decisioni “gemelle” dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18/2021 sembrano ascrivere alla stagione della “creazione giurisprudenziale”, dall'altro un giudice amministrativo locale (il TAR Lecce, I sez., con la nota ordinanza n. 743/2022) non ha inteso seguire la raffinata

interpretazione del diritto europeo ivi formulata, così procedendo ad un autonomo rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia^[8]. La decisione del giudice amministrativo pugliese di primo grado è stato oggetto di critiche, che vanno però ridimensionate nella prospettiva delle peculiarità organizzative del *network* della nomofilachia europea, alimentato anche (e soprattutto) “dal basso”, senza le rigidità di meccanismi verticistici di tipo *top-down*^[9].

Adirittura, questo modello del dialogo diretto tra giudice locale e giudice di ultima istanza ha costituito il modello del nuovo istituto del rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di Cassazione per la risoluzione di una questione di diritto, ai sensi della recente introduzione dell’art. 363-bis c.p.c. Il nuovo istituto, tuttavia, non sembra utilizzabile anche da parte del giudice amministrativo, pur a fronte dell’ampia formulazione della disposizione codicistica, che non chiarisce quali giudici “di merito” siano legittimati a proporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione.

Nella stagione della nomofilachia “oltre i confini”, il pluralismo delle Corti si inverte anche attraverso il ruolo della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Sebbene l’entrata in vigore del Protocollo n. 16 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo apra inediti scenari di confronto fra Corte europea dei diritti dell’uomo e supremi giudici nazionali^[10], non v’è dubbio che nell’ambito del sistema di diritto internazionale pattizio della CEDU manchino meccanismi anche solo lontanamente analoghi alla preminenza ed alla diretta applicabilità del diritto dell’Unione, così come al rinvio pregiudiziale, strumento principe della co-giurisdizione^[11].

La relazione fra giurisdizioni nazionali e Corte europea dei diritti dell’uomo può essere analizzata soprattutto sotto il profilo del rapporto fra giudicati concorrenti, posto che il ricorso alla Corte di Strasburgo presuppone che la vicenda processuale interna si sia esaurita.

3. La risoluzione dei contrasti fra giudicati concorrenti

Il tema della cedevolezza del giudicato amministrativo contrastante con una sentenza del giudice di Strasburgo è stato al centro della decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2015^[12], che ha rimesso la questione alla Corte costituzionale anche in considerazione della sentenza del 7 aprile 2011, n. 113

della stessa Corte, relativa al processo penale. Con la sentenza 26 maggio 2017, n. 123, tuttavia, la Corte costituzionale ha negato la possibilità di una ipotesi straordinaria di revocazione, optando per la non estensibilità delle argomentazioni della richiamata sentenza n. 113/2011 ai processi civile e amministrativo, nell'ambito dei quali non entrerebbe in gioco la libertà personale e si porrebbe altresì la questione della tutela delle altre parti del processo ⁽¹³⁾.

Questa opzione interpretativa, con la quale la Corte costituzionale ha “salvato” il giudicato nazionale, va oggi rivista alla luce della recente introduzione dell'art. 391-quater c.p.c., che disciplina proprio i casi di revocazione per contrarietà alla CEDU.

La novella legislativa pone la questione del mancato rinvio dell'art. 104 CPA all'art. 391-quater c.p.c., non essendo a mio avviso sufficiente fondare una estensione delle nuove ipotesi revocatorie al processo amministrativo sulla base del solo rinvio esterno al codice di procedura civile operato dall'art. 39 CPA. La mancata operatività nel sistema processuale amministrativo del nuovo istituto della revocazione per contrarietà alla CEDU pone anche profili di legittimità costituzionale difficilmente eludibili, non essendo riproponibili ai rapporti tra processo civile e processo amministrativo le tesi già sviluppate dalla Corte costituzionale con la sentenza 26 maggio 2017, n. 123.

Peraltro, se viene meno il parallelismo tra intangibilità del giudicato anticomunitario e intangibilità del giudicato anti-CEDU ⁽¹⁴⁾, è difficile scorgere le ragioni per non riconsiderare anche il tema della revocazione nei casi di giudicato nazionale in contrasto col diritto UE: *simul stabunt, simul cadent*.

Siamo alle porte di una nuova stagione della nomofilachia? L'impressione è piuttosto che oggi tendano a coesistere i caratteri di tutte le stagioni precedenti: la creazione giurisprudenziale (decisioni della Plenaria nn. 17 e 18 del 2021), l'incertezza (con la “ribellione” del giudice “locale” rispetto alle indicazioni della Plenaria in materia di concessioni balnearii giudizi nazionali di ultima istanza) ed infine la stagione della nomofilachia “oltre i confini”, oggi arricchita dai nuovi istituti processualcivilistici che, tuttavia, non sembrano al momento poter avere un ruolo nel sistema di giustizia amministrativa.

Concludo con due espressioni tratte dal titolo di questa bella tavola rotonda organizzata dagli amici Diana-Urania Galetta e Gabriele Bottino: il tema della nomofilachia europea costituisce sia una “sfida attuale” che una “prospettiva

futura” per gli studiosi del diritto amministrativo.

1. Si tratta della versione scritta dell'intervento presentato alla tavola rotonda “Pubblica Amministrazione e giustizia amministrativa in Italia. Sfide attuali e prospettive future” tenutasi il 15.12.2022, presso l'Università degli Studi di Milano, in occasione dell'Incontro di studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022).
2. A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2015, 345 ss.
3. Così E. Picozza, *Introduzione al Diritto Amministrativo*, CEDAM, Padova 2006, 40.
4. L'espressione “co-giurisdizione” è utilizzata da E. Picozza, *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in *Id.* (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, 3-4.
5. Come evidenziato da D.U. Galetta, nella *Introduzione generale* al volume dalla stessa curato *Diritto amministrativo nell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2020, «[...] Attraverso, infatti, il meccanismo dell'interpretazione conforme del diritto (amministrativo nazionale), per adattarlo alle esigenze poste dal principio di effettività del diritto UE vigente, si producono talora cambiamenti più rilevanti che non per il tramite dell'effetto diretto di norme UE. Un esempio evidente è rappresentato dalla nozione di organismo di diritto pubblico [...]. Lo stesso vale, tuttavia, per molti istituti del diritto processuale (amministrativo) nazionale, che sono stati travolti (o stravolti!) per fare fronte all'esigenza di garantire la effettività del diritto UE sostanziale [...]».
6. Corte giust., Sez. I, 13 gennaio 2004, causa 453/00, Kühne & Heitz; C. giust. UE, Grande sezione, 12 febbraio 2008, causa 2/06, Kempter. Su questi profili sia consentito il rinvio ad A. Barone, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Cacucci, Bari, 2008, 149 ss.
7. L'espressione “diritto di ribellione” è ripresa da A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, cit. Invero, nel caso della sentenza *Fastweb* (4 luglio 2013, causa 100/12) è stato il Tar Torino ad attivare il rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo, in aperto dissenso rispetto con le posizioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Sebbene l'art. 99 c.p.a. non individui alcun vincolo di tipo “verticale”, la vicenda si segnala per la “libertà” del giudice locale nel dialogare direttamente con la Corte di giustizia in difformità rispetto alle posizioni della Plenaria. Nel caso della sentenza *Puligienica* (5 aprile 2016, causa 689/13), invece, è stato il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana a dialogare direttamente con la Corte di giustizia europea (attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale) anche in questo caso sul presupposto della mancata condivisione dell'interpretazione del diritto europeo fornita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Infine, nel caso della sentenza *Interedil* (20 ottobre 2011, causa 396/09), la Corte d'appello napoletana ha addirittura superato il vincolo dell'art. 382 c.p.c. dialogando direttamente con la Corte di giustizia.
8. Ex multis, cfr. i saggi pubblicati sulla rivista on-line *Giustiziainsime.it*: M.A. Sandulli, *Sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, 2, 2022; F. Francario, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0. secondo*

- l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 1, 2022; E. Zampetti, Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S. (nota a Cgars, 24 gennaio 2022 n. 116), 1, 2022; E. Cannizzaro, Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen., 12, 2021; R. Dipace, All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, 7, 2021. Al tema è stato anche dedicato un numero speciale della Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021: "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria", con scritti di M.A. Sandulli, F. Ferraro, G. Morbidelli, M. Gola, R. Dipace, M. Calabrò, E. Lamarque, R. Rolli - D. Sammarro, E. Zampetti, G. Iacovone, M. Ragusa, P. Otranto, B. Caravita di Toritto - G. Carlomagno.
9. Si condivide la lettura critica sviluppata, su altri profili, da R. Dipace, *Concessioni "balneari" e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia, Giustiziainsime.it*, 14/10/2022.
 10. M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto da protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al Giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
 11. Sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema italiano di diritto amministrativo v. C.E. Gallo, *La Convenzione Europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 509-515; G. Greco, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in Id., *Argomenti di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2008, 265 ss.; M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 187-268.
 12. Cons. Stato, ad. plen., 4 marzo 2015, n. 2. E. Grillo, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 194 ss.
 13. Sul punto si rinvia ad A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 642-665; F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicati*, in *Federalismi.it*, n. 13, 28 giugno 2017; A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1260 ss.; E. D'Alessandro, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2017, 2186-2191; R.G. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi non penali dopo Corte Cost. n. 123 del 2017*, in *www.giurcost.it*; A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sentenza n. 123 del 2017 della Corte Costituzionale)*, in *www.osservatorioaic.it*.
 14. Su questi profili sia consentito in rinvio al mio *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 557 ss.

Sfide presenti e future della giustizia amministrativa italiana

Fulvio Cortese

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-29

Negli ultimi anni il sistema italiano delle tutele giurisdizionali nei confronti della pubblica amministrazione ha sperimentato importanti trasformazioni. Alcune sono collegate all'emergenza pandemica. Altre riguardano la necessità di ottimizzare la capacità del giudice amministrativo di decidere le controversie. Il presente contributo sottolinea come queste sperimentazioni siano sintomo di cambiamenti di più ampio respiro. In particolare, si tratta di mutamenti nei quali emerge l'importanza di specifici fattori organizzativi e del rinnovamento delle competenze tecniche idonee ad affiancare l'attività del giudice.

Present and future challenges of Italian administrative justice

In recent years, the Italian system of judicial protection against public administration has undergone important transformations. Some are connected to the pandemic emergency. Others concern the need to optimize the ability of administrative judges to decide disputes. This contribution underlines how these experiments are a symptom of wider-ranging changes. In particular, these are changes in which the importance of specific organizational factors and the renewal of technical skills suitable for supporting the activity of the judge emerge as determining elements.

Sommario. 1. Premessa: l'oggetto della discussione.- 2. Le evoluzioni, "in rito", del processo amministrativo; - 3. Le evoluzioni della giurisdizione amministrativa, mediante le innovazioni nella organizzazione dei suoi uffici giudiziari; - 4. La necessaria evoluzione della formazione giuridica, con riguardo ai protagonisti della giurisdizione amministrativa.

1. Premessa: l'oggetto della discussione^[1]

Un oggetto di discussione di così ampio respiro impone, quasi programmaticamente, una sorta di *self restraint*, che non può che tradursi in una preliminare delimitazione di campo.

È preferibile, dunque, concentrare l'attenzione su tre distinti profili: a) la registrazione delle tendenze in atto con riferimento alle evoluzioni del processo amministrativo nella sua *dimensione essenzialmente rituale*; b) la presa d'atto che, a fronte di tali tendenze, c'è qualcosa che sta cambiando, e che potrebbe, forse, articolarsi ulteriormente sul piano dell'*organizzazione dei singoli uffici giudiziari* in cui si struttura la giurisdizione amministrativa; c) l'illustrazione, a partire da questo quadro, dell'importanza di un itinerario in un certo senso autoriflessivo, che studiosi ed operatori devono quanto prima percorrere in merito alla definizione di quali possano essere i tasselli irrinunciabili della *formazione giuridica* dei protagonisti della giurisdizione amministrativa.

2. Le evoluzioni, “in rito”, del processo amministrativo

Dal primo punto di vista, è opportuno sottolineare che nel corso e per effetto della pandemia da SARS-CoV-2 e delle azioni di sostegno di matrice europea che ad essa sono seguite (PNRR) sono state approvate numerose modifiche legislative, caratterizzate dalla contrazione dei diversi riti processuali e dall'utilizzo diffuso di modelli giudiziari volti a qualificare in modo differente le forme del contraddittorio e a consentire decisioni più semplificate.

Da un lato, come è noto, queste modifiche si sono rese inizialmente necessarie per permettere che alle fasi di *lockdown* connesse all'emergenza sanitaria non seguisse un esiziale arresto della funzione giurisdizionale, e che, al contempo, le parti del processo potessero avvalersi di forme di interlocuzione prevalentemente scritte ovvero mediate, se del caso, dallo svolgimento *online* delle attività di udienza. Per altro verso, poi, gli obiettivi di smaltimento dell'arretrato imposti dalla necessità di implementare le scadenze di riforma concordate con l'Unione europea hanno stimolato l'adozione di discipline *ad hoc*, finalizzate a rafforzare i poteri organizzativi e decisorii del giudice amministrativo e a concentrare la competenza a trattare un largo spettro di controversie presso il Tar del Lazio, seguendosi una nuova versione di accelerazioni di rito in parte già conosciute per specifiche

materie.

Si tratta di sviluppi che hanno suscitato vivaci discussioni, sia da parte degli interpreti, sia da parte degli operatori. Non sono state poche, ad esempio, le voci che, in simili trasformazioni, hanno intravisto non solo la lesione puntuale di alcuni diritti costituzionalmente tutelati (come il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*) o, più in generale, del principio del giusto processo (*ex art. 111, comma 1, Cost.* come *ex art. 6 CEDU*), ma anche la surrettizia tensione verso la mutazione a regime della cornice usuale della dinamica processuale, e soprattutto della garanzia che gli scopi di effettività della tutela cui essa deve ispirarsi non si risolvano esclusivamente nella velocità della “prestazione decisionale” del giudice e, dunque, nella mera rapidità della risposta che ogni “servizio pubblico” deve poter assicurare ai suoi “utenti”.

Senza voler affrontare di petto il merito di tale dibattito, si può annotare che i cambiamenti in atto hanno avuto quanto meno la virtù di costringere tutta la “comunità” di coloro che studiano e vivono la giustizia italiana a riflettere con maggiore intensità sullo stretto legame che da sempre esiste tra il ragionamento teorico e concettuale sui diritti delle parti e sui poteri del giudice e la configurazione operativa del luogo in cui quei diritti e quei poteri sono destinati a esprimersi.

È sicuramente vero che una simile meditazione non è nuova, e che da tempo la dottrina si interroga sulla moltiplicazione e sull’assunzione costante, da parte del legislatore, dei criteri di *specialità* o di *funzionalità*, quali *passpartout* per superare ogni problema di pratico svolgimento della giurisdizione. Ma è altrettanto vero che a tale meditazione – che per lo più si esercita, pur correttamente, sui soli binari della critica negativa e della segnalazione di profili di conflitto di matrice assiologica – si accompagna soltanto di rado un’attitudine propositiva capace di misurarsi concretamente e in maniera innovativa con le questioni del *design* organizzativo e procedurale.

Sono traiettorie, queste ultime, che sono destinate a diventare viepiù urgenti anche in considerazione degli orizzonti – più che incombenti e quanto mai attuali – di utilizzo, da parte dei giudici, di nuove tecnologie a supporto dell’assunzione e della redazione delle loro pronunce: come è stato osservato, del resto, lo *strumento tecnologico* – che siano il ricorso a formule algoritmiche di vero e proprio sostegno ed elaborazione istruttori o l’attivazione di software idonei a

facilitare la scrittura della motivazione delle decisioni – agisce in modo sostanzialmente *retroattivo* sulla struttura stessa della funzione che esso contribuisce a realizzare, e, prima di tutto, sul comportamento degli attori che se ne avvalgono. I quali possono essere indotti ad assorbire del tutto fasi o stadi di valutazione che, finora, dovevano eseguire *direttamente* nel corso di un'esperienza quasi apprenditiva.

Non è più sufficiente, dunque, “dogmatizzare” sugli istituti o sui principi del processo, alla ricerca di quei *naturalia iudicii* che, quasi per forza propria, dovrebbero contribuire a rendere anche il giudizio amministrativo più aderente a una comune cultura della giurisdizione. Ciò che è indispensabile è la riflessione sull'architettura organizzativa e procedurale più sostenibile e proporzionata, ossia più confacente con l'esigenza di mediazione tra la descritta tendenza alla contrazione e alla sintesi, e all'aiuto tecnologico, e l'insopprimibile istanza che ogni fattispecie abbia una sua propria decisione, scaturente da quell'*actum trium personarum* che rappresenta il più autentico ed originario minimo comune denominatore del processo. Il che equivale a dire, in pochissime parole – e quasi con uno slogan (che come tale non può che avere una valenza esclusivamente suggestiva) – che anche nello studio del diritto processuale amministrativo non ci si può più accontentare del solo *Chiovenda* e che occorre qualche dose aggiuntiva di *Mortara*. Infatti, affinché sia verosimile che le sorti della giustizia si risolvano in un giusto processo, è ineludibile prendere atto che la *fisionomia materiale* degli *atti* che lo formano, del *luogo* in cui esso è chiamato a svolgersi e dei *soggetti* che devono dargli vita è decisiva.

3. Le evoluzioni della giurisdizione amministrativa, mediante le innovazioni nella organizzazione dei suoi uffici giudiziari

Quest'ultimo rilievo permette di introdurre un secondo aspetto, che d'altra parte è connesso, sia pur per contingenza storica, con il primo.

Si vuole alludere all'innovazione dell'ufficio del processo, unità organizzativa che, come è risaputo, il legislatore ha introdotto anche nel processo civile e penale, con la prevalente finalità di supportare la *macchina* della giustizia italiana nel complesso compito di abbattere le ingenti pendenze e di migliorare, così, a

regime, la *performance* delle giurisdizioni.

Anche a tale riguardo si potrebbe dire molto, specie in direzione critica. Si potrebbe, ad esempio, stigmatizzare la stretta consustanzialità, per così dire, tra l'innovazione organizzativa in questione e la fase della risposta nazionale all'azione europea di sostegno, e quindi all'obiettivo di riduzione dell'arretrato. E analoga valutazione potrebbe avanzarsi circa la volatilità dell'innovazione, anche in termini di sua capacità, sul piano organico, di arricchire davvero, in modo costante e sinergico, le forze e le risorse di un sistema che, lungi dall'aver bisogno di sole terapie d'urto, richiederebbe attenzioni e operazioni destinate a durare nel tempo, anche, se non soprattutto, in termini di attrattività di ruoli e posizioni. Si potrebbe anche evidenziare – dato conosciuto a molti – che il complesso delle misure organizzative che ruotano attorno all'ufficio del processo oscilla, un po' contraddittoriamente, tra un modello di spiccato orientamento gerarchizzante, amministrativo nel senso più tradizionale del termine, e coerentemente guidato da istruzioni e indicazioni di riferimento, e un modello, all'opposto, atomistico, plurale, in cui ogni ufficio giudiziario, se non ogni magistrato, è largamente responsabile del buon funzionamento di quelle misure.

Eppure, nonostante ciò, non si può negare che, proprio in ragione delle annotazioni qui espresse, al primo punto di questo intervento, l'ufficio del processo è il sintomo di una consapevolezza che si dovrebbe tradurre in aperta e risoluta decisione di sistema: vale a dire, della consapevolezza che senza un intervento risoluto sul modo e sul luogo con cui i giudici e i relativi uffici lavorano non vi può essere un processo adeguato e, di conseguenza, giusto nel senso tradizionalmente discusso.

Il fatto è che, accanto al puro compito di aiuto o di supporto alle attività materiali degli uffici giudiziari e all'individuazione specifica dei “fascicoli” che meglio possono essere “definiti” in forma più contratta e rapida, l'intervento riorganizzativo in parola dovrebbe essere il primo spunto per dotare uffici e magistrati di competenze aggiuntive; di *saperi* e di *tecniche* che li mettano in grado di esprimersi e di dialogare con le potenzialità conoscitive che la tecnologia gli impone di affrontare, non solo per decidere *velocemente*, bensì, e soprattutto, per decidere *bene*, laddove costretti a confrontarsi con fattispecie tecnologicamente conformate o condizionate.

Non prendere questa via significherebbe, nella migliore delle ipotesi, spingere le

parti del processo a condurre dinanzi al giudice la “battaglia” per l’individuazione dei saperi e delle tecniche di volta in volta rilevanti, come vorrebbe, del resto, la piena esplicazione del principio dispositivo e la riconferma che (tantum) *iura novit curia*. Non v’è chi non possa accorgersi, però, che, in questo modo, di per sé del tutto fisiologico, si giungerebbe ad una sorta di surrettizia *privatizzazione* del processo, giacché, a ben vedere, quando si discute di quei saperi e di quelle tecniche, non si controverte sulla definizione del fatto controverso, bensì sui linguaggi che lo rendono leggibile e accertabile: in definitiva, su qualcosa di infrastrutturale, che non può che predeterminare, se non veicolare, l’esercizio della funzione giurisdizionale. Ed è quasi inutile precisare che non risulterebbe del tutto funzionale, in via alternativa, il ricorso alle utilità della consulenza tecnica d’ufficio o delle verificazioni, che, in breve tempo, rischierebbero di diventare il canale per eccellenza, se non la via privilegiata, di tantissime decisioni, con la conseguenza (rispettivamente) di *esternalizzarne* o *de-processualizzarne* il contesto determinante.

Nella peggiore delle ipotesi, poi, evitare di dare al giudice amministrativo risorse umane specializzate, come suoi diretti collaboratori, equivarrebbe a consegnare la sua stessa capacità di percezione (il suo prudente apprezzamento) all’utilizzo improvvisato (o al massimo sperimentale) di strumenti non regolati: un’eventualità che, all’evidenza, resterebbe discutibile anche laddove “coperta” dalla sua (quanto meno doverosa) rivelazione in sede di motivazione della decisione finale, dato che si lascerebbe comunque al caso, o alla scienza privata del singolo giudice, o all’influenza socio-culturale o economica di un qualche dispositivo, e della sua pratica accessibilità, l’integrazione del parametro decisionale.

Da un punto di vista più ampio, e per tutti questi motivi, si deve pensare che, nel prossimo futuro, i legami tra disciplina del processo e funzione organizzativa di tipo squisitamente amministrativo devono essere rivisti in modo più forte di quanto non sia finora avvenuto. Non, certo, per sostenere che l’amministrazione della giustizia debba trattarsi con i medesimi canoni che valgono per l’amministrazione *tout court*, quanto, piuttosto, per cogliere e valorizzare in maniera adeguata le relazioni molto profonde che sussistono tra il processo e l’*ambiente* che meglio ne preserva e ne migliora le finalità e la cultura di riferimento.

4. La necessaria evoluzione della formazione giuridica, con riguardo ai protagonisti della giurisdizione amministrativa

Il percorso di questo intervento arriva, così, all'illustrazione del suo punto conclusivo.

Se nell'evoluzione dell'ordinamento processuale vigente e delle sue prassi si può intravedere l'auspicabile curvatura verso una sensibilità organizzativa maggiore, come anche verso la consapevolezza che le scelte organizzative sono determinanti se si risolvono in opzioni volte a rinforzare i profili di competenza del personale, allora è inevitabile riflettere su ciò che *serve*, oggi, a tutti coloro che vogliono farsi protagonisti del sistema processuale e, più in generale, dell'amministrazione della giustizia, intesa nel senso da ultimo prefigurato.

È una prospettiva che chiama in gioco il ricorrente discorso sull'adeguamento del percorso finalizzato a formare il giurista, così intendendosi non solo il titolare delle classiche professionalità forensi, ma anche, se non specialmente, almeno in prima battuta, l'esperto chiamato a operare con funzioni di supporto dentro gli uffici giudiziari come all'interno, o a fianco, degli studi legali o delle amministrazioni.

Nell'*iter* assai lungo che ha visto impegnato il Consiglio Universitario Nazionale in ordine alla cd. "manutenzione" delle classi di laurea (e che è ormai in corso di definizione), il dibattito su tale percorso è stato intenso, ed è stato altresì animato dal confronto di tutte le comunità disciplinari in cui sono articolate le scienze giuridiche. In quel frangente, in particolare, l'istanza di forte revisione dei percorsi formativi è stata condivisa, e lo è stata proprio nel senso di una sua complessiva riconfigurazione, da effettuarsi al di là (*nel superamento*) della consueta (e un po' limitante) dialettica tra discipline giuridiche professionalizzanti (o tecniche) e discipline giuridiche culturali (o storico-filosofiche).

Si è condivisa, in altri termini, l'esigenza che la *ratio* delle opzioni fondamentali poste alla base della formazione giuridica tradizionale – che vede il giurista come lo specialista di un approccio *differenziato* e *qualificato* nella risoluzione dei conflitti – possa riuscire riconfermata soltanto alla condizione di *muovere* le modalità e i contenuti di quella stessa formazione verso l'acquisizione di competenze e di abilità operative, e segnatamente di competenze che facilitino il

giurista nella comprensione e nella risoluzione di problemi giuridici connessi alle dinamiche di *forte trasformazione* cui sono attualmente soggetti i contesti sociali e istituzionali.

Ciò significa, in altre parole, che non vi può essere, oggi, giurista che non sappia dialogare sul piano pratico e propositivo – pur attivando la propria ricca e indispensabile, e classica, “cassetta degli attrezzi” – con saperi *altri* e con le situazioni *incerte* (e talvolta, per l'appunto, non dogmatizzate, né regolate) che vengono prodotte dalle intense evoluzioni del tessuto economico, scientifico e tecnologico. Il giurista, naturalmente, non deve cessare di essere tale; deve essere, però, in grado di comprendere la complessità con cui si rapporta e di ricondurla alle coordinate razionalizzanti della propria *forma mentis*.

Di un simile giurista ha bisogno anche la giustizia amministrativa, evidentemente, e tanto più alla luce delle considerazioni sopra effettuate. E va anche sottolineato che questo bisogno non si risolve soltanto nella necessità che gli uffici giudiziari si riqualfichino del personale competente nel senso anzidetto. Esso esprime anche una domanda capace di investire direttamente lo standard della professionalità di avvocati e magistrati.

Il primo *step* è in qualche modo prefigurato: la combinazione tra la nuova (rivista) classe di laurea triennale (L14-*Scienze dei servizi giuridici*) e quella magistrale (LM-SC GIUR-*Scienze giuridiche*) offre già un curriculum credibile e moderno, diversamente modulabile e assai aperto in senso interdisciplinare, e strumentale a formare un giurista assai adatto ad inserirsi nell'amministrazione della giustizia e nei suoi nuovi compiti. Il secondo livello – quello relativo alla revisione del percorso formativo dei giuristi destinati a diventare magistrati e avvocati, ossia alla revisione della classe di laurea LMG01-*Giurisprudenza* – si è fermato, per ora, alla riscrittura degli obiettivi culturali qualificanti, ma senza grandi “concessioni” all'apporto di discipline diverse da quelle giuridiche.

Ciò che, tuttavia, appare importante notare sin d'ora è che, diversamente da quanto si pensa usualmente, una piena riconfigurazione di quest'ultimo percorso non potrà seguire esclusivamente le strade della *specializzazione relativa alla singola professione giuridica*: difatti, imponendo la risoluzione e il coordinamento di questioni scientifiche, di natura metodologica, la necessità di integrare competenze non giuridiche o non strettamente disciplinari nel bagaglio culturale del futuro professionista o magistrato impedisce per definizione che l'azione

formativa sia consegnata prevalentemente, se non esclusivamente, alle sole comunità professionali di riferimento e alle loro prassi. Un ruolo assai eminente non potrà che essere svolto, come sempre, dall'accademia, la cui responsabilità, pertanto, anche sul piano dell'adeguamento dei metodi didattici alle nuove esigenze, si fa davvero significativa. E anche questa è una sfida non semplice, che, almeno *in parte qua*, si rivelerà come passaggio fondamentale per il futuro della tutela giurisdizionale amministrativa e della sua effettiva legittimazione.

1. Si tratta della versione scritta dell'intervento presentato alla tavola rotonda "Pubblica Amministrazione e giustizia amministrativa in Italia. Sfide attuali e prospettive future" tenutasi il 15.12.2022, presso l'Università degli Studi di Milano, in occasione dell'Incontro di studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022).

Immagini da un futuro possibile: il paradigma della legittimazione ad agire

Pier Luigi Portaluri

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-35

Nell'ordinamento italiano – Stato costituzionale uscito dai feroci totalitarismi del XX secolo – l'accesso al giudice è filtrato da un controllo di meritevolezza che si fonda su concetti indeterminati, cioè sulla base di variabili e personali tavole di valori. È quindi possibile – necessario forse – utilizzare il paradigma della legittimazione ad agire slargandone il più possibile i confini. Occorre allentare, se non proprio recidere, il vincolo – sinora stretto e soffocante – tra vicinanza del soggetto al luogo fisico dove la decisione amministrativa impatta, e azionabilità della pretesa. V'è un obiettivo minimo, di recente inquadrato anche dalla Plenaria del Consiglio di Stato: leggere la vicinitas in termini di contiguità non più solo materiale, ma anche assiologica. E poi uno più ambizioso: de-soggettivare la pretesa, sino a configurare diritti trans-soggettivi, cioè “senza padrone”.

Images from a possible future: the paradigm of legal standing

In the Italian legal system – a constitutional State that has emerged from the ferocious totalitarianisms of the 20th century – access to judges is filtered by a control of worthiness that is based on indeterminate concepts, namely variable and personal tables of values. It is therefore possible – necessary, perhaps – to use the paradigm of legitimacy to argue for a broadening of access. It is necessary to loosen, if not quite sever, the hitherto tight and suffocating bond between the proximity of the subject to the physical place where the administrative decision impacts, and the actionability of the claim. There is a minimum objective, recently framed by the Plenary Assembly of the Council of State: to understand vicinitas in terms of contiguity that is no longer only material, but also axiological. And then a more ambitious one: to “de-subjectivise” the claim, to the point of configuring trans-subjective rights, that is, “without master”.

Sommario: 1. Stato costituzionale, lotta ermeneutica e accesso al giudice.- 2. Un nuovo diritto giurisprudenziale per la liberazione della vicinitas.- 3 Oltre la soggettività?

1. Stato costituzionale, lotta ermeneutica e accesso al giudice^[1]

Non piacciono di certo a nessuno le sue ascendenze tetre, ma è innegabile: uno Stato *costituzionale* di diritto è per definizione un *Weltanschauungsstaat*. Figlio provvido e – *felix culpa* – degenerate dei totalitarismi novecenteschi.

Inserire una tavola di valori alla sommità di un sistema regolativo ne trasforma radicalmente la struttura e il funzionamento: da meccanismo (almeno tendenzialmente) chiuso e sussuntivo a orditura con *struttura aperta*, che consente all'organo dell'applicazione di selezionare il criterio decisorio per vie più o meno discrezionali.

Questa costruzione già *in apicibus* assiologica dell'ordinamento comporta una conseguenza, che fa deragliare ancor di più dal sistema a diritto legislativo: la battaglia politica per affermare questo o quel valore. S'imprime così una torsione innaturale al diritto giurisprudenziale, che diviene un *diritto di lotta combattuta con le armi dell'interpretazione, cioè delle norme modellate dall'attività interpretativa*: «*lotta ermeneutica contro fenomeni che non si ritengono adeguatamente tutelati dalla legge*»^[2].

La trascrizione giurisdizionale di questo modello è immediata. Significa affidare al giudice il compito di governare il processo adoperando – con metodi ed esiti connotati da importanti ambiti di discrezionalità/libertà, dunque imprevedibili – criteri decisori ondivaghi ed evanescenti.

Non solo il merito della controversia, ma anche – e ancor prima – la configurabilità di un diritto alla tutela subisce di volta in volta un vaglio soggettivo di compatibilità con quella tavola assiologica. L'accesso stesso alla protezione giurisdizionale, in altri termini, diviene soggetto a un filtro i cui criteri il giudice-*gatekeeper* trae da «*una superiore sorgente di legittimità*»^[3], a sua volta genetica di *legittimazione* all'instaurazione della controversia. Un modello che può facilmente essere strumentalizzato per governare in senso anche (o sopra tutto) *restrittivo* le vie di tutela processuale: *negando* già *in limine* il diritto al

giudizio tutte le volte che l'azione collida con «*valori emergenti dal basso, che finiscono per costituire le regole ordinative "inventate" dalla comunità interpretativa*»^[4]. La quale sarebbe «*ormai orba delle sue categorie tradizionali e proiettata al governo del caso concreto*»^[5].

L'ammissibilità della domanda, insomma, è rimessa alla percezione del giudice circa la meritevolezza della stessa ove idealmente portata al cospetto della società, del sentire popolare: se – in questo teatro immaginario – quella pretesa ne difettesse, la porta del processo resterebbe serrata.

In breve. Il processo può facilmente filtrare e selezionare tutte le pretese azionate, consentendo il *litis ingressum* solo a quelle non dissonanti con le imperscrutabili, personali assiologie del singolo giudice/organo dell'applicazione.

Costui – si noti: senza alcuna *gesetzliche Grundlage* – può utilizzare l'*unbestimmte Rechtsbegriff* di volta in volta utile allo scopo perseguito: la Costituzione ne provvede – direbbe a Fiume il Poeta Soldato – *indeficienter*. Se il concetto giuridico è indeterminato, come pure multiforme, impreciso e poco trasparente, il giudice – trascurando o addirittura contrastando una previsione di diritto positivo, ove esistente – si auto-attribuisce il potere di “percepirne” per vie lattiginose il contenuto nella sua portata asseritamente effettiva e vivente, applicandolo al caso concreto in funzione d'un soggettivo sindacato assiologico-causale.

In un'altra occasione ho proposto di fronteggiare l'atipicità invincibile dei criteri d'ingresso al giudizio (impossibile essendo una regolazione positiva *stringente* dell'interesse ad agire) riducendo i rischi di *Verhinderung*, cioè di *restrizione* dell'area cui l'ordinamento processuale assicura tutela; e favorendo, invece, una *Ermöglichung*, cioè un *ampliamento* dei varchi d'accesso mediante la valorizzazione di criteri interpretativi non «*di carattere extra-legale e di segno regressivo*», ma «*perfettamente legittimi e di carattere progressivo perché a garanzia dei diritti*»^[6].

Il controllo di meritevolezza che ho immaginato diviene pertanto funzionale all'apertura, all'espansione di spazi siffatti, per cui i rischi involutivi (e, *in deterius eundo*, autoritari addirittura) derivanti dall'uso di criteri imprecisi al fine di negare l'azione si rovescerebbero nel loro opposto. Diverrebbero, cioè, fattori progressivi, tutti disponibili per accrescere lo strumentario di garanzia del singolo o della comunità che domanda tutela.

Un controllo, in somma, che diviene strumento idoneo ad accogliere il futuro, cioè l'emersione di nuovi e più progrediti valori sociali, in termini *acquisitivi* di posizioni direttamente legittimanti (almeno) la domanda.

2. Un nuovo diritto giurisprudenziale per la liberazione della *vicinitas*

La ricaduta nel processo amministrativo, e quindi la chiave di volta del sistema, diviene, a mio avviso, il ripensamento dei rapporti fra soggetto e giudizio, cioè dei criteri che ne regolano l'accesso.

Fra questi, campeggia – in una società sempre più multipolare e interfacciata – la *vicinitas*.

Esprimo qui una visione futuribile e possibile.

All'angusta concezione oggi accolta dal diritto giurisprudenziale, che costringe la *vicinitas* nelle strettoie di una relazione *fisica* col luogo di “caduta” del provvedimento da portare alla cognizione giurisdizionale, si dovrebbe sostituire una lettura in termini di prossimità *assiologica*. Si tratta, in altre parole, di riconoscere il diritto di ricorso pure a figure soggettive *prive* di un collegamento *materiale* col luogo di impatto della decisione che s'intende gravare.

Mi sembra un passo necessario per consentire la tutela di interessi non sempre riferibili soltanto all'area strettamente geo-territoriale di ricaduta di un determinato provvedimento. Macrocriteri selettivi sono teorizzabili, ferma la consapevolezza di un margine di discrezionalità nella delibazione giurisdizionale, cioè nella valutazione caso per caso circa la *meritevolezza* dell'interesse azionato. Il sostrato *lato sensu* politico è difficile da eliminare, costituendo l'accesso al giudice la zona grigia, il momento in cui agiscono tavole di valori insidiose perché inevitabilmente soggettive e dunque di ardua giuridificabilità.

Ma il punto non mi preoccupa oltre misura.

Se si accetta questo modello, troverebbero ingresso nel giudizio figure soggettive di volta in volta *legittimate da una pluralità di vicinanze assiologiche*. A quella oramai ricevuta, che guarda al dato fisico-territoriale, si aggiungerebbero infatti prossimità di contenuto vario.

Penso anzi tutto alla *vicinitas* culturale.

Un'associazione costituita per conservare le vestigia fisiche – la casa di abitazione,

ad esempio – di un insigne personaggio del passato potrebbe, secondo questo assunto, insorgere avverso un permesso di costruire che assentisse modifiche ritenute lesive della memoria storica a lui riferibile: ciò – ecco il punto – prescindendo dal luogo dove l’associazione abbia la propria sede legale. *Cominus et eminus*, come sull’impresa di Luigi XII.

La *vicinitas* sportiva, ancora.

Anche qui, una società di calcio (o di qualunque altro sport) potrebbe insorgere nei confronti di una misura prefettizia con cui, in relazione a un determinato incontro, sia stata vietata – al fine di evitare tafferugli – la vendita dei biglietti ai residenti nella Provincia dove ha sede legale (e quindi principale bacino di tifoseria) quella società: e ciò – come nell’esempio precedente – senza che abbia nessuna rilevanza il luogo dove si svolge la partita, che potrebbe distare anche centinaia di chilometri dalla sede stessa.

Poi la *vicinitas* di comparto economico.

Un’associazione per la tutela dell’enologia, pur priva dei requisiti *ex artt.* 13 e 18 citt., avrebbe diritto a impugnare un provvedimento di localizzazione di una discarica in prossimità di un’area con vigneti ad altissima vocazione produttiva e qualitativa: agirebbe infatti a difesa di un interesse specifico diverso da quello espresso dalla collettività insediata *in loco* e intestato al relativo ente esponenziale territoriale, ma comunque meritevole di tutela.

Nella giurisprudenza si scorge qualche apertura confortante.

L’ottima A.p. 9 dicembre 2021, n. 22, infatti, ha puntualmente avvertito la pressione benefica sottesa a istanze di giustizia formulate a tutela di interessi sì individuali, ma idonei a riflettersi in senso positivo – con un mutuo gioco di specchi – sulla protezione di esigenze della collettività.

La Plenaria ha ripercorso – con inconsueta e apprezzabile autenticità di toni – talune remote vischiosità giurisprudenziali (incluse quelle ascrivibili alla stessa nomofilachia di Palazzo Spada), per poi registrare le tesi “moderniste” che il pensiero giuridico ha elaborato negli ultimi tempi nel senso di favorire l’accesso al giudice utilizzando lo strumento della *vicinitas*.

Fra queste, l’A.p. parrebbe aver recepito anche la mia prospettazione: «*sempre nel quadro della tutela degli interessi meta-individuali, si invoca una sorta di “liberazione” della vicinitas dal suo perimetro originario, sino a ritenerla esistente anche quando la relazione di prossimità tra il soggetto ed il bene protetto non sia*

fisica ma assiologica»^[7].

La decisione ha impostato il proprio ragionamento proprio sul rapporto che lega il *civis* alla qualità dell'ambiente circostante, infulcrandovi senza ulteriori mediazioni le condizioni dell'azione: «*il ragionamento intorno all'interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, si lega quindi necessariamente all'utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall'effetto ripristinatorio; utilità che a sua volta è in funzione e specchio del pregiudizio sofferto. Tale pregiudizio [...] a fronte di un intervento edilizio contra legem è rinvenuto in giurisprudenza [...] nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata. Si può discutere se tali beni siano il risultato della scomposizione di un unico interesse per così dire riassuntivo, quello alla qualità dell'insediamento abitativo [...], o se debbano essere considerati per forza atomisticamente, sull'assunto che non sarebbe dato un interesse inerente all'insediamento abitativo come tale. Il riferimento al godimento dell'immobile in uno con il richiamo a salute e ambiente è peraltro un piano di indagine già sufficientemente ampio ed è su di esso che la giurisprudenza ha fatto leva per ravvisare il pregiudizio sofferto dal terzo [...] nelle menomazioni di valori urbanistici e nelle degradazioni dell'ambiente in conseguenza dell'aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovrappollamento, aumento del traffico»^[8].*

Radicalandolo nell'art. 118 Cost., peraltro, alcune avanguardie giurisprudenziali avevano legittimato l'accesso diretto del *singolo* – pur sempre qualificato e differenziato – alla tutela processuale dell'interesse sovraperonale, la cui connotazione assiologica particolarmente intensa imprime una curvatura nuova alla concezione classica delle condizioni dell'azione.

Come aveva infatti osservato Cons. Stato, IV, 9 gennaio 2014, n. 36, la norma costituzionale genera una legittimazione *generale* che non si collega più «*alla "angusta" titolarità di una posizione soggettiva, bensì ad una materia e ad un valore costituzionalmente garantito*». Allo stesso modo – continua – una «*tale maggiore ampiezza di legittimazione attiva determina, inevitabilmente, anche una diversa considerazione dell'interesse ad agire, che deve essere riguardato non già con riferimento alla singola posizione giuridica soggettiva per la quale si postula tutela in giudizio, bensì al "bene o valore comune", alla tutela del quale occorre parametrare la "utilità" della pronuncia del giudice*».

A questo genere di rapporti si potrebbe ascrivere quello che collega personalità particolarmente rappresentative in determinati “ambienti” della vita di relazione con decisioni incidenti in quello stesso contesto e considerate come lesive. È l’ipotesi, cennata più sopra, della vicinanza culturale, qui però declinata “al singolare”: un’*ampliatio* che m’appare importante anche da un punto di vista giuspolitico, poiché sottrae all’associazionismo, non sempre irreprensibile nelle sue scelte strategiche, il monopolio dell’iniziativa giurisdizionale a tutela del sovraperonale.

3 Oltre la soggettività?

Se si provasse infine a infrangere la barriera stessa del soggetto – cioè la *subiettivazione necessaria* di una pretesa – si potrebbe forse camminare ancora verso il futuro: il requisito della *determinatezza* anzitutto *soggettiva* della situazione sostanziale e della relativa domanda sono un confine davvero invalicabile per l’accesso al giudice?

La questione investe direttamente la teoria delle situazioni soggettive: il diritto sostanziale oggi deve sempre incarnarsi in una *figura*, che ne diviene titolare unico e sopra tutto imprescindibile. Il che da vantaggio diviene oggi limite, poiché di fatto privatizza la sfera pubblica. La subiettivazione, intesa come titolarità necessaria di una situazione sostanziale, è quindi arma a doppio taglio: schiude sì, ma nello stesso tempo limita l’accesso al giudizio.

La teoria generale^[9] ha costruito una giuridicità *transitiva* (*transitive Rechtlichkeit*) in cui il titolare del diritto non agisce né a proprio vantaggio, né di terzi, né – si noti – di una comunità, se quest’ultima dovesse essere il nuovo titolare – magari più esteso nei suoi confini – della situazione soggettiva.

Il futuro vedrebbe così una nuova liberazione, dopo quella della *vicinitas* (anzi, delle molte *vicinitates*): un ordinamento affrancato dall’angoscia dell’*Unbestimmtheit*, dell’indeterminatezza. Servono però strumenti nuovi, diversi dall’ormai logoro schema diritto sostanziale – subiettivazione abilitante (ma limitante, come abbiám visto).

Potrebbero essere i diritti *trans-soggettivi*: i quali attraversano un soggetto per propagarsi altrove. Sono *Rechte ohne Herrscher*^[10], diritti senza padrone.

Un modo nuovo e più fascinoso, in fondo, per evocare l’*actio popularis*?

Sentiamo Schmidt-Aßmann: «*ci si può chiedere a buon diritto se l'interesse "privato" la cui tutela dovrebbe costituire la sostanza soggettivo-giuridica di un'azione giurisdizionale, non sia stato finora interpretato in modo troppo erratico, e se le connessioni e le sovrapposizioni reciproche di interessi pubblici e privati siano state correttamente colte. Non ci sono anche costellazioni – in determinati settori del diritto, ad esempio il diritto ambientale o della regolazione – in cui gli interessi individuali includono il perseguimento di interessi pubblici e non perdono il loro carattere "privato" sol perché si presentano come interessi aggregati?*»^[11]. Di qui, a sua volta, l'esortazione di Schmidt-Aßmann a una lettura dell'ordinamento in termini *procuratori*, tutta protesa in favore della *Mobilisierung des Bürgers*: onde «*la consapevolezza che l'esecutivo in democrazia non ha il monopolio della definizione del bene comune*»^[12].

Ovviamente imprevedibili nei loro sviluppi, le vie del diritto al giudice e le traiettorie della teoria dell'interpretazione (con le quali le prime intrecciano un viluppo irrisolvibile) continueranno a conservare profili di indeterminatezza, la cui compensazione *interna* sarà ancora rimessa all'apprezzamento del singolo decisore giurisdizionale.

Questa cosa mi appare come un dato di fatto. Ma quanto insidioso? La domanda secondo me va riformulata, anzi *spostata* circa il suo oggetto. Così: *dove* quel potere discrezionale può – forse, *deve*; forse, *non può che essere* – lasciato libero di effondersi? Rispondo: solo in rito, nel regolare l'accesso al giudizio; solo *ad augendum et in bonam partem*.

1. Si tratta della versione scritta dell'intervento presentato alla tavola rotonda "Pubblica Amministrazione e giustizia amministrativa in Italia. Sfide attuali e prospettive future" tenutasi il 15.12.2022, presso l'Università degli Studi di Milano, in occasione dell'Incontro di studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022).
2. Detto molto bene, in chiave penalistica, da M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2016, pp. 13-ss., spec. p. 23. (disponibile all'indirizzo https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/donini_3_16.pdf).
3. Così, in termini critici, R. Villata, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 93, 2017, pp. 1110, con riferimento alla situazione ordinamentale *attuale* del rapporto fra diritto legislativo e giurisprudenziale.
4. R. Villata, *Ancora in tema di inammissibilità*, cit., p. 1115; A. Gentili, *Senso e consenso*.

Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti, Giappichelli, Torino, 2015, p. 75:
«La comunità dell'interpretazione non è che il nome collettivo di giuristi che si segnalano per le loro continue diatribe».

5. Così, fra critica e ironia, R. Pardolesi G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 5, 2017, pp. 113-ss., spec. p. 115.
6. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, pp. 16.
7. Cons. St., A. p., 9 dicembre 2021, n. 22
8. Cons. St., A. p., *cit.*
9. P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki, J. Horst, (per cura di), *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 343-ss., spec. p. 344.
10. P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte*, *cit.*, p. 351.
11. Così E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 113.
12. E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, *cit.*, p. 114.

Le problematiche della giustizia amministrativa del Terzo Millennio

Maria Alessandra Sandulli

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-44

L'autore si sofferma brevemente sui maggiori problemi della giustizia amministrativa del Terzo Millennio. Nella disamina particolare rilevanza rivestono i temi della digitalizzazione e del ruolo del sindacato del giudice amministrativo sulla decisione amministrativa automatizzata; del rapporto tra ordinamento interno e eurounitario; della concentrazione delle tempistiche dei giudizi amministrativi, che non dovrebbe avvenire a discapito della garanzia del principio di effettività della tutela giurisdizionale e, infine, dell'incertezza delle regole e dello spazio, eccessivo, riservato alla giurisprudenza.

The Problems of Administrative Justice in the Third Millennium

The Author briefly reviews the major problems of administrative justice in the Third Millennium. These include: digitalization and judicial review of automated decisions by administrative judges; the relationships between national and EU law; legal measures to reduce delays in judgments without affecting their effectiveness and the uncertainty of rules and the excessive discretion left to judges.

Sommario. 1. Note introduttive.- 2. Digitalizzazione e sindacato del giudice amministrativo.- 3. Rinvio pregiudiziale e rapporto del diritto interno col diritto eurounitario.- 4. La contrazione delle tempistiche dei giudizi amministrativi e problematiche connesse.- 5. Incertezza delle regole e giurisprudenza creativa.

1. Note introduttive^[1]

Preliminarmente ringrazio e rivolgo complimenti sinceri alla Professoressa Galetta e agli organizzatori dell'incontro, complimenti che estendo alla Rivista e

al CERIDAP.

Entrando subito *in medias res*, dato il limitato tempo a disposizione, farò rapidamente riferimento soltanto ad alcune delle problematiche della giustizia amministrativa del Terzo Millennio.

A tale riguardo, credo che i problemi più immediati e le questioni centrali possano essere individuati nei temi di seguito evidenziati, distinguendoli essenzialmente in quattro categorie.

2. Digitalizzazione e sindacato del giudice amministrativo

Un primo tema è quello relativo alla digitalizzazione, elemento che connota fortemente il periodo attuale, tanto da far assumere un rilievo centrale al problema del sindacato del giudice amministrativo sull'atto informatizzato e, quindi, sull'atto c.d. "robotico".

La giurisprudenza sul punto è orientata non soltanto ad affermare che l'atto vincolato, pienamente sindacabile, può essere robotizzato, ma anche a ritenere che la discrezionalità tecnica può essere regolata ed esercitata attraverso un atto robotico. Conseguentemente, il sindacato giurisdizionale deve essere effettuato non tanto sul contenuto dell'atto – non potendo il giudice comprenderne la portata stante l'elevato tecnicismo che contraddistingue la materia –, quanto, piuttosto, sul contenuto delle decisioni che si trovano "a monte" e hanno individuato i parametri da utilizzare ai fini del concreto funzionamento dell'algoritmo.

Più nel particolare, occorre evidenziare, come ricordato dalla giurisprudenza, che questo tipo di controllo deve essere effettuato sulla base di tre principi: la prevedibilità, che si collega al problema della conoscibilità del ragionamento che sta alla base della scelta algoritmica; la non esclusività della decisione algoritmica, essendo sempre necessario l'intervento umano nell'ambito dei meccanismi algoritmici; e la trasparenza, intimamente connessa con il principio della motivazione e giustificazione della decisione.

Tuttavia, è bene evidenziare che, affinché il giudice possa comprendere e, quindi, sindacare la decisione algoritmica, è necessario introdurre una specifica formazione in tal senso sia per i magistrati che per gli avvocati.

È proprio a questo riguardo che la dottrina è chiamata a svolgere un ruolo

primario, dovendo evidenziare il problema e le lacune attualmente esistenti nel nostro sistema, al fine di consentire l'inserimento dell'insegnamento dell'informatica nei corsi di laurea in giurisprudenza per implementare la conoscenza delle nozioni tecniche necessarie in questo settore innovativo.

Un'ulteriore questione problematica concerne, la decisione giurisdizionale algoritmica, tematica che abbiamo affrontato anche con il Professor Massimo Luciani nella lezione conclusiva del mio corso di diritto amministrativo nell'Università di Roma Tre. A tale proposito, ci siamo chiesti se sia più opportuno fidarsi dell'umano o del *robot*, anche se in quest'ultimo caso, a ben vedere, si scorge comunque la presenza dell'uomo che provvede a impostare il funzionamento algoritmico.

Personalmente, ritengo sia preferibile errare a causa di una decisione promanante dalla mente umana piuttosto che per l'errore espresso in una decisione algoritmica.

Con riferimento a questa tematica, vi sono innumerevoli esempi concreti esemplificativi degli errori che possono manifestarsi nella realtà per effetto della eccessiva valenza data all'informatica. Tra i molti, vi è il caso di un giudice amministrativo che ha respinto un'istanza cautelare monocratica che, in realtà, non era stata mai presentata. Il problema originava dal fatto che la segreteria dell'avvocato, per errore, aveva "flaggato" la voce "istanza monocratica" e, nonostante il ricorso non recasse alcuna istanza di decisione monocratica, il giudice, dopo averlo esaminato, ha respinto l'istanza mai scritta, ma esclusivamente "flaggata", perché "non motivata"

3. Rinvio pregiudiziale e rapporto del diritto interno col diritto eurounitario

La seconda tematica di assoluta centralità che assurge in questo periodo a massimo rilievo concerne il rapporto del diritto interno con quello eurounitario, e il correlato problema del rinvio pregiudiziale.

Come noto, la Corte di giustizia dell'Unione europea, investita a più riprese dai nostri giudici di ultima istanza, ha evidenziato che non rientra tra le sue attribuzioni né la decisione se il mancato rinvio pregiudiziale da parte di un giudice amministrativo debba essere sindacato dalla Corte di cassazione, né

tantomeno se esso possa rappresentare un motivo di revocazione.

Sul tema, sono state segnalate e annotate importanti pronunce sul sito della rivista Giustizia insieme e io stessa vi ho pubblicato vari scritti sul tema.

A ogni modo, i giudici del Consiglio di Stato, al fine di non incorrere in responsabilità, anche erariali, per il danno che l'Italia potrebbe essere costretta a risarcire a causa della violazione del diritto eurounitario, ha più volte interrogato la Corte di giustizia sui canoni della necessità del rinvio.

Inoltre, sempre per scongiurare rischi di responsabilità, la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria talune questioni interpretative in tema di revocazione, tenuto conto anche dei numerosi casi di contrasto che frequentemente si verificano rispetto alle pronunce della Corte di giustizia.

Sul tema, come noto, la riforma del codice di procedura civile non soccorre, se non per ciò che concerne la CEDU.

4. La contrazione delle tempistiche dei giudizi amministrativi e problematiche connesse

Un terzo tema rilevante nell'ambito della giustizia amministrativa del Terzo Millennio è quello relativo alla contrazione delle tempistiche di giudizi amministrativi.

Alla base di tale tendenza si rinvergono anche le critiche strumentalmente rivolte al giudice amministrativo, ingiustamente considerato “colpevole” di sospendere o annullare gli atti della pubblica Amministrazione e di frenare l'economia. Di fronte a questa preoccupazione – che riporta però indietro nel tempo agli editti dello Stato assoluto francese che sancivano il divieto dei giudici di “disturbare” le attività del Governo, trascurando di considerare che solo una economia “sana”, garantita dal rispetto delle regole, può realmente implementare lo sviluppo del Paese – sia il legislatore, sia, a volte, la stessa giurisprudenza, tendono a proiettarsi, di fatto, verso un sistema di diniego sostanziale di tutela.

Non c'è tempo per approfondire il tema, al quale ho del resto dedicato molti scritti. Richiamo, però, per tutti, l'improvvido art. 12 *bis* del d.l. n. 68/2022 (Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili), conv.

con modificazioni dalla l. n. 108/2022 (già art. 3 del d.l. n. 85/2022), che, con riferimento ai giudizi relativi ad attività finanziate in tutto o in parte con il PNRR (non solo, quindi, per quelli relativi ad atti preordinati alla realizzazione delle grandi opere pubbliche, per i quali già dal 2001 il legislatore ci aveva abituato a rinunciare a una piena ed effettiva tutela giurisdizionale), prevede una sorta di corsia preferenziale, imponendo l'adozione della decisione giurisdizionale in tempi strettissimi, incompatibile con un adeguato studio delle questioni sottese, nonché l'obbligo del giudice di motivare le misure cautelari e le decisioni di annullamento con specifico riferimento alle esigenze di rispettare i tempi previsti dal PNRR.

È, quindi, evidente che, per come costruita tale normativa, se ne dovrebbe dedurre che le rigorose tempistiche del PNRR e gli impegni assunti con le istituzioni europee attraverso tale strumento sarebbero sostanzialmente idonei a giustificare un diniego di tutela in concreto contro gli atti che ne perseguono l'attuazione. In evidente spregio del disposto degli artt. 24 e 113 Cost.

Questa tendenza rappresenta un problema gravissimo, ulteriormente aggravato dalla circostanza che le disposizioni della richiamata novella processuale si profilano estremamente incerte anche dal punto di vista della forma espositiva, creando una serie di problemi applicativi che, evidentemente, non è questa la sede per illustrare.

In termini a mio avviso assai più apprezzabili, lo Schema del nuovo Codice dei contratti, invece di continuare a tagliare i tempi del processo, si prefigge l'obiettivo di ridurre il contenzioso cercando di evitare giudizi inutili e rinvii delle udienze fissate in tempistiche chiaramente incompatibili con il sistema di gara. Le nuove norme codicistiche ancorano infatti più opportunamente il momento di decorrenza dell'impugnazione al momento in cui l'aggiudicazione acquista efficacia: si evita così l'instaurazione di giudizi che potrebbero perdere interesse all'esito della verifica dei requisiti e che vengano frequentemente "bloccati" in attesa di tale esito. Coerentemente, anche lo *standstill* procedimentale è posticipato all'efficacia dall'aggiudicazione, il che assicura una tutela giurisdizionale più effettiva.

In questa linea, in attuazione del principio di massima trasparenza enunciato anche dall'art. 3, lo Schema prevede un sistema di accesso automatico dei concorrenti alla piattaforma digitale della gara in cui il committente deve inserire

i verbali e le offerte (nelle parti non oscurate) dei partecipanti. Per la precisione, l'accesso integrale a tale piattaforma viene consentito ai primi cinque operatori classificati, nel momento in cui il committente comunica l'aggiudicazione efficace. Il sistema si completa con la costruzione di un giudizio rapidissimo per contestare un eventuale eccessivo o insufficiente oscuramento delle offerte.

Dalla lettura degli artt. 17, 36, 90 e 209 e dall'analisi della Relazione illustrativa dello Schema, che risulta molto importante per comprenderne a fondo il senso, si evince il nuovo sistema che si è voluto creare.

Sempre con riferimento allo Schema del nuovo Codice dei contratti, merita fare un breve cenno alle critiche sollevate da più parti sui principi del "risultato" e della "fiducia" enunciati nei primi due articoli.

Sul tema ci sarebbe molto da dire, soprattutto entrando nel dettaglio delle disposizioni che li contengono. Il breve tempo a mia disposizione non lo consente. Vorrei però sottolineare che esse ben possono – e debbono – essere interpretate in modo coerente al dettato costituzionale, di cui comunque l'art. 1 richiama espressamente i principi di legalità, trasparenza e concorrenza, offrendo così, almeno per il primo principio (ché il principio della fiducia, per come declinato, desta invece più serie preoccupazioni), un quadro meno negativamente impattante di quello che viene prospettato e improvvidamente "declamato" nelle prime notizie di stampa e in alcuni primi commenti. Del resto, il "risultato" perseguito dall'art. 1 è espressamente riferito anche al miglior rapporto "qualità-prezzo" e tale elemento, come l'espresso richiamo ai suddetti principi, è valorizzato anche dalla Relazione, in cui si legge altresì che *«il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività. Questa "propensione" verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare»*. E, ancora, che *«il comma 3, recependo gli approdi di numerosi studi sulla c.d. amministrazione del risultato, chiarisce che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, dei principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'U.E.»*.

Non mi sembra dunque che dall'art. 1 si possa dedurre che gli enti aggiudicatori

possano agire in spregio alla legge e al diritto UE in nome della mera celerità, in applicazione di una inaccettabile regola del “fare per fare”.

5. Incertezza delle regole e giurisprudenza creativa

Il quarto – e per questo intervento ultimo – nodo problematico assolutamente rilevante nell’ambito della giustizia del Terzo Millennio concerne il tema dell’incertezza delle regole e dello spazio eccessivo che viene, di conseguenza, lasciato alla giurisprudenza.

Ve ne sono purtroppo molti esempi, a cominciare dall’ambito dell’edilizia e degli stessi contratti pubblici. Così come vi sono addirittura esempi di giurisprudenza creativa *contra legem*, come è evidentemente quella che, in spregio ai vari interventi legislativi univocamente diretti a rafforzare l’istituto del silenzio-assenso, ne negano la formazione in assenza dei requisiti e dei presupposti di legge.

Anche nello Schema del nuovo codice contrattuale residuano si riscontrano purtroppo ancora un rischioso margine di incertezza su diverse disposizioni che, a mio modesto avviso, avrebbero richiesto una maggiore chiarezza.

Il tempo a disposizione della Commissione, costretta a lavorare (ovviamente senza compensi), per sottogruppi di sottocommissioni e senza soluzione di continuità da metà luglio a metà agosto, non ha purtroppo sempre consentito i necessari affinamenti e coordinamenti. Per quanto mi riguarda, ho cercato di proporre (e riproporre) alcuni anche in sede governativa.

Tra questi, ancora, l’individuazione del *dies a quo* per l’impugnazione dell’aggiudicazione, che l’art. 120 c.p.a. continua a identificare nella comunicazione dell’aggiudicazione di cui all’art 79 del codice del 2006, abrogato dal 2016. Lo Schema trasmesso alle Camere dispone che l’onere di impugnazione scatta dalla comunicazione di cui all’art. 90, «*oppure dal momento in cui vengono conosciuti gli altri atti e documenti*». Per eliminare ogni residuo rischio di – con conseguente incremento di eccezioni e di contenziosi – dopo la parola “momento” occorrerebbe aggiungere l’aggettivo “successivo”.

Infatti, se molto è stato fatto per spostare il momento dell’impugnazione a quello in cui l’aggiudicazione acquista efficacia, coincidente con il momento in cui diviene in concreto lesiva, non appare opportuno lasciare il dubbio – che

sicuramente verrà avanzato – che l'atto possa dover essere impugnato ancora prima se l'interessato ne ha già acquisito altrimenti la conoscenza.

Restando al contenzioso, sarebbe stato e sarebbe a mio avviso opportuno anticipare l'accessibilità dei verbali di gara almeno al momento di conclusione delle varie fasi della procedura e, comunque, unitamente a quella delle offerte, nel momento della proposta di aggiudicazione, sì da anticipare l'eventuale contenzioso sull'accesso e consentirne la definizione in parallelo alla verifica dei requisiti (salvo, se del caso, rinviare comunque a quest'ultima l'effettiva ostensione delle offerte).

In una prospettiva più allargata sul principio di trasparenza, sottolineerei, poi, che esso dovrebbe, in un corretto bilanciamento dei diversi valori e interessi, limitare quello – apparentemente e pericolosamente indiscriminato – della “fiducia” enunciato dall'art. 2, il quale, a un'attenta lettura, non prende tanto in considerazione il concetto di fiducia reciproca, quanto piuttosto – essenzialmente – quello della fiducia nella (presunta) buona fede del committente.

In altri termini, si “presuppone” che la stazione appaltante (o l'ente concedente) eserciti correttamente il potere discrezionale che le compete. Il che, in termini di dubbia costituzionalità e fuori peraltro da ogni delega, sembrerebbe aprire la strada alla lettura di un ulteriore limite di sindacato al giudice amministrativo, limite rinforzato dal fatto che lo Schema del nuovo Codice prescrive espressamente di tarare l'interpretazione delle nuove regole sui principi enunciati dai primi articoli.

Al principio della fiducia nei confronti dell'ente committente – a ben vedere – legarsi anche la previsione, all'art. 5, comma 3, che la presunzione di colpa dell'aggiudicatario, preclusiva della risarcibilità del danno da provvedimento illegittimo favorevole poi annullato, quando l'illegittimità è agevolmente rilevabile «*in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti*». In altri termini, mentre l'Amministrazione si presuppone essere sempre in buona fede, e la responsabilità dei funzionari è comunque attentamente circoscritta, per l'aggiudicatario illegittimo si sancisce che, usando la buona diligenza dell'operatore economico, avrebbe dovuto intuire che la sua aggiudicazione era illegittima.

Sul tema dei rapporti tra committente e aggiudicatario, va inoltre rimarcata

l'introduzione della previsione – negli artt. 5 e 124 – dell'esperibilità di un'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione (condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara) nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita.

L'interpretazione che verrà data a questa disposizione sarà particolarmente importante.

Appare evidente, infatti, che, se, da un lato, si rende eccezionale l'adozione delle misure cautelari e si blocca l'effetto della sospensione e dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto e, dall'altro lato, si prevede che l'onere del risarcimento ricade, almeno in parte, sull'aggiudicatario, il sistema che si apre sempre più a una tutela meramente risarcitoria rischia di risultare troppo pregiudizievole per gli operatori economici, nonché molto pericoloso anche sotto il profilo degli eventuali rapporti e strategie poco virtuose che potrebbero stabilirsi tra questi ultimi nelle gare economicamente più rilevanti.

1. Si tratta della versione scritta dell'intervento presentato alla tavola rotonda "Pubblica Amministrazione e giustizia amministrativa in Italia. Sfide attuali e prospettive future" tenutasi il 15.12.2022, presso l'Università degli Studi di Milano, in occasione dell'Incontro di studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022).

Consiglio di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2023, n.
2084

Federico Finazzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-31

Il Consiglio di Stato chiarisce che, nell'ambito delle procedure di selezione degli avvocati esterni, la Pubblica Amministrazione deve verificare che il prezzo offerto sia rispettoso dell'equo compenso, atto a tutelare la categoria forense da fenomeni anticoncorrenziali e ad assicurare la qualità della prestazione.

The Council of State clarifies that during the selection procedures for external lawyers, the Public Administration must verify that the price offered is respectful of the principle of fair remuneration ("equo compenso"), which can protect the legal profession from anti-competitive practices and ensure the quality of the service.

All'esito di una procedura di selezione per l'affidamento di un incarico di rappresentanza legale, l'Amministrazione comunale individuava quale professionista da incaricare quello che – tra i tre soggetti selezionati – aveva presentato il preventivo più conveniente. In particolare, il professionista selezionato aveva indicato un importo complessivo di 3.172,00 euro (tra compenso professionale e oneri di legge) per l'attività di assistenza legale nell'ambito di un contenzioso pendente avanti il T.A.R. Lombardia – Brescia, promosso da un operatore avverso l'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di lavori pubblici del valore di 305.921,77 euro (oltre IVA).

Uno dei due professionisti che avevano formulato e trasmesso il proprio preventivo di spesa (meno conveniente per l'Amministrazione comunale) si è rivolto al T.A.R. Lombardia, Brescia impugnando la determinazione del Responsabile del Settore con cui veniva conferito l'incarico al collega. In particolare, le censure sollevate erano incentrate (i) sulla violazione da parte

dell'Amministrazione comunale del principio del c.d. "equo compenso" di cui all'art. 13-bis della L. 247/2012; (ii) sulla violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità da parte del Comune, che aveva palesato solo alla conclusione della selezione che la comparazione delle offerte era avvenuta sulla base del solo criterio del prezzo più basso.

Con riferimento all'equo compenso, il ricorrente evidenziava che il compenso deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro da svolgere, nonché alle caratteristiche della prestazione legale; inoltre, il ricorrente rilevava che il preventivo del soggetto a cui il Comune aveva conferito l'incarico risultava in violazione dei parametri tabellari di cui al D.M. n. 55/2014, che conducevano ad un'offerta minima di 6.888,00 euro (al netto dei contributi previdenziali e dell'IVA).

Il T.A.R. Lombardia, Brescia respingeva il ricorso promosso con la sentenza n. 1088 del 20 dicembre 2021. In particolare, il giudice offriva una ricostruzione complessiva dell'istituto del c.d. "equo compenso", all'esito della quale riteneva di scartare l'interpretazione letterale della previsione di cui all'art. 19-quaterdecies, comma 3, D.L. n. 148/2017, secondo cui «*La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*». A tal proposito, il giudice di prime cure evidenziava che la disposizione in esame avrebbe dovuto essere interpretata tenendo conto della ratio dell'equo compenso, da cui si evincerebbe che l'Amministrazione sarebbe tenuta al rispetto dello stesso nei soli casi in cui, a causa della propria preponderante forza contrattuale, vi sia una definizione unilateralmente della misura del compenso spettante al professionista (con imposizione senza alcun margine di contrattazione). A sostegno della conclusione, il Collegio citava precedenti analisi giurisprudenziali sul tema (tra cui quelle svolte da T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 aprile 2021, n. 1071 e da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 27 agosto 2021, n. 9404), rilevando che (i) nel caso di partecipazione ad una procedura selettiva, il professionista non accetta un compenso predeterminato dall'Amministrazione; (ii) in ogni caso, il criterio dell'equo compenso deve essere interpretato tenendo conto anche delle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Il giudice di primo grado respingeva anche la censura relativa alla mancata informazione ex ante ai professionisti coinvolti della scelta dell'offerta sulla base del solo criterio del prezzo più basso. A tal proposito, il T.A.R. rilevava che l'Amministrazione non aveva bandito una procedura concorsuale, ma si era limitata a condurre un'indagine di mercato finalizzata ad un affidamento diretto. Di conseguenza non vi era alcun obbligo di esternare preventivamente il criterio in base al quale si sarebbe operata la scelta del professionista.

Con ricorso in appello, il soccombente in primo grado ha riproposto le proprie argomentazioni, evidenziando contestualmente che il giudice di prime cure aveva frainteso il thema decidendum. Infatti, secondo l'appellante, il T.A.R. si era limitato a valutare la possibilità di applicare il principio del c.d. equo compenso nel caso delle selezioni di avvocati esterni effettuate dalle Pubbliche Amministrazioni, escludendo invece di pronunciarsi sulle censure, da esso sviluppate, relative alla possibilità per il Comune di selezionare il professionista senza tener conto del rapporto qualità/prezzo.

Con la sentenza n. 2084 del 28 febbraio 2023, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia di primo grado dichiarando l'illegittimità della determinazione con cui il Comune aveva conferito l'incarico al collega del ricorrente/appellante (ai fini della futura proposizione dell'azione risarcitoria, dato che nel frattempo l'incarico era stato portato a termine).

In via preliminare, il Collegio ha rigettato l'eccezione di inammissibilità dell'appello, fondata sul fatto che l'appellante si era classificato terzo all'esito della procedura selettiva de qua (eccezione riproposta dall'Amministrazione appellata con memoria ex art. 73 c.p.a.). A tal riguardo, il giudice di appello – oltre a rilevare che l'eccezione non era stata oggetto, come necessario, di apposita riproposizione con memoria ex art. 101, comma 2, c.p.a. – ha evidenziato come le contestazioni mosse con il ricorso di primo grado fossero relative al modus procedendi seguito dalla P.A. nella scelta del libero professionista; di conseguenza, non era possibile conferire alcun rilievo ad una presunta graduatoria che, peraltro, risultava inesistente nel caso concreto (dato che il Comune si era limitato a richiedere ai tre professionisti interpellati un preventivo).

Quanto all'accoglimento dell'appello nel merito, il Collegio ha chiarito che risulta possibile non prevedere alcun compenso per lo svolgimento di un incarico

professionale di assistenza in giudizio in favore di un'Amministrazione. Infatti, *«la normativa sull'equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba necessariamente essere equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione (l'ulteriore e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto»*. Partendo da tale premessa, la Sezione ha chiarito che quando per la prestazione difensiva pubblica è previsto un compenso, anche la Pubblica Amministrazione deve *«rispettare il criterio dell'equo compenso quale normativamente determinato»* e verificare che le offerte ricevute siano rispettose del principio in questione. Infatti, solo così l'Amministrazione può garantire tutela alla categoria forense da fenomeni anticoncorrenziali e, contestualmente, assicurare la qualità della prestazione che verrà resa dal professionista.

A sostegno di tale lettura, il giudice di appello richiama alcune sentenze della Corte di Giustizia UE (cfr. sent. 23/11/2017, in C-427/2016 e C-428/2016; sent. 04/07/2019, n.377, in C377/17; sent. 05/12/2006, in C-94/04 e C-202/04), evidenziando che il giudice comunitario non abbia escluso a priori la possibilità di imposizione di minimi tariffari per le prestazioni rese dai professionisti, dato che gli stessi possono, da un lato, (a) evitare che all'eccessivo ribasso corrisponda un peggioramento della qualità dei servizi forniti e, dall'altro lato, (b) limitare il rischio di (auto)esclusione di quegli operatori che non presenterebbero offerte eccessivamente al ribasso. Infatti, *«se è vero che le prestazioni professionali degli avvocati devono essere espletate con professionalità anche indipendentemente dalla misura dell'onorario, non può tuttavia negarsi che l'interesse ad assumere incarichi per l'Amministrazione da parte dei professionisti più qualificati dipenda largamente anche dall'adeguatezza del corrispettivo offerto e dal rispetto della dignità professionale della classe forense»*.

Infine, quanto ai criteri di scelta del professionista, il Consiglio di Stato ha rilevato che gli stessi devono essere *«predeterminati e resi noti agli offerenti»*, al fine di garantire il rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento, efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa. Principi che sono richiamati anche dall'art. 19-quaterdecies, comma 3, D.L. n. 148/2017 e che vengono attuati anche tramite *«la corresponsione di tariffe corrispondenti all'equo compenso»*.

Senza-titolo-1 [PDF sentenza](#)

CERIDAP

Consiglio di Stato, Sez. V, 22 marzo 2023, n.
2911

Giulia Re Ferrè

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-54

A fronte di una petizione o di una proposta avente ad oggetto la richiesta di revoca di un provvedimento non sorge un obbligo di provvedere in capo all'amministrazione e dunque non è configurabile un'ipotesi di silenzio inadempimento nel caso in cui essa non adotti alcun provvedimento in autotutela.

A request to revoke a measure by means of a petition does not give rise to an obligation on the part of the public administration to take any measure. Consequently, if the public administration does not adopt any act in self-defense its silence does not constitute a default.

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza del 22 marzo 2023, ha avuto modo di pronunciarsi sulla non doverosità dell'autotutela a seguito della richiesta di riesame dell'atto di primo grado formulata attraverso strumenti di democrazia partecipativa quali la proposta e la petizione.

In primo grado i ricorrenti avevano chiesto l'annullamento del silenzio formatosi su petizione e proposta inoltrate ex artt. 33 e 34 dello Statuto Comunale del Comune di Varese Ligure, dal gruppo "Varese per l'acqua pubblica". Ai sensi dei citati articoli era stato chiesto l'intervento dell'amministrazione comunale al fine di garantire la gestione pubblica e partecipata del servizio idrico integrato (S.I.I.), nonché la revoca della delibera del Consiglio comunale con la quale la concessione del S.I.I. veniva affidata alla società Sviluppo Varese s.r.l. Parte ricorrente asseriva, infatti, che a fronte di tale petizione e proposta non era stato seguito l'iter imposto dal regolamento comunale, poiché la petizione non era stata assegnata da parte del Sindaco all'esame dell'organo competente, né

inoltrata ai Gruppi consiliari, e tantomeno l'organo competente si era pronunciato nel termine di trenta giorni come disposto dall'art. 33 del reg. comunale. Allo stesso modo, relativamente alla proposta non era stato acquisito il parere dei Responsabili dei Servizi interessati, né del Segretario Comunale, né era stato trasmesso l'atto all'organo competente e ai Gruppi consiliari e conseguentemente l'organo competente non aveva adottato alcun provvedimento. L'unico riscontro era stato una lettera del Sindaco, priva di data e numero di protocollo, recapitata ad alcuni cittadini del Comune.

Parte resistente sosteneva, invece, che la lettera del Sindaco, con cui si dava atto della mancanza dei presupposti per poter accogliere le richieste avanzate con petizione e proposta, rappresentasse l'atto conclusivo del procedimento.

Ai sensi dell'art. 31 c.p.a., dunque, i ricorrenti chiedevano la condanna dell'amministrazione ad adottare i provvedimenti di competenza e, in subordine, la nomina di un commissario *ad acta*.

In primo grado, il T.A.R. per la Liguria ha respinto il ricorso per manifesta infondatezza, pur riconoscendo che la procedura prevista dagli art. 33 e 34 dello Statuto comunale non era stata rispettata. La causa è giunta, quindi, successivamente davanti al Consiglio di Stato, il quale, pur respingendo l'appello, ha posto a fondamento della sentenza ragioni diverse da quelle condivise dal Tribunale di primo grado.

In sede di appello il giudice ha evidenziato la necessità di coordinare gli strumenti partecipativi della petizione e della proposta e l'obbligo di provvedere sulle stesse con i principi generali del procedimento amministrativo contenuti nella legge 241 del 1990, i quali non sono derogabili da fonte subordinata.

A venire in evidenza è, innanzitutto, il principio di non doverosità dell'autotutela, salvo eccezioni espressamente previste. Esso rileva poiché l'oggetto della petizione consiste di fatto nella richiesta di revoca della delibera del Consiglio Comunale con cui la concessione del S.I.I. è stata conferita alla società Sviluppo Varese s.r.l. Dalla non doverosità dell'autotutela discende l'assenza di un obbligo di provvedere in capo al Comune e dunque l'impossibilità della formazione del silenzio inadempiuto.

Questa ricostruzione si inserisce all'interno di un consolidato orientamento giurisprudenziale, espressamente richiamato nella sentenza in esame, che esclude l'obbligo di provvedere a fronte di un'istanza del privato volta a sollecitare il

riesame di un atto inoppugnabile; l'esistenza di un tale obbligo generalizzato, infatti, minerebbe la certezza e la stabilità dei rapporti. Si deve inoltre considerare che la petizione e la proposta miravano ad ottenere un provvedimento di revoca disciplinato dall'art. 21-*quinquies* della L. 241/1990 connotato, per sua stessa natura, da ampia discrezionalità poiché postula una valutazione non già sulla legittimità dell'atto di primo grado, bensì sulla sua opportunità. I presupposti consistono, infatti, nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto e in una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario. Ne consegue che l'istanza presentata dai privati può avere, al più, una funzione sollecitatoria, ma nessun obbligo sorge in capo all'amministrazione, la quale è l'unica titolare del potere di valutare la sussistenza di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto. Tuttavia, proposta e petizione sono strumenti di democrazia partecipativa che permettono ai cittadini di sollecitare l'intervento pubblico relativamente a problematiche di rilievo sociale; ne discende che, pur non facendo sorgere un obbligo in capo alla pubblica amministrazione di agire in autotutela, tali atti devono essere trattati secondo quanto stabilito dalle fonti normative che li prevedono non potendo essere considerati *tamquam non essent*.

CdS-Sez.-V-2911-2023 [PDF sentenza](#)

Cassazione Civile, Sezioni Unite, 1 febbraio
2023, n. 3077

Leonardo Scuto

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-2-10

In tema di danno ambientale, il principio di derivazione europea “chi inquina paga” non giustifica nessun obbligo in capo al proprietario non responsabile dell’evento inquinante di adottare interventi di messa in sicurezza di emergenza; i criteri di imputazione della responsabilità non possono prescindere dall’accertamento del nesso causale tra l’attività posta in essere dal soggetto e l’evento inquinante.

With regard to environmental damage, the “polluter pays” EU law principle does not imply any obligation on the part of the owner who is not responsible for the polluting event to adopt emergency safety measures; the criteria for attributing liability cannot disregard the need to ascertain a causal link between the activity carried out by the subject and the polluting event.

Con la sentenza n. 3077 del 1° febbraio 2023, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno affrontato una delle questioni più dibattute in materia di diritto ambientale, giungendo ad una serie di rilievi interessanti – e per certi versi innovativi – circa la tematica relativa alla responsabilità per danno ambientale.

Attraverso una lettura sistematica della normativa nazionale ed europea, nonché alla luce della giurisprudenza civile, amministrativa e comunitaria, la Corte, nella sua più autorevole composizione, è intervenuta sull’interpretazione del criterio di imputazione della responsabilità ambientale, ritenendo che, pur a fronte del principio “*chi inquina paga*”, la sua applicazione non possa prescindere dall’accertamento del nesso causale tra l’attività posta in essere dal soggetto e gli elementi inquinanti, stante la necessità – in ultima battuta – di procedere mediante uno specifico accertamento della responsabilità soggettiva per colpa o

dolo del soggetto ritenuto responsabile.

Nel caso di specie, ARPA Campania svolgeva accertamenti presso il sito di bonifica di interesse nazionale denominato “*Litorale Domizio flegreo ed Agro aversano*”, all’esito dei quali l’Ente medesimo aveva rilevato il superamento dei valori-limite di numerose sostanze contaminanti (nello specifico, erano state superate le concentrazioni soglia di contaminazione, le c.d. “CSC”, previste dalla relativa normativa applicabile).

La complessa vicenda giudiziaria prendeva, infatti, le mosse dall’impugnazione, da parte della Società proprietaria del sito, del decreto con cui l’allora Ministero dell’Ambiente (di seguito, il “Ministero”) aveva prescritto alla medesima Società di attuare, entro 10 giorni, i c.d. interventi di messa in sicurezza d’emergenza (di seguito, “MISE”) relativi alle falde acquifere trovate contaminate in prossimità della cava, dove venivano stoccati i rifiuti raccolti, congiuntamente all’adozione di misure di prevenzione e di bonifica dei suoli e della falda, a pena di interventi sostitutivi, così come previsti dal d.lgs. n. 152/2006 (nel prosieguo, il “Codice dell’Ambiente”).

Al fine di comprendere a pieno la portata della sentenza in commento, è utile ripercorrere brevemente il complesso *iter* procedimentale che è infine scaturito nella rimessione della vicenda alla Corte di Cassazione.

I provvedimenti adottati dal Ministero venivano impugnati dalla Società prima avanti al T.A.R. territorialmente competente e poi il giudizio proseguiva innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (di seguito, il “T.S.A.P.” o il “Tribunale”): con tali mezzi, la Società contestava la violazione delle disposizioni in tema di bonifica di cui alla Parte IV del Codice dell’Ambiente che le era stata contestata.

Contemporaneamente, ribadiva la propria estraneità circa il titolo ad ottemperare, censurando l’omessa identificazione del responsabile della contaminazione da parte dell’Autorità preposta e, da ultimo, affermava la propria totale estraneità ad ogni tipo di responsabilità ambientale, sul presupposto che i fenomeni inquinanti, al contrario di quanto sostenuto dal Ministero, erano invece da ricondursi alle peculiarità morfologiche del territorio.

Successivamente, il T.S.A.P. – pur condividendo quanto dedotto in sede di sindacato amministrativo circa l’errore in cui erano incappati gli Enti nel ricondurre il processo d’inquinamento all’insediamento della Società –

concludeva che, in virtù del principio di derivazione comunitaria “*chi inquina paga*”, l’onere di adottare le MISE gravasse in ogni caso sul proprietario o, alternativamente, sul detentore c.d. “qualificato” del sito; così facendo, a parere del T.S.A.P., era possibile prescindere dall’accertamento circa la sussistenza del dolo e della colpa, in virtù dei principi di prevenzione e di riparazione del danno ambientale.

In base al principio comunitario testé richiamato, il Tribunale riteneva scelta interpretativa adeguata l’aver adottato il criterio della c.d. responsabilità oggettiva, considerando, quindi, sufficiente la dimostrazione della materiale causazione del danno o del pericolo ambientale.

Dunque, la ricorrente, avverso la sentenza del T.S.A.P., proponeva ricorso in Cassazione, ricorso che era devoluto sulla base del seguente specifico quesito circa la «*contestazione nella vicenda del principio ‘chi inquina paga’ di cui alla Direttiva 2004/35/CE e comunque di ogni responsabilità ambientale, anche a titolo oggettivo o prescindendo da una condotta causativa del danno, in capo al proprietario/gestore richiesto di provvedere alla messa in sicurezza di emergenza, in difetto della individuazione del responsabile della potenziale contaminazione*».

In tal senso, parte ricorrente – nei primi due motivi del ricorso, ritenuti poi fondati dalle Sezioni Unite – sottolineava, *inter alia*, la scorretta applicazione alla vicenda del principio “*chi inquina paga*” e l’erronea mancata individuazione del reale responsabile della potenziale contaminazione.

A sua volta, il Supremo Collegio considerava incontrovertibile l’estraneità della Società ai fatti contestati: in particolare, le Amministrazioni competenti non avevano in alcun modo dimostrato una correlazione causale tra l’attività svolta dalla Società e la contaminazione della falda e del relativo sottosuolo.

Pertanto, stante la condizione rilevata poc’anzi, il Collegio contestava i rilievi a cui era giunto il T.S.A.P., secondo cui la legittimità delle prescrizioni adottate dagli Enti fosse possibile esclusivamente sulla base della sussistenza di una relazione peculiare tra la Società ed il sito. Più specificatamente, la decisione del Tribunale, oggetto di ricorso, incentrava il proprio *iter* argomentativo sul tema della proprietà o della c.d. “detenzione qualificata”, secondo il criterio di responsabilità oggettiva sancito, *inter alia*, dalla Direttiva 2004/35/CE.

Le Sezioni Unite, al contrario, hanno ritenuto le conclusioni del T.S.A.P. non condivisibili, sulla base dei filoni interpretativi della giurisprudenza nazionale ed

europea.

Ed infatti la complessa analisi della disciplina multilivello che caratterizza i temi della prevenzione e della riparazione del danno ambientale costituisce il nucleo fondante dell'impianto motivazionale della pronuncia in commento, all'interno del quale ampio spazio viene riservato al principio "*chi inquina paga*", in particolare, alla luce del secondo considerato della Direttiva 2004/35/CE.

La *ratio*, dunque, così come individuata dal Supremo Collegio, risiede nel seguente importante assunto: *«imporre al soggetto inquinatore l'obbligo di riparare il danno o, in alternativa, quello di tenere indenne la comunità territoriale che l'abbia evitato o rimosso, significa pertanto addossare – non in chiave etica ma di efficacia, come rilevato nell'analisi economica di tale sistema - le esternalità negative [...] a carico del soggetto cui sia riferibile l'attività, evitando alterazioni di mercato [...], senza oneri per la collettività ovvero costi assunti in via definitiva dall'ente pubblico; viene così scongiurato ogni scenario di alternativa monetizzazione dell'inquinamento, disincentivato dallo scaricarsi sui soli prezzi, senza altri interventi ed invece declinandosi il principio riassuntivo 'chi inquina paga' nella riparazione più diretta del danno ambientale [...], ad opera dell'autore (operatore in attività classificata pericolosa o terzo imputabile ad altro titolo) o, in sua vece e con recupero dei costi, a cura dell'ente pubblico»* (paragrafo 12).

Occorre, innanzitutto, sottolineare come appaia ben più controversa l'interpretazione del criterio di imputazione della responsabilità per danno ambientale, la quale trova le sue fondamenta nell'importante quesito vertente sulla scelta di un modello di responsabilità di tipo oggettivo o se, diversamente, possa (e debba) prevalere un criterio di imputazione soggettiva: l'indagine svolta dalla Suprema Corte è, infatti, volta a comprendere se l'interpretazione dell'intero assetto normativo italiano – anche alla luce dei principi indicati dalla Direttiva 2004/35/CE – sia *ex se* idonea a giustificare una responsabilità oggettiva del proprietario in quanto tale.

Ebbene, in base a quanto affermato dalle Sezioni Unite, ed alla luce del quadro regolatorio nazionale e comunitario, non è possibile rinvenire alcun obbligo ad adottare interventi di MISE gravanti in via diretta ed in forma esplicita sul proprietario, nel caso in cui, come quello di specie, non sia autore della condotta contaminante.

Al fine di comprendere appieno l'approdo a cui è giunta la Suprema Corte, risulta rilevante richiamare quanto disposto dall'art. 311 del Codice dell'Ambiente, il quale attribuisce la responsabilità oggettiva a chi gestisce attività professionali specifiche, e quella soggettiva in capo a «*chiunque altro cagioni un danno ambientale*» (cfr. c. 2, art. 311, Codice dell'Ambiente).

In tal senso, la Corte giunge alla conclusione secondo la quale vada «*[...] esclusa una indicazione comunitaria alla riparazione del danno – almeno e già per questa via – a carico di chi non abbia svolto l'attività professionale di operatore, bensì venga chiamato a rispondervi nella veste di titolare di diritti dominicali o addirittura, come nel caso, con nesso eziologico escluso dallo stesso giudice dell'accertata condotta, non potendo la mera enunciazione di indizi di posizione, per un'attività non classificata dallo stesso d.lgs. n. 152 del 2006 a rischio d'inquinamento, sostituire di per sé la prova del predetto necessario nesso causale*» (paragrafo 16).

L'articolata analisi che caratterizza la sentenza in commento si focalizza, poi, sulla distinzione tra i doveri incombenti sul proprietario incolpevole dell'inquinamento ed il responsabile dello stesso.

La distinzione acquista particolare rilievo dal momento che gli effetti a carico del proprietario incolpevole sono quelli prescritti dall'articolo 253 del Codice dell'Ambiente: il proprietario dovrà adottare solamente le misure di prevenzione idonee a contrastare un evento che, in passato, abbia creato una minaccia imminente per l'ambiente, al fine di impedirla. In tal senso, «*le norme contemplanti il proprietario [...] dovrebbero essere rilette come un coinvolgimento per un verso doveroso (di ogni comunicazione alla P.A. del superamento attuale o altamente possibile delle CSC, le concentrazioni di soglia di contaminazione) per l'attuazione, senza distinzione, di tutte le misure di prevenzione (stante il richiamo all'art.242) e, per altro, pienamente partecipativo all'intero iter dell'intervento preventivo*» (paragrafo 25).

Nel solco della distinzione di cui si è dato conto poc'anzi, il responsabile dell'inquinamento risulta, a differenza del proprietario incolpevole, obbligato, già a partire dalle prime 24 ore – come previsto dall'art. 242 del Codice dell'Ambiente – ad adottare le misure necessarie di prevenzione e le MISE, al fine di procedere con la bonifica del sito inquinato.

In conclusione, a parere della Suprema Corte, «*l'Amministrazione non può*

CERIDAP

imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia anche l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di realizzare le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica [...], in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall'art. 253, in tema di oneri reali e privilegio speciale immobiliare, tale essendo la netta distinzione tra la figura del responsabile dell'inquinamento e quella del proprietario del sito, che non abbia causato o concorso a causare la contaminazione; così che [...] il proprietario 'non responsabile' dell'inquinamento è tenuto, ai sensi dell'art. 245, comma 2, ad adottare le misure di prevenzione [...], ma non le misure di messa in sicurezza d'emergenza e bonifica [...]» (paragrafo 32).

Cass.-Civ.-Sez.-Unite-1-febbraio-2023-n.-3077-7 [PDF sentenza](#)