

DIALOGHI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

LAVORI DEL LABORATORIO
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO 2022-2023



a cura di
Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone, Enrico Zampetti

48

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TrE-Press
2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODDIGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023
43. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, 2023
44. E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, 2023
45. C. SALVI, *Cinquant'anni di scritti giuridici*, 2024
46. D. CHINNI, L. PACE (a cura di), *Il Referendum abrogativo dopo la tornata del 2022. Nuove tendenze e nodi irrisolti*, 2024
47. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il futuro dell'Accademia. Scritti dedicati agli allievi*, 2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

DIALOGHI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

LAVORI DEL LABORATORIO
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO 2022-2023

a cura di
Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone,
Enrico Zampetti

48

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press
2024

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro Roma TrE-Press

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO** mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press

Roma, dicembre 2024

ISBN: 979-12-5977-401-9

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della Roma TrE-Press è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguere in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Introduzione</i>	11

STUDI

RAFFAELLA DAGOSTINO, <i>Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella PA</i>	15
NICOLA BERTI, <i>Riforma e modificazione del provvedimento amministrativo</i>	69
DAVIDE PALAZZO, <i>Intelligenza artificiale e scelte amministrative. La discrezionalità alla prova degli algoritmi</i>	91
MARCO CALABRÒ, <i>Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell’azione amministrativa: spunti per un dialogo</i>	147
SILVIA TUCCILLO, <i>Le declinazioni del “tempo” nell’azione amministrativa: un percorso di studio</i>	165

SENTENZE E ATTUALITÀ

GIORGIO CAPRA, ANTONIO PERSICO, <i>V.Inc.A. e silenzio-assenso endoprocedimentale: tra garantismo e creazionismo giurisprudenziale (Nota a CGA, 4 marzo 2024, n. 172)</i>	195

CONTRIBUTI

CLARA NAPOLITANO, <i>Il tempo nella decisione amministrativa complessa: dissensi tra Amministrazioni, semplificazioni e accelerazioni</i>	225
GIANMARCO POLI, <i>Ruit hora: garanzia del tempo dell’individuo e rimedi processuali contro l’inerzia dell’Amministrazione</i>	253
FLAMINIA APERIO BELLA, <i>Pubblico, privato e comunità in sanità. Un’unificazione di prospettive nel paradigma collaborativo</i>	295
ENRICO ZAMPETTI, <i>Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica</i>	341
ANDREA CARBONE, <i>Considerazioni generali sull’organizzazione amministrativa</i>	369

elementi, proposizioni o statuizioni tra loro inconciliabili, tale per cui non sia dubbio il senso effettivo del provvedimento originario. In altri termini, l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente ricostruibile da chiunque. Laddove, invece, *la modifica attenga ad elementi di fatto o presupposti motivazionali che costituiscano diversità di oggetto e di effetti sostanziali*, il provvedimento "innovativo" avrà efficacia propria, costituendo una rinnovazione della volizione amministrativa, come tale suscettibile di produrre autonomamente gli effetti propri di quest'ultima, *in sostituzione* del provvedimento originario, che dunque perde la propria efficacia»¹¹.

Si vede così come la distinzione (nella prassi, invero, affatto agevole) fra mera rettifica e riesame (sostitutivo) attenga non già all'"entità" dell'intervento correttivo, bensì alla sua idoneità a modificare la decisione dell'amministrazione come già assunta in una fase giuridicamente e logicamente anteriore alla sua esternazione (e ricavabile con certezza dalle risultanze procedimentali), non essendo consentito all'amministrazione "mascherare" un intervento di ripensamento mediante un *maquillage* estetico del testo provvedimentale. Il responso sibillino «*ibis, redibis (,) non (,) morieris in bello*», del resto, dimostra che anche il mero dislocamento di un segno di interpunzione può determinare un esito decisorio totalmente antitetico.

3. *La modifica del provvedimento come fattispecie (convalida)*

L'art. 21-*nonies*, comma 2, della legge 241 del 1990 conferisce all'amministrazione un potere generale di *convalida* della fattispecie formale del provvedimento amministrativo, avente un effetto di *sanatoria* dell'imperfezione di natura invalidante¹². Essa, dunque, comporta una

¹¹ TAR Lazio (Roma), Sez. II, 29 novembre 2021, n. 12359.

¹² Sulla convalida v. P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937; E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 856 ss.; G. SANTANIELLO, (voce) *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 503 ss.; L. MAZZAROLLI, (voce) *Convalida. II) Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. GHETTI, (voce), *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, p. 347 ss.; V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*,

modificazione correttiva dell'atto inteso quale elemento che concorre, unitamente al procedimento diretto alla sua emanazione, alla determinazione della fattispecie formale dell'esercizio del potere, comprensiva cioè di tutte le componenti strutturali dell'atto che di questo rappresentano condizione di validità (formale)¹³.

In altri termini, la situazione di invalidità oggetto di sanatoria non attiene alla fattispecie della situazione giuridica di potere esercitata (la cui integrazione, anzi, è presupposta, non potendosi altrimenti procedere ad una convalida), bensì alla diversa fattispecie normativa dell'atto formale di esercizio di quest'ultima, siccome non perfezionata. A questo proposito, la giurisprudenza ha affermato che «la convalida non determina una modificazione strutturale del provvedimento [...] bensì il sorgere di una *fattispecie complessa*, derivante dalla “saldatura” con il provvedimento convalidato, fonte di una sintesi effettuale autonoma»¹⁴.

Invero, l'effetto esplicato dalla sanatoria è esattamente quello di consolidare gli effetti giuridici (validi nella sostanza), ancorché precari in quanto “sorretti” dalla fattispecie dell'atto annullabile per vizio nella procedura o nella forma, mutandone il modello di operatività secondo una nuova fattispecie (sussidiaria e necessariamente complessa) di validità, in quanto tale produttiva di effetti non rimuovibili mediante l'(auto) annullamento (da cui la retroattività apparente dell'effetto sanante).

Poiché, come detto, il provvedimento costituisce atto di esercizio del potere, taluni contenuti testuali di quest'ultimo, diversi dal dispositivo, possono concorrere a determinare le condizioni di validità formale; sicché una convalida con effetto di sanatoria degli effetti ben potrebbe essere realizzata mediante una modificazione dell'atto, in tal caso ricadendosi nell'ipotesi della convalida attizia (o con modificazione dell'atto).

in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 2221; G. MANNUCCI, *La convalida in corso di giudizio: spunti ricostruttivi alla luce del mutato regime di invalidità dell'atto*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 178; S. VASTA, *Convalida e vizi sostanziali: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 953 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 501 ss.; B. ACCETTURA, *La convalida del provvedimento. Studio sull'inversione dell'interesse*, Napoli, 2023; A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida*, Torino, 2024.

¹³ Sulla “perfezione” come qualificazione dell'atto dal punto di vista della funzione nella sua manifestazione formale v. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, p. 495.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Dir. proc. amm.*, 2022, I, p. 188 ss., con nota dello scrivente *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*; cfr. altresì F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

Tuttavia, è noto che l'evoluzione ordinamentale si sia caratterizzata per una progressiva "dequotazione" del rilievo invalidante dei vizi sulla forma degli atti, ora in ragione del loro carattere minimale (in tal caso ascrivendoli alla categoria sostanziale della irregolarità)¹⁵, ora in virtù della loro innocuità rispetto al contenuto dispositivo (in tal caso ascrivendoli alla categoria processuale della non annullabilità, *ex art. 21-octies*, comma 2, della l. 241 del 1990); nonché, al di fuori di questi casi, per una tendenziale riconduzione alla categoria della nullità dei vizi più gravi, per carenza di un elemento essenziale *ex art. 21-septies* della l. 241 del 1990.

Si vede così come i margini di operatività della convalida di vizi sulla forma degli atti si siano sensibilmente ridotti, in quanto l'istituto è divenuto ora inutile (laddove il vizio non comporti invalidità) ora non invocabile (laddove non vi sia alcun effetto da consolidare in ragione del vizio di nullità). Non sorprende dunque che la convalida oggi operi principalmente per rimediare a uno dei pochi vizi sulla forma degli atti di natura permanentemente invalidante, e cioè il vizio di motivazione (discorsiva).

Ma tale riferimento privilegiato (se non esclusivo) al difetto di motivazione pare aver mutato anche la fisionomia del potere di convalida, in quanto sempre più orientato al rafforzamento della legittimità sostanziale del provvedimento adottato, operato tanto mediante la sanatoria della motivazione insufficiente, quanto attraverso l'integrazione di una motivazione riconosciuta già di per se sufficiente (in tal caso configurando una c.d. conferma integrativa, la quale – lungi dal rappresentare una nuova espressione del precedente potere – consiste piuttosto in un esercizio negativo dei poteri di secondo grado)¹⁶.

In definitiva, il rapporto tra autotutela ed illegittimità sembra oggi evol-

¹⁵ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

¹⁶ Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni giuridiche soggettive. II-2. Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, 2023, p. 197, nt., secondo cui «la conferma non rappresenta una nuova espressione del precedente potere, o l'espressione di un potere autonomo di secondo grado, ma corrisponde alla dichiarazione dell'insussistenza delle situazioni di potere di secondo grado che consentono la valutazione dell'accertamento originario [...]; in forza di tale rappresentazione, essa, correttamente, non necessita di uno specifico presupposto normativo. [...] La ricostruzione che si è data della conferma, si aggiunge ulteriormente, ascrive ad essa anche i casi in cui la nuova dichiarazione sul medesimo oggetto di fondi su presupposti giuridici e/o fattuali ulteriori (vi sia, in questo senso, un arricchimento della motivazione), purché l'originaria dichiarazione di sussistenza/insussistenza della/e situazione/i di potere di primo grado sia corretta, e non sia ravvisata un'invalidità formale o procedurale».

vere da un nesso di implicazione necessaria, rispetto al quale l'autotutela presuppone l'invalidità che essa serve a rimuovere, ad una relazione più complessa, in cui l'attività di secondo grado opera in funzione della rilevazione dell'evidenza della legittimità "sostanziale" del provvedimento, apparendo quindi spesso destinata a produrre più che altro certezza giuridica¹⁷.

Del resto, appare plausibile che la norma in questione – nell'affermare la "possibilità" di convalida, per segnarne l'alternatività rispetto all'annullamento d'ufficio discrezionale – abbia inteso sottrarre il completamento della fattispecie degli atti annullabili al regime di doverosità che invece connota tradizionalmente gli interventi di regolarizzazione e/o conferma integrativa di atti irregolari o comunque imperfetti (nel cui ambito, dunque, il potere di convalida si muoverebbe); doverosità che, non a caso, riemerge spesso nella giurisprudenza "per ragioni di equità e giustizia" a fronte di istanze di riesame "confermativo" funzionali alla rilevazione della legittimità sostanziale del provvedimento (es. acquisizione *ex post* di pareri facoltativi, integrazione della motivazione *etc.*)¹⁸ e in quanto tali spendibili (da parte dell'amministrazione o dello stesso privato) anche nel contesto processuale non solo amministrativo (ad esempio a seguito di specifico *remand*, ovvero su sollecitazione della parte interessata): paradigmatica l'affermazione del Consiglio di Stato in materia di rapporti fra autotutela sul permesso di costruire e incidente penale di esecuzione per reato edilizio secondo cui «non può obliterarsi che una eventuale conferma, con argomentazioni rafforzative, della legittimità dell'intervento risulta elemento spendibile dal privato all'interno del procedimento di incidente penale di esecuzione e, pertanto, la richiesta trova giustificazione anche nell'esigenza

¹⁷ Per questo rilievo, v. G. TROPEA, *La c.d. motivazione successiva tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 534 s. E ciò, del resto, in linea con una più generale tendenza evolutiva dell'autotutela amministrativa, la quale risulta progressivamente "piegata" a logiche di tutela giustiziale, anche sul piano processuale: su questi profili, cfr. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, cit.; in senso critico, M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, cit., spec. 95 ss.; sulla necessità di evitare la sovrapposizione del ruolo dell'amministrazione nell'esercizio della funzione di secondo grado e il ruolo procedurale che la stessa assume come parte del processo giurisdizionale v. A. CARBONE, *Potere e situazioni giuridiche soggettive (II-2)*, cit., p. 194 ss. Sulla funzione "processuale" dell'autotutela conservativa sia consentito nuovamente il rinvio a N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo*, cit., p. 188 ss.

¹⁸ Corrente è la massima per cui «vi è un obbligo di provvedere sulla istanza di autotutela quando ragioni di giustizia e di equità richiedono l'adozione di un provvedimento espresso ovvero tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni dell'Amministrazione».

di tutela del diritto di difesa, così ulteriormente giustificando l'obbligo di provvedere sul punto»¹⁹.

In quanto rivolta al perfezionamento della fattispecie formale dell'atto, è comunque escluso che il potere di convalida possa essere utilizzato per modificare il contenuto precettivo dello stesso, ancorché al fine di "sanare" situazioni di invalidità sostanziale: ciò che invece chiama in causa il differente potere di *riforma* (o *modifica in senso stretto*) del provvedimento, la quale impone perciò la ricerca di un autonomo fondamento legale.

4. *La modifica del provvedimento come decisione (riforma)*

La riforma (o modifica in senso stretto) designa una variazione del contenuto dispositivo del provvedimento finalizzata a porre rimedio (ove possibile) a stati di invalidità *sostanziale* rilevati in sede di riesame²⁰. Essa, dunque, in relazione alla fattispecie normativa di produzione degli effetti precettivi, attiene alla situazione giuridica di potere esercitata attraverso l'atto, e non già all'atto attraverso il quale detta situazione è esercitata²¹.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 183.

²⁰ In dottrina, fra i pochi a trattare *ex professo* la figura della riforma v. A. CORPACI, (voce) *Riforma e modificazione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 459 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p. 998 ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 385 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 632 ss. Più recentemente, M. IMMORDINO, *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati*, in L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, p. 262 s. e, da ultimo, S. VACCARI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Torino, 2024, spec. 174 ss. L'unico contributo monografico dedicato alla riforma è N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit.; in ambito francese, ove l'istituto è stato positivizzato nel 2016, v. F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Parigi, 2003, spec p. 126 ss.; ID., *Retrait et modification d'un acte administratif unilatéral*, in *AJDA*, 2002, p. 802 ss.; E. BARBIN, *La régularisation des actes administratifs*, Parigi, 2023, *passim*.

²¹ L'individuazione della fattispecie della situazione giuridica, all'interno della più ampia fattispecie dell'effetto che di quella è attuazione, ove la situazione è presente come elemento insieme all'atto di suo esercizio, è operata da F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 91 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 215 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, p. 183 s. Recentemente A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento. (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, p. 61 ss.

Ciò, come detto, vale a distinguere la figura in discorso dagli ulteriori interventi manutentivi di secondo grado – precedentemente esaminati – che, diversamente, si rivolgono alla fattispecie (materiale o formale) del provvedimento, in chiave correttiva (rettifica), sanante (convalida) o meramente integrativa (conferma propria), lasciandone intoccati gli effetti precettivi.

Ancorché da sempre conosciuta in diritto amministrativo²², la riforma (o modifica in senso stretto) del provvedimento non ha tuttavia trovato collocazione all'interno della legge 241 del 1990 nell'occasione dell'intervenuta positivizzazione dei poteri di autotutela ad opera della legge 15 del 2005; circostanza che non solamente ha fatto dubitare dell'effettiva compatibilità della figura in discorso con il fondamentale canone di legalità, ma altresì rende di complessa identificazione la disciplina ad essa concretamente applicabile²³.

Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria è dell'idea che la previsione legislativa dei principali esiti decisorii della potestà di secondo grado intervenuta con la predetta riforma non abbia inteso escludere il permanente esercizio dell'autotutela in tutte le forme tradizionalmente conosciute, soprattutto nelle ipotesi in cui si renda necessaria la semplice modificazione del regime decisorio precedentemente adottato, come nel caso della riforma, generalmente ricostruita in termini di *annullamento o revoca parziali*²⁴. Il descritto orientamento giurisprudenziale ancora riflette, a ben vedere, la ricostruzione tradizionale dell'istituto della riforma, come situato nel solco di una considerazione "materiale" del provvedimento, ove l'intervento modificativo avrebbe ad oggetto elementi documentali dell'atto e non già l'effetto complessivamente esplicato da quest'ultimo: in quest'ottica, l'intervento manutentivo parziale sul contenuto del provvedimento potrebbe ben essere ritenuto uno sfruttamento non integrale dei poteri

²² Perlomeno a far data da L. RAGNISCO, *Ricorso gerarchico e potere di riforma (in nota a Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 1910)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, 3-4, II, p. 185 ss.; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934^{IV}, p. 136 ss.; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, p. 196 ss.; A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, p. 92 ss.; e U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, p. 36 s.; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 81 s. e p. 226 s.; e a P. GASPARRI, *La invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939, p. 62 ss.

²³ Si tratta della domanda di ricerca da cui è originata la riflessione condotta in N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit.

²⁴ Si legga, a questo proposito, quanto sostenuto da TAR Piemonte, Sez. II, 6 maggio 2020, n. 263.

generali di rimozione (revoca e annullamento d'ufficio)²⁵.

Di ciò appare plastica testimonianza l'autorevole e tutt'oggi fortunata definizione secondo la quale la modifica consisterebbe nella «innovazione del contenuto dell'atto, e cioè nella introduzione in esso di uno o più elementi in alcun modo diversi da quelli originari»²⁶. In questa prospettiva, la riforma si manifesterebbe come un istituto volto alla produzione di una situazione effettuale (in parte) differente rispetto a quella originariamente esplicita da un atto amministrativo, ottenuta per mezzo dell'innovazione (ancorché parziale) del precetto, ovvero della rimozione (c.d. riforma-rimozione), sostituzione (c.d. riforma sostitutiva) o mera aggiunta (c.d. riforma aggiuntiva) di un qualche elemento incidente (in senso ampliativo o riduttivo) sugli effetti prodotti.

In questa logica, la riforma non sarebbe nient'altro che l'effetto di una manipolazione del "materiale" giuridico rappresentato dal provvedimento di primo grado, ottenuta per mezzo di una nuova dichiarazione di volontà amministrativa volta alla parziale rimozione, con eventuale sostituzione, ovvero mera aggiunta di un qualche contenuto testuale di questo, con implicita conferma egli effetti impregiudicati dall'intervento modificativo.

Tuttavia, la pretesa di "modificare l'atto per modificare l'effetto" non regge alle più avanzate ricostruzioni di teoria generale²⁷.

Sul piano della dinamica della produzione giuridica, infatti, è stato dimostrato come il provvedimento sia (soltanto) la fattispecie di una norma che, resa operativa a livello fattuale mediante la realizzazione dell'ipotesi normativa, produce quale effetto quello di elevare il disegno precettivo tracciato dal provvedimento a (nuova) norma²⁸; è questa che, resa a sua volta operativa²⁹, produce sul piano concreto la corrispondente situazione

²⁵ Per una serrata critica a tale impostazione, che finisce per assimilare impropriamente fattispecie di riforma a interventi di rimozione parziale v. S. VACCARI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, cit., spec. 174 ss.

²⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 732.

²⁷ Come invece sostiene, ad esempio, la c.d. *blue pencil doctrine* anglosassone, sulla quale ancora v. S. VACCARI, *L'invalidità parziale del provvedimento amministrativo*, cit., p. 79, ove si rimarca come secondo questa impostazione sarebbe possibile rimediare a stati di invalidità parziale del negozio attraverso l'espunzione di talune locuzioni dal documento «in senso metaforico: con la 'matita blu', ossia in un'accezione rigida di tipo 'grammaticale' e testuale».

²⁸ La tesi riportata è stata compiutamente sviluppata in F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 223 ss.

²⁹ Va precisato che, ancorché la nuova norma non si identifichi con la situazione effettuale concreta (effetto del provvedimento), la quale rappresenta piuttosto la conseguenza dell'operatività della nuova norma quando ne è integrata la relativa fattispecie, la norma

effettuale (gli effetti provvedimentali). Da ciò consegue che la funzione del provvedimento nel meccanismo di produzione giuridica è solamente quella di realizzare l'ipotesi normativa, poiché, una volta prodotti gli effetti, il provvedimento non svolge più alcun ruolo, in quanto giuridicamente rimane solo la regola degli interessi, ovvero la norma giuridica di origine provvedimentale³⁰.

Pertanto, il carattere additivo, parzialmente eliminatorio o sostitutivo proprio della riforma riveste una rilevanza meramente materiale, operativa, linguistica, si direbbe *redazionale*. Giuridicamente, il fenomeno della modifica si sostanzia, diversamente, sempre in una *successione* di una norma con un'altra norma di diverso contenuto effettuale, in cui alcun ruolo riveste la modificazione dei contenuti documentali o testuali del provvedimento: la coincidenza parziale degli effetti rappresenta un fattore eminentemente contingente, trattandosi di effetti non già confermati, bensì parzialmente riprodotti nel nuovo disegno normativo provvedimentale. In altri termini, non esisterebbe che un solo tipo di riforma dell'atto amministrativo, e segnatamente quella *sostitutiva*.

Ne discende che la modificazione degli elementi della fattispecie attizia che determinano il disegno provvedimentale degli effetti (il dispositivo) non è *di per sé* in grado di mutare gli effetti regolati (la situazione effettuale) in mancanza di un'interposizione legislativa, che conferisca all'amministrazione agente il potere di dare vita ad una nuova norma, in *sostituzione* della precedente. Come detto, tuttavia, una siffatta autorizzazione all'atto *sostitutivo* non si rinviene nel diritto amministrativo generale, ma soltanto in alcuni plessi normativi settoriali caratterizzati da particolare evolutività³¹.

di origine provvedimentale (non normativa o generale) è generalmente formulata in termini incondizionati e (non ipo-)teticici, sicché può dirsi immediatamente operativa (salva la previsione di condizioni, termini o atti/fatti integrativi dell'efficacia) in quanto la fattispecie realizzativa è costituita dalla sola valida esistenza della norma, anche alla luce della situazione fattuale complessiva nell'ambito della quale essa si inserisce. Sul punto v. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 242, n. 31. A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 452. Per una qualificazione dell'efficacia del provvedimento dal punto di vista del presupposto della fattispecie v. anche F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, 1987, oggi anche in *Scritti giuridici*, I, 2006, p. 493.

³⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 242, secondo il quale «nel secondo stadio il provvedimento non svolge alcun ruolo: troviamo soltanto la regola degli interessi, ovvero la norma giuridica di origine negoziale».

³¹ Si v. no quelli considerati in N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 125 ss.

5. Segue. *Il problema del suo fondamento*

Ancorché rappresenti una formula descrittiva, il riferimento alla *sostituzione* dell'atto risulta particolarmente efficace in quanto consente di posizionare immediatamente la questione della riforma del provvedimento sul piano che più propriamente le pertiene, ossia quello della successione nel tempo degli atti dei pubblici poteri; fenomeno, quest'ultimo, la cui caratterizzazione non può essere considerata come intrinseca o naturale ad una determinata funzione sovrana, ma costituisce un problema di stretto diritto positivo³².

In altri termini, le condizioni strutturali della modificazione di un atto dipendono dalle modalità attraverso le quali l'ordinamento consente la valida cessazione degli effetti di una norma in relazione al rinnovato esercizio del potere, e quindi, in ultima analisi, esse sono determinate dai criteri meta-normativi di composizione delle antinomie fra manifestazioni autoritative incompatibili cronologicamente successive. La nozione di "incompatibilità" qui in rilievo, peraltro, prescinde dalla difformità contenutistica fra atti, in quanto essa si pone anche fra atti di identico contenuto effettuale che, logicamente, non possono tuttavia essere co-efficaci³³: ciò che richiede in ogni caso l'individuazione di un criterio di prevalenza³⁴.

Si tratta, in definitiva, di comprendere come la meta-norma di produzione ordini il rapporto fra la cessazione degli effetti di un atto

³² A tale riguardo, imprescindibile è il riferimento ad A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi*, Milano, 1987, p. 327 ss., secondo il quale, in sede di critica alle teorie a lui contemporanee, «tutta la tradizionale dottrina del giudicato è più o meno orientata [...] in termini di politica del diritto [...]. Dalla esigenza che la *situazione del diritto amministrativo* sia sempre all'unisono con l'interesse pubblico non deriva direttamente che ogni atto amministrativo, in qualsiasi momento, possa essere adattato al mutato interesse pubblico [...]; e dal semplice interesse privato della parte alla intangibilità della decisione ad essa favorevole [...] non segue affatto che l'autorità sia per sempre vincolata a questa decisione; entrambe le fattispecie possono essere solo istanze *de lege ferenda*» (p. 336). Tale impostazione metodologica è accolta anche da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, *passim*.

³³ È il principio logico-giuridico del *ne bis in idem* a precludere la co-efficacia di situazioni co-effettuali; cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 80 s.

³⁴ È il problema, già rappresentato *supra*, della "conferma propria" come provvedimento riproduttivo. In argomento, v. A. BARUCCHI, *La riproduzione dell'atto amministrativo. Aspetti e problemi*, Torino, 1971, p. 205 s.

amministrativo e il riesercizio del potere in direzione incompatibile.

Sul piano astratto la soluzione è, come noto, binaria: o la meta-norma è *actus posterior abrogat priorem*, dando così luogo al fenomeno della c.d. abrogazione, la quale comporta la cessazione automatica degli effetti di un atto in conseguenza del mero riesercizio del potere³⁵; oppure essa è *actus posterior non abrogat priorem*, originando perciò la situazione di c.d. giudicato, il quale comporta un vincolo preclusivo al valido riesercizio del potere, la cui intensità può essere variamente modulata dal diritto positivo mediante l'attribuzione di poteri autonomi che consentano all'autore di disporre degli effetti prodotti dall'atto originario³⁶.

La questione, in effetti, è rilevante in quanto se si riconosce la sussistenza di un fenomeno di successione abrogativa fra provvedimenti non vi sarebbe ostacolo a ritenere che il fondamento del potere di modifica consista nel riesercizio del potere di primo grado e che quindi la legalità sia soddisfatta dall'attribuzione del potere originario; se invece non vi fosse un fenomeno abrogativo in diritto amministrativo, il fondamento della modifica andrebbe individuato altrove³⁷.

Al fine di risolvere la questione concernente il fondamento giuridico del potere di riforma, occorre, dunque, verificare lo schema di composizione delle antinomie valevole per gli atti amministrativi, rispetto ai quali difetta, a ben vedere, un criterio normativo espresso, e la cui precisa identificazione risulta invece dirimente per comprenderne il relativo regime di modificabilità.

Invero, neppure la Costituzione appare di particolare ausilio a questo fine stante l'intima conflittualità dei valori costituzionali in gioco, come

³⁵ Sul fenomeno abrogativo sono ancora fondamentali gli scritti di D. DONATI, *Abrogazione della legge* (estratto destinato al mai edito *Dizionario di diritto pubblico* curato da L. ROSSI e S. ROMANO), Modena, 1914; M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Perugia*, vol. LVI, ser. VI, vol. VII, Padova, 1942, p. 7 ss.; S. PUGLIATTI, (voce) *Abrogazione. a) Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 142 ss.; C. MORTATI, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, p. 52 ss.

³⁶ Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 351 s.

³⁷ Del resto, l'intera discussione dottrinale in argomento si è sempre assestata sulla contrapposizione tra due opposte concezioni: l'una che riconduce il fenomeno della cessazione e modificazione degli effetti degli atti amministrativi ad un modello abrogativo, correlato all'affermazione della identità del potere esercitato rispetto alla potestà primaria; l'altra che, diversamente, ne predica un autonomo fondamento, con rilevanti ricadute in tema di sua necessaria tipicità. Per questa constatazione v. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, p. 86 s.

confermerebbe la “tensione” tutta interna all’art. 97 Cost. fra il principio di imparzialità, che spinge per una maggiore durabilità del vincolo obiettivo³⁸, e il principio del buon andamento, che, diversamente, impone la perdurante corrispondenza del contenuto degli atti all’interesse pubblico³⁹. Il tutto nella cornice del principio di legalità, il quale esige che il punto di equilibrio fra queste due opposte esigenze sia fondato nella legge⁴⁰.

Ne consegue che se non è possibile ricavare la meta-norma di composizione ordinamentale da disposizioni legislative espressamente rivolte a tale scopo (come è nel caso della funzione legislativa e giurisdizionale)⁴¹, essa dovrà essere estratta, in via induttiva, dalle regole di validità che presiedono l’adozione degli atti di esercizio dei relativi poteri, eventualmente ricavabili dalla caratterizzazione normativa dei meccanismi di rivedibilità degli stessi come posti in relazione alla situazione effettuale prodotta dall’esercizio del potere in virtù della sua prima spendita: al fine di escludere la sussistenza di un fenomeno abrogativo, infatti, non è sufficiente ravvisare l’esistenza di meccanismi di rivedibilità soggetti a criteri di validità differenti e più stringenti rispetto all’esercizio primario del potere, non essendo affatto escluso, da un punto di vista logico-giuridico, che il diritto positivo condizioni il valido esercizio di una medesima situazione di potere al ricorrere di presupposti differenti: detto in altri termini, si potrebbe ritenere che i poteri di riesame rappresentino un episodio di riesercizio del potere originario condizionato a presupposti più stringenti in considerazione della sua prima spendita, senza per ciò mettere in discussione l’identità della situazione esercitata.

Al fine di escludere l’esistenza di un meccanismo di successione abrogativa fra atti, dunque, è necessario che alla differente caratterizzazione normativa dei meccanismi di rivedibilità degli atti si accompagni l’identificazione

³⁸ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965 e, sulla scorta di quest’ultimo, A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, p. 121.

³⁹ Per tutti M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi*, cit., spec. p. 121 ss., la quale ha fondato i poteri di autotutela sul principio di efficacia, corollario del principio costituzionale del buon andamento.

⁴⁰ Sul problematico rapporto fra principio di legalità e autotutela, v. in particolare N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 363 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, spec. p. 226 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1223 ss.; G. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 427 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91.

⁴¹ Cfr. art. 15 delle Preleggi al c.c. e art. 324 c.p.c.

di un meccanismo preclusivo al riesercizio del potere di primo grado discendente dall'effetto prodotto dall'atto originario.

Infatti, laddove in relazione alla situazione effettuale prodotta dall'esercizio del potere non fosse ravvisabile alcuna efficacia preclusiva che impedisca l'adozione di un nuovo provvedimento, differente da quello già adottato e ancora efficace, quale espressione del medesimo potere (o di un potere con esso incompatibile), si dovrebbe riconoscere che l'esercizio di detto potere risponda alla logica dell'abrogazione: la situazione giuridica di potere continuerebbe, cioè, a sussistere in concreto (continuano ad essere integrati i presupposti di produzione sostanziale della fattispecie normativa del potere) e quindi ad essere in grado di esprimere, con il suo esercizio, una situazione effettuale valida, che, conseguentemente, si andrebbe altrettanto validamente a sostituire alla precedente (ancorché condizionata a presupposti di validità più stringenti derivanti dalla caratterizzazione normativa dei meccanismi di rivedibilità)⁴²; in caso contrario, laddove fosse individuabile un vincolo preclusivo, dovrebbe concludersi che il rapporto fra provvedimenti amministrativi risponda, perlomeno implicitamente, alla logica del giudicato.

Che la riedizione del potere amministrativo in direzione incompatibile rispetto ad un precedente provvedimento rappresenti un esercizio *invalido* del potere è cosa da non potersi porre in dubbio⁴³. Tuttavia, tale constatazione non chiama necessariamente in causa la sussistenza di una preclusione all'esercizio del potere originario, posto che, secondo l'approccio tradizionale al tema, l'effetto di vincolo scaturente da un provvedimento già emanato discenderebbe da un generale divieto di *venire contra factum proprium* quale presidio di razionalità e logicità del processo decisionale dell'amministrazione, oltre che di tutela delle posizioni soggettive originatesi dall'atto: secondo questo ordine di idee, dunque, la riedizione del potere risulterebbe invalida non già in ragione dell'operatività di un meccanismo sostanziale di carattere preclusivo, bensì nella forma dell'eccesso di potere come discendente dalla violazione (indiretta) dei principi precedentemente richiamati, secondo la teoria del c.d. atto interposto.

Secondo questo ordine di idee, perciò, la riedizione del potere non sarebbe preclusa laddove il corrispondente atto fosse dotato di adeguata

⁴² Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 484 s., spec. nt. 195.

⁴³ Tale rilievo si inquadra all'interno delle riflessioni concernenti i vincoli di validità che derivano da precedenti episodi di attività amministrativa, tradizionalmente oggetto della c.d. teoria dell'auto-limite amministrativo. In argomento, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimito della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, spec. p. 73 ss.

motivazione che espliciti le ragioni a sostegno della nuova determinazione, in recuperata aderenza ad un processo decisionale coerente e informato ad un canone di corretto bilanciamento con le posizioni soggettive originatesi dall'atto precedente; inoltre, nella descritta prospettiva tradizionale, sarebbe predicabile l'invalidità del nuovo atto solamente laddove quest'ultimo possieda un contenuto incompatibile con il precedente: sicché non si pongono ostacoli ad ammettere la conferma in senso proprio quale episodio di riesercizio del potere ad effetto sostitutivo (con conseguente riapertura della finestra impugnatoria).

In altri termini, nella concezione tradizionale, l'autolimita provvedimento costituirebbe un criterio ordinatore *non già delle antinomie, bensì delle incompatibilità*.

Sicché la caratteristica dell'autolimita risiederebbe principalmente nella propria *derogabilità*; mentre il riconoscimento di un vincolo ad effetto preclusivo implica che l'invalidità dell'atto successivo si determini in ragione del diretto contrasto di quest'ultimo con la disposizione dettata dal precedente provvedimento, secondo il paradigma della *violazione*. Occorre, quindi, verificare se l'impegnatività della norma provvedimento sia idonea a fondare un vero e proprio vincolo preclusivo all'esercizio del potere in direzione incompatibile.

A questo proposito, va anzitutto considerato che, con riguardo agli atti amministrativi, non vige una riserva costituzionale né legislativa (assoluta) di "meta-normazione", sicché lo schema di validità del provvedimento amministrativo potrebbe ben essere definito non solo da disposizioni di rango legislativo, ma altresì dalla sussistenza di c.d. auto-vincoli amministrativi, i quali possono dunque derivare tanto da atti finalisticamente indirizzati a tale scopo (come, tipicamente, gli atti amministrativi normativi e generali), quanto dal precedente esercizio dell'attività provvedimento⁴⁴.

Chiarito ciò, la possibilità di individuare un vincolo preclusivo nell'effetto esplicato dal provvedimento di secondo grado sottende anzitutto un inquadramento della decisione di primo grado quale regola connotata da normatività, costituente in quanto tale un potenziale parametro di validità della successiva attività amministrativa. Infatti, l'impegnatività giuridica della regola degli effetti è attributo naturale e normale della norma giuridicamente vigente: sicché, laddove si ricostruisca l'effetto ricollegabile al provvedimento come il prodursi di una nuova norma, come si è cercato di dimostrare, la c.d. impegnatività si spiega come il riflesso della vigenza

⁴⁴ Cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, p. 198.

della norma di origine provvedimentale.

Il vincolo preclusivo può così essere ricavato dalla correlazione di ordine funzionale che parrebbe sussistere fra la conformazione normativa del complesso dei provvedimenti di riesame alla stregua di poteri “separati” (dalla quale appare logico ricavare una certa “resistenza” del provvedimento all’abrogazione)⁴⁵ e la struttura normativa della funzione amministrativa, ossia le modalità procedurali attraverso le quali l’ordinamento configura il processo di formazione della regola nel caso concreto (l. n. 241/1990), come improntata alla logica obiettiva dell’accertamento: correlazione che appare rivelativa di un vincolo preclusivo giuridicamente rilevante in ordine alla considerazione dell’esistenza della realtà giuridico-fattuale posta a fondamento della decisione, alla stregua di un vero e proprio giudicato materiale⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. *ivi*, p. 199. La regola di composizione delle antinomie fra provvedimenti amministrativi vi sarebbe dunque rinvenibile, secondo questo ordine di idee, proprio nelle disposizioni di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* e della l. n. 241 del 1990, le quali, sottoponendo gli atti di ritiro ad uno statuto giuridico autonomo rispetto al potere di primo grado, si rivelerebbero non solamente norme *sulla competenza* (o di conferimento di potere), ma anche, implicitamente, norme *sui conflitti*, nella misura in cui determinano l’invalidità dell’atto posteriore incompatibile in mancanza della previa caducazione, in conformità a tassativi presupposti normativi, di quello anteriore.

⁴⁶ Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 456 ss. Secondo l’A. l’effetto preclusivo al riesercizio del potere discendente dall’emanazione del provvedimento sarebbe rapportabile proprio alla descritta caratterizzazione normativa del procedimento formativo della decisione, come avente autonomo rilievo rispetto alla produzione della situazione effettuale ad essa corrispondente. Si rileva infatti come, ancorché non vi sia necessaria correlazione logica fra l’accertamento come vincolo alla realtà accertata e l’accertamento come attività di verifica, l’ordinamento ravvisa solitamente un collegamento funzionale in questo senso, a sua volta connesso ad una certa stabilità formale dell’atto che ne rappresenta l’esito: nel caso del provvedimento amministrativo, una siffatta correlazione sarebbe, perciò, ricavabile dal regime di stabilità di quest’ultimo (a sua volta discendente dalla struttura normativa dei poteri di primo e di secondo grado) siccome posta in collegamento funzionale con la struttura normativa della procedura improntata all’accertamento. Di questa via, la dottrina in esame ravvisa l’operare di una preclusione dettata, appunto, dall’idoneità del provvedimento amministrativo a produrre un “effetto di accertamento”, e cioè a costituire un obbligo giuridicamente rilevante in ordine alla considerazione dell’esistenza della realtà giuridico-fattuale posta a fondamento della decisione, in quanto tale preclusivo rispetto ad alternative composizioni sostanziali in ordine ad una medesima fattispecie (giudicato materiale). In particolare, secondo questa ricostruzione, l’operare di un siffatto effetto distinguerebbe gli atti che sono “resistenti” alla riedizione del potere (rimuovibili, perciò, esclusivamente attraverso l’esperimento di autonomi poteri, dai quali dipenderebbe il grado di *intensità* del vincolo di accertamento) dagli atti che, invece, sono “cedevoli” nei confronti di quest’ulti- ma (secondo la logica abrogativa). Di talché, l’autonomia dei poteri di secondo grado, così come ricavabile dalla loro struttura normativa, rappresenterebbe nient’altro

Sicché, laddove la regola precettiva non si caratterizza più per la sua struttura di dichiarazione di volontà, ma per essere un momento di concretizzazione obiettiva del potere nell'ordinamento, realizzata attraverso il trascorrere dell'esercizio del potere nelle forme di una composizione procedimentalizzata degli interessi, essa sarebbe idonea ad imporsi, altrettanto obiettivamente, all'amministrazione, parimenti alle altre parti del rapporto amministrativo. L'amministrazione, in tal modo, si confronta con una regola provvedimentale che, una volta in vigore, prende vita come entità duratura, esteriore e distaccata dall'autore, indipendentemente dalla volontà che l'ha posta in essere e, magari, a questa contrapponendovisi.

L'effetto di vincolo, idoneo a costituire il paradigma di validità della successiva attività amministrativa, sorgerebbe perciò non già in virtù di una volontà dell'ente, esplicitamente o implicitamente indirizzata in questo senso (nella logica dell'autolimita, superabile con idonea motivazione al fine di non configurare contraddittorietà), bensì in ragione delle modalità procedurali attraverso le quali l'ordinamento struttura il processo di formazione della regola del caso concreto. Tale rilievo appare, del resto, particolarmente consonante con il pensiero di chi materialmente contribuì a redigere la legge generale sul procedimento amministrativo, laddove ravvisava l'esistenza di un principio del "giudicato sostanziale" (*materielle Rechtskraft*), quale specifico effetto del provvedimento amministrativo, «attuato sotto firma di preclusione di nuovi componimenti sostanziali diversi da quello già realizzato nell'atto a cui ci si riferisce. [...] Il suo riconoscimento concettuale non abbisogna di particolari giustificazioni: infatti il fondamento del giudicato sostanziale non può che essere ravvisato nella stessa garanzia delle posizioni delle parti, che a sua volta *coincide con il valore di legittimità insito nella procedura*. [...] Sul piano positivo la sua attuazione è assicurata però, solo in linea di principio, ed è limitata dai poteri di annullamento, modifica, revoca ed abrogazione accordati alla pubblica amministrazione in base a presupposti e condizioni peraltro tassativamente previsti»⁴⁷.

In questi termini, l'invalidità dell'atto incompatibile risponderebbe alla logica della violazione diretta (e non già mediata dal riferimento ai principi generali, secondo lo schema dell'eccesso di potere) del precedente provvedimento, giacché la violazione investirebbe il canone normativo

che l'evidenza del vincolo maturato in ordine all'effetto di accertamento (giudicato materiale) che si crea a seguito della originaria verifica in ordine alla sussistenza in concreto della situazione giuridica di potere.

⁴⁷ G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, oggi anche in ID., *Scritti scelti*, I, Napoli, 2010, p. 148.

della situazione giuridica di potere con riferimento alla regola decisoria costituita dalla determinazione amministrativa, in relazione al vincolo che deriva dalla normativa sulla produzione, ricavabile dal modello strutturale della funzione, come posto in correlazione funzionale con la disciplina delle regole sull'autotutela decisoria⁴⁸. Tanto che non sarebbe più dato ragionare, a questo punto, di una successiva manifestazione di volontà in contrasto con quella precedente (quale espressione del divieto di *venire contra factum proprium*), ma di un provvedimento assunto in violazione di una decisione caratterizzata dal proprio inserimento nel diritto obiettivo (espressione dell'obbligo del *patere legem quam fecisti*)⁴⁹.

6. *La modifica come operazione amministrativa complessa e il suo fondamento nella norma organizzativa*

Nella prospettiva cui si aderisce, l'efficacia di giudicato esclude dunque che l'atto possa essere modificato con il mero riesercizio. Tuttavia, in quanto la consumazione del potere dipende dall'atto, derivando la preclusione dall'effetto esplicato dal provvedimento, nulla osta a che, una volta rimosso quest'ultimo, il potere possa essere validamente riesercitato⁵⁰.

Il fenomeno della modifica, dunque, si articola, necessariamente in due passaggi: il primo consiste nella rimozione del provvedimento attraverso l'esercizio di un potere di ritiro tipizzato (revoca o annullamento d'ufficio),

⁴⁸ Si aderisce perciò alla ricostruzione proposta in A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive (I)*, cit., p. 505 ss.

⁴⁹ Per una simile prospettazione in ambito francese v. G. ZALMA, *Patere regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux*, in *Revue du droit public*, 1980, p. 1109 ss.; sull'atto amministrativo come possibile fonte di diritto obiettivo v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, spec. 172 ss.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. non def. 16 ottobre 2024, n. 8296 che, nel dubitare della ragionevolezza - sotto il profilo costituzionale - del termine decadenziale 'rigido' dei dodici mesi per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti ha affermato, tra le altre cose, che «deve, peraltro, tenersi a mente che l'annullamento della precedente determinazione amministrativa si pone come presupposto logico-giuridico necessario ed indefettibile per il riesercizio del potere amministrativo [...] con la conseguenza che la previsione di un limite rigido alla possibilità di intervento in autotutela si traduce, indirettamente, nella preclusione alla spedita di altri profili di capacità speciale autoritativa dell'amministrazione». La criticità era già stata sollevata dallo scrivente ne *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 170, suggerendosi una interpretazione alternativa più aderente alla ratio della disposizione (p. 220 s.).

il secondo è rappresentato dal riesercizio del potere originario, che è reso nuovamente possibile dalla rimozione del vincolo. Questi due passaggi si distinguono dal punto di vista logico-giuridico, in quanto è necessario che entrambi i momenti trovino il loro fondamento nella legge, ma dal punto di vista materiale l'operazione è unitaria, ancorché complessa, in quanto rimozione e riesercizio avvengono come un tutt'uno⁵¹.

Il fenomeno della sostituzione dell'atto (ad esito modificativo) non consiste perciò in un riesercizio del potere da cui consegue la cessazione degli effetti prodotti dall'atto originario (secondo un effetto abrogativo automatico), ma è la cessazione degli effetti prodotti dall'atto originario (realizzata mediante l'esercizio di autonomi poteri caducatori) a costituire piuttosto la condizione giuridica per il valido riesercizio del potere originario.

Questa medesima impostazione si ritrova ora anche in una sentenza del Consiglio di Stato, nella quale è stato affermato che «nel solco di quanto osservato dalla più recente dottrina, il potere di modifica del provvedimento amministrativo deve essere inquadrato nel *genus* dei poteri di secondo grado costituendo peculiare espressione di quella che è tradizionalmente definita la c.d. autotutela decisoria. In questo senso, il fenomeno giuridico della modifica del provvedimento amministrativo *si compone di due distinti momenti logici: quello del ritiro, sub specie di revoca parziale, del provvedimento originario e quello del nuovo esercizio del potere di amministrazione attiva in chiave, appunto, sostitutiva-integrativa della porzione di provvedimento già ritirato*. Da questa ricostruzione discende che il procedimento volto all'esercizio del potere di modifica deve svolgersi secondo le forme e con le garanzie (anzitutto partecipative, come l'obbligo di comunicazione di avvio, ma anche in punto di motivazione) previste per i poteri di autotutela»⁵².

Il corollario di tale ricostruzione, dunque, è che il riesercizio del potere originario in sede di modifica non comporta un nuovo svolgimento del primo procedimento con le proprie regole, perché è piuttosto il riesercizio del potere a dover sottostare alle logiche del procedimento di secondo grado: trattasi, infatti, di riesercizio del potere con caratteristiche procedurali che non ripete dalla propria natura di primo grado, ma che acquisisce

⁵¹ Per la ricostruzione della riforma quale “operazione amministrativa complessa” e le relative implicazioni di ordine sostanziale e procedurale, v. N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 165 ss. Sulla nozione di operazione amministrativa imprescindibile è il riferimento a D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

⁵² Cons. Stato, Sez. VI, 17 aprile 2024, n. 3498.

dal fatto di collocarsi all'interno di una funzione di secondo grado (ad esempio, in punto di officiosità e facoltatività nell'*an*). Del resto, è stata ormai acquisita al patrimonio della teoria generale la distinzione fra potere come situazione giuridica soggettiva, che trova fondamento nella norma attributiva, e procedimento per l'esercizio della funzione, che trova invece fondamento nelle regole procedurali: in questa logica, il procedimento di secondo grado ha, a ben vedere, una struttura procedurale "neutra", la quale prescinde dai contenuti precettivi dei poteri che in esso possono essere espressi, sicché in esito all'accertamento in esso compiuto ben potrebbe essere (ri)esercitato anche il potere originario (a maggior ragione considerando che, in mancanza di una disciplina legale del procedimento di secondo grado, quest'ultimo segue di norma le regole del procedimento previsto per l'adozione dell'atto che ne costituisce oggetto, secondo il principio del c.d. *contrarius actus*)⁵³.

Anche dal punto di vista provvedimentale, i due momenti (rimozione-riesercizio) ben potrebbero coesistere all'interno di un atto documentalmente unitario (pure denominato, per prassi, *rimodifica*), ancorché a contenuto dispositivo plurimo. Ciò è possibile, in quanto, parafrasando una recente pronuncia giurisprudenziale, l'atto plurimo si caratterizza per la concentrazione delle finalità che normalmente connotano atti distinti in un unico contesto, spesso anche motivazionale, giusta la stretta interconnessione e talvolta consequenzialità, fra le diverse scelte operate dall'amministrazione e rispetto alla cui legittimità non sussiste alcuna pregiudizialità sistematica, posto che una simile esplicazione dell'agire amministrativo risponde ai fondamentali canoni di economicità ed efficacia di cui all'art. 1, co. 1, della l. 241/1990. Tali considerazioni non possono non valere anche in relazione all'esercizio del potere di autotutela, posto che il principio generale della libertà della forma, in mancanza di una norma che imponga di scindere necessariamente il contenuto di ciascun atto di riesame o esito dello stesso, consente di non ritenere violati i principi di nominatività e tipicità degli atti amministrativi⁵⁴.

⁵³ Rifiuta, invece, l'idea che la valenza di accertamento della decisione di secondo grado possa riguardare già tutti gli effetti producibili, e che quindi la discrezionalità sia spesa ed esaurita già nel contesto del procedimento di annullamento d'ufficio/revoca di cui l'eventuale riesercizio del potere costituirebbe perciò specifica "esecuzione", C. CUDIA, nella generosa recensione a NICOLA BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2022, in *Dir. pubbl.*, 2024, II, p. 461 ss., dove comunque si ammette la possibilità di ricostruire il momento di riesercizio come "esecuzione" dell'accertamento di secondo grado in limitate ipotesi.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 4 aprile 2024, n. 3105.

In ragione delle superiori considerazioni, se si è ragionato correttamente, può dunque essere superata l'idea per cui la modifica rappresenti una potestà del tutto priva di base legale, posto che la norma di conferimento del potere generale di riforma può essere agevolmente individuata proprio nella disposizione organizzativa⁵⁵ che attribuisce i poteri revoca e annullamento d'ufficio del provvedimento allo stesso «organo che lo ha emanato» (artt. 21-*quinqüies* e 21-*nonies*) e, perciò, al presunto titolare della competenza primaria. Sarebbe, in altri termini, l'identità soggettiva dell'organo competente per entrambe le potestà a giustificare la naturale possibilità di un esercizio congiunto, essendo piuttosto demandato alla legge stabilire i casi nei quali i poteri caducatori sono attribuiti a un organo differente da quello titolare della potestà primaria e, pertanto, identificare le fattispecie di riesame senza possibile esito di riforma.

A questo riguardo, coglie nel segno l'affermazione del Consiglio di Stato secondo la quale «attraverso l'attribuzione congiunta dei relativi poteri al medesimo organo amministrativo [...] si salvaguarda anche la pienezza e l'esclusività della potestà amministrativa di base, preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico affidato all'organo di amministrazione attiva, *tenendo conto pure dell'eventuale riesercizio del potere, una volta che ne sia stata caducata la manifestazione originaria [...] auto-emendandosi*»⁵⁶. Considerazione che si pone nel solco della tradizionale ricostruzione delle potestà di autotutela decisoria come «attività secondaria e cioè di assicurazione della giustizia e della efficienza dei provvedimenti di autarchia e di autonomia»⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *Persona e amministrazione*, I, 2019, p. 241 ss.

⁵⁶ Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2023, n. 11307.

⁵⁷ F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1789.

Davide Palazzo

*Intelligenza artificiale e scelte amministrative.
La discrezionalità alla prova degli algoritmi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il ruolo degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale nella società contemporanea – 2. Gli algoritmi nel rapporto tra legge, democrazia e amministrazione – 3. L'intelligenza artificiale come strumento di conservazione in contrasto con il disegno costituzionale – 4. Il regime della discrezionalità amministrativa come limite all'impiego dell'intelligenza artificiale – 4.1. Il ruolo del procedimento nelle scelte amministrative – 4.2. L'obbligo di motivazione delle decisioni discrezionali. Dalla descrizione "generale" del funzionamento della macchina – 4.3. ...alla "spiegabilità" delle singole decisioni – 4.4. Il problema della imputazione, legittimazione e responsabilità nelle decisioni assistite dai sistemi di intelligenza artificiale – 5. Capacità predittiva degli algoritmi e funzione amministrativa discrezionale – 5.1. Natura delle predizioni algoritmiche e influenza sulle scelte amministrative – 5.2. Intelligenza artificiale e potere amministrativo: verso una revisione del concetto di discrezionalità? – 6. Intelligenza artificiale e valutazioni tecniche – 6.1. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nelle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione – 6.2. Il ricorso all'intelligenza artificiale tra trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa – 7. L'individuazione delle garanzie nei confronti delle scelte amministrative fondate sull'intelligenza artificiale – 7.1. L'intelligenza artificiale nella fase istruttoria anziché decisoria. Criticità – 7.2. La previsione di nuove garanzie "adattate" alle caratteristiche dell'intelligenza artificiale. Alcune proposte.

1. Introduzione. Il ruolo degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale nella società contemporanea

I progressi nel campo dell'informatica, e specialmente i più recenti sistemi di intelligenza artificiale, hanno trasformato la società, i modi di comunicare, di intrattenere relazioni sociali, di vivere in ultima analisi¹.

¹ Per un'analisi di tali progressi v. A.G. AMATO MANGIAMELI, *Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2022, 93 ss. Sull'impatto degli algoritmi sulla società v. K. YEUNG – M. LODGE, *Algorithmic Regulation. An introduction*, in K. YEUNG – M. LODGE (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 9.

Tale processo² - talvolta descritto come “deriva tecnologica” al di fuori del controllo da parte di individui, gruppi o istituzioni³ - non appare affatto terminato, ma si apre a ulteriori sviluppi in certa misura imprevedibili, che coinvolgono significativamente la natura del potere, pubblico e privato, le modalità del suo esercizio e la sua distribuzione nel contesto sociale⁴.

Si comprende, pertanto, il notevole interesse che anima il recente dibattito giuridico in materia di intelligenza artificiale, definito come “il tema del nostro tempo”⁵. Gli algoritmi influenzano già ampiamente la società e la vita quotidiana degli esseri umani secondo modalità e con un’intensità maggiori rispetto all’apparenza, poiché molti di essi restano nascosti alla percezione umana⁶. La loro presenza è “pervasiva” e “non sembra conoscere confini”⁷. Essi mettono in crisi le garanzie relative alla tutela dei diritti pensate e costruite con riferimento a comportamenti umani, poiché le possibilità di violazione tramite le macchine pongono problematiche nuove e diverse⁸.

Sempre più frequentemente, gli algoritmi adottano decisioni che producono effetti nel mondo esterno, influiscono su pensieri e azioni

² Sul processo di evoluzione tecnologica come cifra dell’era moderna v. L. WINNER, *Autonomous Technology. Technics-out-of-Control as a Theme in Political Thought*, Cambridge-London, 1977, 44 ss.

³ Cfr. L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 88-89, che descrive il “technological drift” nel modo seguente: “A multiplicity of technologies, developed and applied under a very narrow range of considerations, act and interact in countless ways beyond the anticipations of any person or institution”. Lo stesso Autore definisce poi (p. 105) “technological dynamism (...) a forceful movement in history which continues largely without conscious human guidance”.

⁴ In proposito v. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 46 ss. V. anche K. YEUNG, *Why Worry about Decision-Making by Machine?*, in K. YEUNG – M. LODGE (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 38, che individua una “chronic asymmetry of power between those who design, own, and implement these algorithmic decision-making systems and have access to the voluminous and valuable data upon which they rely, and the individuals whose lives they affect”.

⁵ Così L. GRECO, *Roboter-Richter? – Eine Kritik*, in H.G. DEDERER – YU-CHEOL SHIN (a cura di), *Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen*, Tübingen, 2021, 103.

⁶ Sul punto v. D. BEER, *The social power of algorithms*, in *Information, Communication & Society*, 2017, 2.

⁷ Così S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., 38. V. anche L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, cit., 25 ss.; N. LETTIERI, *Law in Turing’s Cathedral. Notes on the Algorithmic Turn of the Legal Universe*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 691.

⁸ Sul punto v. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, in *Cornell Law Review*, 2020, 1881; K. YEUNG, *Why Worry about Decision-Making by Machine?*, cit., 23.

umani, producono “verità”⁹, ridefiniscono “*dal punto di vista epistemologico la mentalità moderna*”¹⁰. La loro diffusione in ogni ambito della vita umana e sociale, compreso quello legale¹¹, ha indotto a chiedersi se l’umanità è o è destinata a divenire schiava delle macchine¹², in un contesto nel quale il potere sovrano si connota in termini “tecnici” o “tecno-economici”¹³. Le limitazioni alla libertà che derivano sia dalle decisioni assunte da agenti non-umani sia dalla raccolta ed elaborazione delle enormi quantità di dati di cui essi necessitano per operare in maniera efficace richiedono di verificare se e in che misura gli algoritmi siano compatibili con un sistema politico democratico e liberale¹⁴ e con i principi e i valori propri dello Stato costituzionale¹⁵. Oltre al piano propriamente giuridico, numerose sono le iniziative dirette a stabilire i principi etici per l’utilizzo dell’IA nel contesto globale¹⁶.

⁹ Cfr. D. BEER, *The social power*, cit.,

¹⁰ Così L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 31 e 124.

¹¹ In tema, per una rassegna delle applicazioni nel settore legale v. N. LETTIERI, *Law in Turing’s Cathedral*, cit., 697 ss.

¹² Cfr., *ex multis*, L. EDWARDS – M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, in *Duke Law & Technology Review*, 2017, 18 ss.; C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, Firenze-Milano, 2017, 299. Tale timore precede l’era dell’intelligenza artificiale ed è espresso, tra gli altri, da E. FROMM, *Avere o essere*, Milano, 1977, 167: “abbiamo fatto della macchina un dio e ci siamo resi simili a dio servendo la macchina”. In tema v., ampiamente, L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 187 ss.

¹³ Sul punto v. A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/2019, cit., 67. In una prospettiva analoga v. K. YEUNG – M. LODGE, *Algorithmic Regulation*, cit., 9-10. Sull’influenza del livello tecnologico sulla distribuzione del potere tra Stati, particolarmente nel contesto europeo, v. C. GRÄBNER – J. HAFELE, *The emergence of core-periphery structures in the European Union: a complexity perspective*, in *ICAE Working Paper Series*, n. 113, 2020.

¹⁴ Cfr. R. KENNEDY, *The Rule of Law and Algorithmic Governance*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 209 ss.; K. YEUNG, *Why Worry about Decision-Making by Machine?*, cit., 38; C. O’Neil, *Armi di distruzione matematica*, cit., *passim*; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., 40. Più in generale, sul rapporto tra tecnologia e sistemi politici v. L. WINNER, *Do Artifacts Have Politics?*, in *Daedalus*, 1980, 121 ss.

¹⁵ Cfr. D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 407.

¹⁶ Per una rassegna e un’analisi comparativa di tali tentativi v. L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 94 ss. Lo stesso Autore nota (p. 109) il rischio che la proliferazione di “carte”, raccomandazioni, linee guida etiche ecc., in assenza di un quadro giuridico vincolante, abbia l’effetto perverso di consentire agli operatori del settore di “acquistare”, come in un mercato, “il tipo di etica che meglio si adatta a giustificare i loro comportamenti attuali” (c.d. shopping etico digitale).

L'utilizzo delle tecnologie informatiche nell'attività amministrativa costituisce un fenomeno non nuovo, essendosi sviluppato nel corso di più di mezzo secolo, ma lo sviluppo tecnico degli ultimi anni ha determinato una notevole estensione del suo ambito di operatività e delle potenzialità applicative¹⁷, dando luogo allo "Stato digitale"¹⁸ e generando nuove problematiche sul piano giuridico¹⁹.

Nell'ambito del presente lavoro, si intende soffermare l'attenzione non sull'ampia varietà di forme e strumenti di digitalizzazione che investono l'attività e l'organizzazione amministrativa (nonché il sistema della giustizia²⁰), bensì sull'impiego di algoritmi nell'ambito dell'azione amministrativa discrezionale e, dunque, con riferimento all'assunzione delle scelte amministrative. L'integrazione degli algoritmi nell'amministrazione pubblica comporta che decisioni precedentemente assunte da esseri umani possano essere prese ora, con diversi gradi di autonomia, da macchine²¹ o sulla base del loro apporto, con vari livelli di incidenza sul provvedimento finale²².

¹⁷ Esemplificativamente, si pensi alle nuove forme di trasparenza connesse ai c.d. open data (per tutti v. F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, 2017, 808 ss.), alla c.d. democrazia elettronica (S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., 54 ss.), alle applicazioni della tecnologia blockchain (in una prospettiva critica v. F. PASQUALE, *A Rule of Persons Not Machines: The Limits of Legal Automation*, in *Digital Commons Carey Law - Faculty Scholarship*, 2018, 34 ss.), e così via.

¹⁸ Cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023.

¹⁹ Sul punto v. D.W. SCHARTUM, *From Legal Sources to Programming Code. Automatic Individual Decisions in Public Administration and Computers under the Rule of Law*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 302 ss.; ID., *Dirt in the Machinery of Government? Legal Challenges Connected to Computerized Case Processing in Public Administration*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 1994, 327 ss.

²⁰ Cfr. da ultimo M. RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Bologna, 2023.

²¹ Sul punto v. W. BARFIELD – J. BARFIELD, *An Introduction to Law and Algorithms*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 14; N. WOLTMANN, *Legal aspects of the use of artificial neural networks in diagnostic medical procedures*, in A. SANTOSUOSSO – G. PINOTTI (a cura di), *Data-driven decision making, law, ethics, robots, health*, Pavia, 2020, 59-60. Sottolineano la diversità dei gradi di autonomia, e conseguentemente delle modalità di interazione delle macchina con gli umani, A.P. KARANASIOU – D.A. PINOTIS, *A study into the layers of automated decision-making: emergent normative and legal aspects of deep learning*, in *International Review of Law, Computers and Technology*, 2017, 170 ss., disponibile su <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/19421/>.

²² Cfr. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, in *Wash. U. L. Rev.*, 2008, 1252, che evidenzia come sempre più frequentemente i sistemi automatizzati divengano "the primary decision makers". V. anche M. BOVENS – S. ZOURIDIS, *From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion*

L'autonomia di cui, in varia misura, dispongono i sistemi di intelligenza artificiale induce a ritenere che non si tratti di meri “mezzi” per il raggiungimento di un fine stabilito dall'agente umano²³. La circostanza che la macchina non si limiti ad eseguire “*un corso di azioni deciso da un soggetto agente umano, ma, sempre più spesso, [sia] essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la persona umana e la sua libertà*”²⁴, sembra comportare che essa eserciti, ogniqualvolta sia impiegata da un'amministrazione pubblica per il raggiungimento dei propri fini, una quota di potere amministrativo²⁵. Tale appare il fulcro del problema dell'applicazione dell'intelligenza artificiale all'azione amministrativa; problema che si pone in termini diversi sia allorché essa è impiegata da enti pubblici per lo svolgimento di attività puramente materiali²⁶ sia quando è utilizzata da soggetti privati.

Con il presente contributo si intende evidenziare le principali questioni giuridiche collegate all'impiego di algoritmi per l'assunzione di scelte amministrative connotate da discrezionalità, tenendo conto anche del recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale²⁷. Delineato il rapporto tra legge e amministrazione in relazione all'impiego dell'intelligenza artificiale (par. 2), l'analisi si concentra sulle caratteristiche e sul regime dei provvedimenti amministrativi discrezionali, evidenziano i limiti che si pon-

and Constitutional Control, in *Public Administration Review*, 2002, 175, i quali notano che l'immagine weberiana dell'apparato burocratico come un insieme di persone selezionate secondo il criterio del merito e operanti sulla base della legge e di criteri di razionalità ed efficienza tende a far posto a quella in cui le “stanze” del potere amministrativo sono occupate dal “lieve brusio” di computer che sulla base delle istruzioni incorporate nei codici informatici decidono al posto dei funzionari o preparano il lavoro di questi ultimi.

²³ Sulla distinzione aristotelica tra soggetto agente e mezzo (tecnico) v. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 67-68, che osserva come tale distinzione tenda a sfumare con l'avvento dell'intelligenza artificiale. V. anche Parlamento europeo, Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), 16 febbraio 2017, punto AB.

²⁴ Così ancora A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 69.

²⁵ Sull'azione degli algoritmi come “potere” e non come “forza” naturalistica v. B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Torino, 2018, cit., 1-2, il quale sottolinea come essi “*sono concepiti e programmati dalle persone per obiettivi in grado di qualificare le relazioni sociali in una precisa direzione*”.

²⁶ Il punto è evidenziato, pur con riferimento al potere giudiziario, da M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 873. Sulla distinzione tra oggettività materiale e immateriale v. A. FALZEA, *Manifestazione (teoria gen.) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1975, 466 ss.

²⁷ Regolamento (UE) 2024/1689, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

gono alla completa sostituzione algoritmica (parr. 3-4). Successivamente, si esamina in che modo le capacità predittive dei sistemi di intelligenza artificiale possano inserirsi nell'esercizio del potere discrezionale e condurre a una limitazione della discrezionalità (par. 5). In seguito, si analizza il potenziale applicativo dell'intelligenza artificiale con riferimento alle valutazioni tecniche (par. 6). Infine, evidenziati i limiti della distinzione tra fase istruttoria e decisoria allorché si inserisce l'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo, si proporranno delle considerazioni in ordine alla ricerca di nuove forme di tutela nei confronti dell'azione amministrativa che impiega macchine "intelligenti" (par. 7).

2. *Gli algoritmi nel rapporto tra legge, democrazia e amministrazione*

Il tema dell'utilizzo degli algoritmi nell'azione amministrativa impone di prendere in considerazione la relazione tra legge e amministrazione. La "*cultura moderna*" – notava Antonio Romano Tassone – ha consegnato "*due principali immagini*" dell'amministrazione: "*quella di esecutrice della legge, e quella di curatrice dell'interesse collettivo*"²⁸. Esse esprimono due diverse relazioni dell'attività amministrativa con la legge, da cui, per quanto attiene al tema qui trattato, discendono differenti possibilità e modalità di utilizzo degli algoritmi.

La rappresentazione dell'amministrazione come "fedele" esecutrice del disposto legislativo, di cui si richiederebbe un'applicazione "meccanica", squaderna ampi spazi di impiego degli algoritmi, che nel carattere automatizzato – e incomparabilmente più efficiente rispetto alle capacità umane – dei propri "calcoli" rivengono il proprio carattere distintivo. Tale concezione troverebbe fondamento nell'assolutizzazione del potere legislativo²⁹, come fonte diretta o indiretta di ogni effetto giuridico, e, sotto

²⁸ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 99.

²⁹ Sul carattere teorico e astratto di tale assolutizzazione v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 38-39: "*la integrale riconduzione del potere amministrativo sotto l'egida della legge (...) non ha mai assunto la consistenza di un fatto storico, neppure nei momenti di maggior fulgore del parlamentarismo liberale*". In una prospettiva analoga v. A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 122. Cfr. altresì N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 462 ss. Sul rapporto tra programmazione condizionale e programmazione finalistica nelle diverse forme di Stato v. N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche*

il profilo della teoria generale del diritto, nella concezione “gradualista”, che definisce l’ordinamento giuridico come insieme di norme concatenate da una relazione gerarchica³⁰. Essa risponderebbe parimenti all’esigenza di “calcolabilità” dell’azione amministrativa che, nella prospettiva delineata da Max Weber, rappresenta una delle caratteristiche dello Stato di diritto come forma politica maggiormente adatta allo sviluppo di un’economia fondata sui principi del capitalismo³¹.

Viceversa, l’immagine dell’amministrazione come curatrice “in concreto” dell’interesse pubblico astrattamente definito dalla legge valorizza il carattere autonomo³² e in certa misura “innovativo” dell’attività amministrativa, non riducibile a schemi meccanici, ma costantemente “vivificata” dalla necessità di soddisfare le cangianti e mutevoli esigenze della collettività³³, anche in considerazione dell’assenza di omogeneità che contrassegna le odierne società pluraliste³⁴. Tale prospettiva trova riscontro, sul piano istituzionale, nell’autonomia dell’ordinamento amministrativo rispetto a quello generale³⁵, e si collega al carattere in certa misura “originario” del

Untersuchung, Berlin, 1997 (prima ed. 1966), 38 ss.

³⁰ Sulla “costruzione a gradi” dell’ordinamento giuridico v. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000 (orig. 1934), 95 ss. In una prospettiva critica v. A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, Milano, 1981, 452 e 478-479.

³¹ Cfr. M. Weber, *Economia e società*, II, Milano, 1961, 288-289, 413-414. Con particolare riferimento all’automazione amministrativa v. N. Luhmann, *Recht und Automation*, cit., 135 ss.

³² Cfr. P. Lazzara, *L’invalidità del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2022, 205-206; A. Romano, *Il cittadino*, cit., 180; R. Jannotta, *La motivazione come modo di attuazione del principio di imparzialità amministrativa*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, 209-210. Nella dottrina tedesca, sull’autonomia del potere esecutivo rispetto agli altri poteri dello Stato v. E. Schmidt-Assmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1991, 363. Dal punto di vista della sociologia del diritto v. N. Luhmann, *Recht und Automation*, cit., 35 ss.

³³ Cfr. S. Casese, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 726; A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni ’80, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano, 1987, 178. Sul rapporto tra procedimenti legislativi ed amministrativi e sull’autonomia che contrassegna gli uni e gli altri v. N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995 (ed. orig. 1983), 253-254. V. anche Id., *Recht und Automation*, cit., 25 e 28 ss. Dal punto di vista dell’analisi economica del diritto v. G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 227 ss.

³⁴ Sul punto v. A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere*, cit., 451 ss.

³⁵ Cfr. A. Romano, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in A. Contieri-F. Francario-M. Immordino-A. Zito (a cura di), *Interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 2010, 440-441.

potere amministrativo³⁶, specialmente nella sua dimensione discrezionale³⁷.

Proprio con riferimento all'attività amministrativa discrezionale si pongono i problemi più complessi, ma anche le opportunità più interessanti di applicazione delle nuove tecnologie di intelligenza artificiale e specialmente dei sistemi di *machine learning*, *deep learning*, AI generativa, ecc., che esprimono potenzialità in grado di rivoluzionare l'esercizio dell'azione amministrativa³⁸.

Le eccezionali capacità di apprendimento, calcolo e predizione dei sistemi odierni di intelligenza artificiale, consentite dall'accesso ai *big data*, potrebbero indurre a una revisione dei giudizi, formulati nel passato con riferimento agli algoritmi *rule-based*³⁹, drasticamente negativi rispetto all'utilizzo di elaboratori elettronici per l'assunzione di decisioni discrezionali⁴⁰. I calcolatori tradizionali si adattano ottimamente

³⁶ In questa prospettiva v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 38. V. anche ID., *Note sul concetto di potere*, cit., 475, che sottolinea l'esigenza di "recuperare un contenuto di autonomia ed originarietà alla produzione degli effetti giuridici, sottraendone la genesi al chiuso ed inesorabile meccanismo di norma e fatto (fattispecie astratta e fattispecie concreta), il cui mutuo rinvio esaurisce qualsiasi potenzialità di riconoscimento positivo e di adeguata risposta dell'ordinamento nei confronti dei fenomeni sociali che presentano carattere di novità rispetto al corpo normativo codificato".

³⁷ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, cit., 457-458. Sul nesso tra discrezionalità e autonomia v. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, *passim*. Definisce la discrezionalità come "la sostanza più propria dell'attività amministrativa" A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1964, cit., 82. In una prospettiva storica v., da ultimo, A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 393 ss.

³⁸ Cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 135 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 305 ss. Sottolinea che l'intelligenza artificiale consente l'intervento delle macchine in ambiti discrezionali e di scelta in precedenza riservati agli umani G. SARTOR, *Artificial intelligence and human rights: Between law and ethics*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, 706.

³⁹ Gli algoritmi *rule-based* operano secondo una serie di regole e comandi formali integralmente definiti dall'uomo e pertanto secondo schemi logici di tipo sillogistico che non lasciano alla macchina alcun margine di autonomia. In tema v. I. GOODFELLOW – Y. BENGIO – A. COURVILLE, *Deep learning*, Cambridge (Massachusetts), 2016.

⁴⁰ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 289 e 290, nota 184, che affermava "la ben nota e più volte constatata irriducibilità degli atti amministrativi discrezionali a formule capaci di consentirne l'emanazione ad opera degli elaboratori elettronici", quindi "ad algoritmi". V. anche B. SELLERI, Gli atti amministrativi «in forma elettronica», in *Dir. soc.*, 1982, 140-141; N. Luhmann, *Recht und Automation*, cit., 30-31 e 62. In senso diverso v. però F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. elett.*, 2003, 18 ss.

allo schema della programmazione condizionale⁴¹, fondata sulla logica sillogistica (se...allora), ma non sono idonei ad attuare la programmazione finalistica, basata sul raggiungimento di obiettivi e sulla valutazione del mezzo più appropriato a raggiungerli⁴². In alcuni ordinamenti, come quello tedesco, tale limite ha trovato esplicita affermazione nel diritto positivo⁴³. I sistemi di intelligenza artificiale che si fondano un approccio *data-driven*, invece, si caratterizzano per la capacità di perseguire con un relativo grado di autonomia gli obiettivi e gli standard definiti dal programmatore, apprendendo dai dati forniti e individuando correlazioni statistiche⁴⁴. In quest'ottica, essi sono in grado di determinare tra diverse alternative quella maggiormente rispondente all'obiettivo stabilito⁴⁵. Il "fascino oscuro" dei moderni sistemi di intelligenza artificiale, nonché l'elemento di differenziazione rispetto alle tecnologie del passato, risiede proprio nella circostanza che essi appaiono in grado di svolgere attività che, nel corso della storia, sono state ritenute proprie esclusivamente degli esseri umani⁴⁶.

⁴¹ Cfr. 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, IX; B. MARCHETTI, *Giustizia amministrativa e transizione digitale. Spunti per riflettere su un futuro non troppo lontano*, in M. RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Bologna, 2023, 66-67.

⁴² Cfr. N. LUHMANN, *Recht und Automation*, cit., 38, che tuttavia già preconizzava (p. 44, nota 31, e pp. 59-60, nota 24) diversi scenari in corrispondenza dello sviluppo di sistemi informatici con "possibilità di apprendimento" (*Lernmöglichkeiten*).

⁴³ V. § 35a del *Verwaltungsverfahrensgesetz*. In proposito v. A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 963 ss.

⁴⁴ Cfr. D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems Automation and Machine Learning in the Public Administration*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 275. Sul concetto di autonomia riferito ai sistemi di intelligenza artificiale v. N. WOLTMANN, *Legal aspects of the use of artificial neural networks in diagnostic medical procedures*, in A. SANTOSUOSSO – G. PINOTTI (a cura di), *Data-driven decision making, law, ethics, robots, health*, Pavia, 2020, 59. Nel senso che l'autonomia dell'intelligenza artificiale è sempre "relativ[a] perché essa opera sulla base di algoritmi e di linguaggi che ne costituiscono la mente" v. M. COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1686.

⁴⁵ V. A.P. KARANASIOU – D.A. PINOTSIS, *A study into the layers of automated decision-making: emergent normative and legal aspects of deep learning*, in *International Review of Law, Computers and Technology*, 2017, 170 ss., disponibile su <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/19421/>, i quali definiscono l' "Automated Decision Making (ADM)" come "the ability of algorithms to provide solutions in tasks with ambiguous outcomes and determine the optimal among a set of possible answers". Con particolare riferimento all'attività amministrativa v. V. BUSCEMA, *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro amm.*, 1993, 620 ss.

⁴⁶ Sul punto v. K. YEUNG – M. LODGE, *Algorithmic Regulation*, cit., 12: "While contemporary fears of the inevitable redundancy of human workers reflects previous periods of social

Sotto altro aspetto, tuttavia, le caratteristiche dell'intelligenza artificiale, e specialmente degli algoritmi più complessi, si pongono in forte tensione con i principi che governano l'esercizio della discrezionalità amministrativa, dal principio di legalità in senso sostanziale⁴⁷, alla trasparenza⁴⁸, all'obbligo di motivazione. La relativa autonomia di cui godono le macchine, insieme alla parziale oscurità dei calcoli e delle correlazioni che sono in grado di svolgere (c.d. *black box*)⁴⁹, determinano una deviazione dai menzionati principi e rendono problematica l'applicazione dell'intelligenza artificiale c.d. forte all'azione amministrativa discrezionale. Nel prosieguo della trattazione, si tenterà pertanto di individuare se e in che modo è possibile assicurare un giusto equilibrio tra l' "autonomia artificiale" e l' "autonomia umana"⁵⁰. Secondo l'impostazione che si intende sviluppare, siffatto equilibrio non può definirsi una volta per tutte in relazione ad ogni tipo di scelta amministrativa, sulla scorta di formule suggestive quali quella della "riserva di umanità"⁵¹ o dello "human in the loop". Occorre, piuttosto, indagare la natura del potere discrezionale, o meglio delle diverse forme in cui può esprimersi la discrezionalità amministrativa, al fine di stabilire se e in che termini è possibile l'integrazione tra gli agenti umani e le macchine. In questa prospettiva, ci si concentrerà su tre profili: la comparazione e ponderazione di interessi; la natura prognostica della scelta

anxiety associated with earlier waves of automation of manual tasks throughout history, what is distinctive about contemporary debates is the almost limitless domains in which algorithmic systems may be shown to 'outperform' humans on a very wide range of tasks across multiple social domains that have previously been understood as requiring human judgement and intelligence". V. anche L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 336; Parlamento europeo, Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), 16 febbraio 2017, punto Z.

⁴⁷ In tema v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 5 ss.

⁴⁸ Cfr. S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 2023, 515 ss.; D.U. GALETTA – G. PINOTTI, *Automation and Algorithmic Decision-Making Systems in the Italian Public Administration*, in *Ceridap*, 1/2023, 20; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione*, cit., 951 ss.

⁴⁹ Cfr., per tutti, G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenze di una specifica data governance*, in A. PAJNO – F. DONATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 79 ss. Sulle varie cause di opacità degli algoritmi v. A.C. MARTINEZ, *Accountability delle decisioni algoritmiche*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 62-63.

⁵⁰ Cfr., sotto il profilo etico, v. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 98.

⁵¹ Cfr. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023.

amministrativa; il carattere tecnico-scientifico della valutazione. Tali profili sono generalmente presenti, separatamente o insieme e secondo diversi gradi di “mescolanza”, nell’ambito delle scelte amministrative che si definiscono discrezionali⁵². Essi rilevano in questa sede in quanto definiscono diversi ruoli dell’amministrazione e diverse relazioni tra quest’ultima e la legge, nonché, soprattutto, differenti problemi giuridici rispetto all’applicazione dell’intelligenza artificiale.

3. L'intelligenza artificiale come strumento di conservazione in contrasto con il disegno costituzionale

La discrezionalità amministrativa, intesa come comparazione e ponderazione degli interessi coinvolti in una determinata vicenda amministrativa, si pone come ostacolo all’impiego dell’intelligenza artificiale e specialmente alla possibilità di sostituire il decisore umano con la macchina. È opportuno approfondire questo punto, in quanto da un lato consente di stabilire in che termini le scelte amministrative richiedono l’intervento umano e definiscono pertanto una “riserva di umanità”; dall’altro, individuano anche i limiti di tale riserva e, corrispondentemente, gli spazi entro cui, invece, gli agenti umani possono essere supportati o perfino sostituiti dalle macchine.

Autorevole dottrina ha sottolineato come il potere discrezionale non possa ridursi a mera razionalità⁵³ o a un puro criterio di efficienza⁵⁴,

⁵² Sottolinea come la distinzione tra valutazioni politiche e tecniche nell’ambito delle scelte amministrative tenda a divenire impalpabile alla luce dell’attuale relazione tra diritto e tecnica F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (ad vocem)*, in *Enc. dir., Annali II*, 2008, 484 ss. Più di recente v. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 435-436. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254, in tema di vigilanza bancaria.

⁵³ In questa prospettiva v. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, cit., 460-461, che critica i tentativi di “dissolvere la natura storica e contingente dell’autorità” in una “superna sfera di intrinseca razionalità”, valorizzando il ruolo del soggetto giuridico. V. anche ID., *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 291 ss., ove l’Autore evidenzia i limiti delle teorie, specialmente sviluppatesi nella letteratura economica, che tendono ad esaurire la discrezionalità amministrativa in modelli di scelta interamente razionali. Cfr. altresì N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 131, che con riferimento alla “programmazione di scopo”, la cui attuazione richiede da parte dell’amministrazione “un proprio giudizio di valore”, esclude “la possibilità di calcolare oggettivamente le decisioni ottimali”.

⁵⁴ Cfr. N. LUHMANN, *Recht und Automation*, cit., 119, che esclude la possibilità di valutare l’intera azione amministrativa secondo criteri di economicità ed efficienza, ciò che

consistendo anche di una componente assiologica e “volontaristica” in certa misura imprevedibile in quanto rimessa al soggetto agente⁵⁵. La legge non definisce interamente l’assetto degli interessi in gioco, richiedendo piuttosto all’Amministrazione di stabilire in concreto “*il reciproco rapportarsi degli interessi medesimi*”, prescrivendo le modalità procedurali secondo cui tale valutazione deve realizzarsi⁵⁶ e individuando, sotto il profilo organizzativo, l’autorità competente, che assume così un particolare status di legittimazione⁵⁷.

L’esito del procedimento discrezionale non è prevedibile *ex ante*⁵⁸, in quanto la ponderazione tra l’interesse primario, definito dalla norma attributiva del potere, e i vari interessi emergenti di volta in volta dal contesto sociale⁵⁹, e l’individuazione dell’interesse pubblico concreto, come distinto da quello astrattamente contemplato dalla norma⁶⁰, dipendono da

richiederebbe la neutralizzazione di ogni giudizio di valore.

⁵⁵ Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 70 ss. V. anche F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, cit., 472. Sul rapporto tra l’elemento intellettuale e l’elemento volitivo nella discrezionalità v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 208 ss.

⁵⁶ In tal senso v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 282-283.

⁵⁷ Sul punto v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 354-355. V. anche, pur con riferimento all’ordinamento inglese, M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power*, in *Phil. Trans. R. Soc. A* 376, 2018, 14.

⁵⁸ Condivisibilmente N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle “decisioni algoritmiche”)*, in *Dir. amm.*, 2021, 829, critica la tesi secondo cui l’amministrazione dovrebbe “*mediare e comporre gli interessi ex ante*”, osservando che “*il processo ponderativo si conclude nella fase decisionale e non può quindi risolversi nel momento della fase di programmazione*”. Cfr. anche B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 16, secondo cui la pre-calcolabilità che forma uno dei presupposti del trattamento algoritmico.

⁵⁹ Sul rapporto tra i diversi interessi pubblici nell’ambito della decisione discrezionale v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 286-287; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 76-77, il quale nota che in determinati casi “*l’autorità può tuttavia scegliere di soddisfare un diverso interesse (rispetto a quello primario, ndr), il cui rilievo rispetto all’atto (oltre ad essere indiretto, mediato e puramente eventuale) risulti unicamente dalla considerazione del provvedimento medesimo come momento dell’esecuzione di un disegno politico più ampio*”.

⁶⁰ Sul punto v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 284, il quale nota che “*l’interesse pubblico concreto non può apparire (...), se non a posteriori, immanente nella situazione reale considerata, rappresentando invece, nel fieri del procedimento amministrativo, il risultato di una sintesi tutt’altro che prevedibile ed a priori scontata*”.

una valutazione *lato sensu* politica⁶¹ e da giudizi di valore del decisore⁶². In questa prospettiva, si è sottolineata l'impossibilità di ridurre l'esercizio della discrezionalità a un'attività intellettuale⁶³, evidenziandosene piuttosto la natura "dinamica" o "cinetica"⁶⁴ e l'attitudine a "innovare" un determinato assetto di interessi⁶⁵.

Si individuano, pertanto, i limiti "istituzionali" all'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito delle scelte amministrative⁶⁶. Le macchine, infatti, non possiedono una volontà in senso proprio⁶⁷; esse si limitano a eseguire istruzioni e comandi "eteronomi", in quanto forniti dal programmatore. Tale osservazione è valida anche per i sistemi di *machine learning*, i quali, se pur con modalità parzialmente oscure, in ragione della complessità dei calcoli e correlazioni che sono in grado di realizzare, operano sulla base delle istruzioni fornitegli e per raggiungere gli obiettivi fissati dal programmatore umano⁶⁸. La macchina non può fare valutazioni politiche autonomamente né operare giudizi di valore⁶⁹ e, in assenza di un

⁶¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, *passim*. Sulla distinzione tra politica e amministrazione, con particolare riferimento al principio di imparzialità, v. però P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva «servizi»*, Napoli, 2008, 12-13.

⁶² Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 83 ss.

⁶³ Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 83.

⁶⁴ In proposito v. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, cit., *passim*.

⁶⁵ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39. Nella letteratura statunitense v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1297.

⁶⁶ In questa prospettiva v. E. PICOZZA, *Politica, Diritto Amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1764 e 1767. Una distinzione tra limiti istituzionali e "ontologici" rispetto alla regolazione dell'intelligenza artificiale si trova in M. CUÉLLAR – A.Z. HUQ, *Toward the Democratic Regulation of AI Systems: A Prolegomenon*, in *Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2020, 5.

⁶⁷ In tal senso v. B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 16, il quale concepisce la volontà come "dimensione esclusivamente umana, assente nelle cose, negli animali e nelle macchine, privi di volontà e pertanto luoghi impersonali di mutamenti che accadono in assenza di atti concepiti e voluti".

⁶⁸ Cfr., con particolare riferimento al diritto penale, L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 184. V. anche S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 168.

⁶⁹ In tal senso v. A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, in *Virginia Law Review*, 2020, 634: "there is (...) no suggestion that machines can resolve moral questions of priority, distribution, and belonging commonly associated with the political domain". Lo stesso Autore aggiunge (p. 636) che "machines cannot (yet?) resolve the difficult and inescapably normative questions of aggregation, distribution, and belonging that characterize politics". V. anche

intervento umano, modificare le proprie finalità, come espresse nel codice informatico⁷⁰.

Inoltre, anche i sistemi di intelligenza artificiale più avanzati sembrano privi della capacità di “innovare” rispetto all’assetto di interessi che ritrovano nei dati di cui si “nutrono” o, in altri termini, di creare soluzioni nuove e originali. In proposito, occorre notare che le macchine, decidendo sulla base di pattern preesistenti, possono produrre un effetto di “conservazione” dell’ordine costituito, precludendo scelte che si discostino dagli schemi del passato⁷¹. In altri termini, agli algoritmi, ancorché complessi, è preclusa la “progettualità” originale del futuro⁷². In tal modo si sacrifica l’autonomia dell’amministrazione e la portata potenzialmente “creativa” e innovativa del potere discrezionale, come momento nel quale si aggiunge un comando o una regola “nuova” rispetto a quanto fissato dalle norme⁷³. In questa prospettiva, l’accettazione acritica da parte dell’amministrazione dei risultati forniti dalla macchina costituirebbe una forma di “mancato esercizio” della discrezionalità che, al pari dell’uso scorretto di quest’ultima, si tradurrebbe nell’invalidità del provvedimento⁷⁴.

Tale rilievo conduce a individuare anche un potenziale contrasto tra l’impiego dell’intelligenza artificiale e il disegno costituzionale. I sistemi *data-driven*, infatti, tendono a perpetuare l’ordine sociale esistente⁷⁵ e a

M. VEALE – I. BRASS, *Administration by Algorithm? Public Management Meets Public Sector Machine Learning*, in K. YEUNG – M. LODGE (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 124.

⁷⁰ Sul punto v. B. SHEPPARD, *Warming Up to Inscrutability: How Technology Could Challenge Our Concept of Law*, in *Seton Hall Public Law Paper*, 2017, 7, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2992497>.

⁷¹ In proposito v., in termini molto chiari, B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 73. Con particolare riferimento all’attività amministrativa v. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 143; ID., *La giustizia amministrativa digitale*, M. RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Bologna, 2023, 52; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 326. V. anche C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 72-73.

⁷² V. ancora B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 73: “i cosiddetti giudizi algoritmici (...) non possono essere ‘autori’ di progetti riguardanti la formazione di un futuro, non pre-calcolabile perché non anticipabile, essendo autentico futuro quando eccede la dilatazione impersonale dei dati del presente. (...) gli algoritmi non hanno la dimensione temporale della creazione originale del futuro”.

⁷³ Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 85.

⁷⁴ In tal senso v. M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 14, il quale svolge il suo ragionamento con riferimento al diritto inglese.

⁷⁵ Cfr. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1881; ID., *A Right to a Human Decision*, cit., 638.

“*derivare dall’essere (...) il dover essere*”⁷⁶. In questa prospettiva, essi possono porsi in contrasto con il principio di eguaglianza in senso sostanziale e, più ampiamente, con il “progetto di trasformazione sociale” disegnato dalla Costituzione⁷⁷, che mira al superamento dell’ordine esistente, in vista della realizzazione di un mondo di pari opportunità, indipendentemente dalle condizioni economiche e sociali di ciascun cittadino⁷⁸. La Costituzione legittima e rende doveroso l’intervento a favore delle classi più deboli, mentre l’algoritmo cristallizza o perfino approfondisce le disuguaglianze, quali si manifestano nei *big data* che esso prende in considerazione, ostacolando o impedendo il progresso sociale⁷⁹. Le macchine, inoltre, sono in grado di percepire gli individui solo per il tramite di una visione “stilizzata” dai dati, cioè come “*entità disincarnate*”⁸⁰, mentre il principio di eguaglianza sostanziale impone di prendere in considerazione gli individui nella loro “*concreta valenza storica*”⁸¹.

Rimettere alle macchine l’adozione di scelte discrezionali rischia, pertanto, di contrastare con il complessivo disegno che informa la Carta costituzionale.

⁷⁶ Così A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale*, cit., 86. Sulla “capacità conformatrice” degli algoritmi v. M.R. FERRARESE, *Digitalizzazione e diritto. Alcune domande e questioni*, in M. RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Bologna, 2023, 34.

⁷⁷ In tema v., per tutti, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

⁷⁸ In tal senso v. B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 73, secondo cui gli algoritmi “*ripetono un ordine sociale presente (...), conservano la sproporzione nelle relazioni umane di ora e non possono impegnarsi nel superamento di una tale sproporzione, perseguendo il nucleo della giuridicità: il principio di uguaglianza*”.

⁷⁹ In questa prospettiva v. R. KENNEDY, *The Rule of Law*, cit., 223: “*algorithms may not change anything fundamental, but could make change (particularly reform or social progress) impossible*”.

⁸⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., 30, da cui è tratto il corsivo. V. anche L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 60-61; A. MASUCCI, *L’algoritmizzazione*, cit., 950.

⁸¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, cit., 467, da cui è tratto il corsivo. Lo stesso Autore sottolinea la necessità, sulla base del principio di uguaglianza sostanziale, che siano elaborati “*strumenti tecnico-giuridici atti a rilevare i concreti tratti della personalità sociale dei soggetti, sollecitando i positivi interventi riequilibratori dell’ordinamento*”.

4. *Il regime della discrezionalità amministrativa come limite all'impiego dell'intelligenza artificiale*

Le caratteristiche della discrezionalità amministrativa come comparazione e ponderazione di interessi definiscono il particolare ruolo che assumono la legittimazione democratica dell'amministrazione, il procedimento amministrativo e l'obbligo di motivazione. Essi costituiscono tre profili essenziali del regime della discrezionalità e, al contempo, tre importanti ostacoli all'impiego dell'intelligenza artificiale con riferimento alle scelte amministrative. Su ciascuno di essi è opportuno, pertanto, soffermarsi.

4.1. *Il ruolo del procedimento nelle scelte amministrative*

L'importanza del procedimento come modalità di assunzione delle scelte amministrative e il riconoscimento del suo carattere polifunzionale⁸² costituiscono un significativo aspetto critico rispetto alla delega delle decisioni discrezionali a sistemi di intelligenza artificiale.

Qualificando il provvedimento finale come “*niente altro che un prodotto del procedimento*”⁸³, e rilevando che lo “*spazio di indeterminatezza*” che separa norma e atto discrezionale⁸⁴ è coperto dal procedimento, la dottrina ha sottolineato il ruolo essenziale di quest'ultimo, come sede nella quale emergono gli interessi pubblici e privati la cui ponderazione costituisce il nucleo della valutazione discrezionale⁸⁵. In senso analogo si pone la giurisprudenza costituzionale, allorché pone una riserva di giusto procedimento amministrativo come limite alla legislazione provvedimentale⁸⁶.

⁸² Dal punto di vista sociologico v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 43.

⁸³ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 284, che poi aggiunge (p. 286): “*la discrezionalità appartiene alla dinamica del procedimento amministrativo e le sue concrete esplicazioni si incontrano nel procedimento. L'atto è discrezionale per riflesso del potere, ma l'attuazione della discrezionalità del potere ha luogo nel procedimento*”. Sulla tendenza del procedimento a farsi “vincolo” v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 87 ss.

⁸⁴ V. ancora G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 286-287.

⁸⁵ Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 87. Sul principio di libera introduzione degli interessi nel procedimento amministrativo v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 358 ss. In una prospettiva più generale, v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., *passim*, che sottolinea come l'incertezza dell'esito del procedimento costituisce l'incentivo alla partecipazione da parte degli interessati e determina l'essenzialità del procedimento stesso, nonché il suo “*fattore effettivamente legittimante*” (p. 113).

⁸⁶ Cfr., *ex multis*, Corte costituzionale, 30 luglio 2021, n. 177. In dottrina v. P. LAZZARA,

Il procedimento si pone come garanzia del rispetto del principio di uguaglianza di tutti gli interessati⁸⁷ e del principio di imparzialità amministrativa⁸⁸. Sotto altro ma connesso profilo, esso svolge un ruolo di legittimazione delle scelte pubbliche e, in particolare, amministrative⁸⁹. La sua funzione non è solo quella di raccogliere elementi (fatti e interessi) rilevanti per la decisione, ma di giustificare la decisione di fronte alla collettività⁹⁰, mediante la pubblicità del suo processo formativo⁹¹, la partecipazione degli interessati e l'effetto di "istituzionalizzazione" e razionalizzazione del conflitto che ne discende⁹².

In questa prospettiva, il procedimento si presenta forma della funzione amministrativa⁹³ che, almeno con riferimento alla comparazione e ponderazione tra interessi, non sembra fungibile con il ricorso agli algoritmi⁹⁴.

L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale, in G. DELLA CANANEA – M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 387 ss.

⁸⁷ Su tale principio, definito "fondamentale" v., in termini generali, N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 99.

⁸⁸ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, fasc. 7-8, 214.

⁸⁹ Con particolare riferimento all'azione amministrativa v. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 76-77; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 45. V. anche A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 662; K. YEUNG, *Why Worry about Decision-Making by Machine?*, cit., 30-31. In senso parzialmente diverso v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 220 ss., che limita la funzione legittimante del procedimento amministrativo a ipotesi specifiche.

⁹⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 121, il quale sottolinea che l'effetto di legittimazione supera il perimetro dei partecipanti al procedimento, coinvolgendo l'intera collettività. V. anche K. YEUNG, *Why Worry about Decision-Making by Machine?*, cit., 26.

⁹¹ Sull'importanza della pubblicità del procedimento v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 122.

⁹² Sul punto v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 32 ss. e 95 ss.

⁹³ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 118 ss.

⁹⁴ Sul punto v. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., 819-820; M. VEALE – I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, cit., 124; D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019, 18.

4.2. *L'obbligo di motivazione delle decisioni discrezionali. Dalla descrizione "generale" del funzionamento della macchina...*

Il problema della motivazione nelle decisioni algoritmiche è centrale per il rilievo che l'obbligo di motivazione riveste nell'azione amministrativa⁹⁵ alla luce del suo carattere polifunzionale⁹⁶, che lo colloca al crocevia tra diversi principi costituzionali (tra tutti, legalità, imparzialità, buon andamento, trasparenza, effettività della tutela giurisdizionale)⁹⁷.

In questa prospettiva, occorre esaminare le peculiarità dei sistemi di *machine learning* e specialmente *deep learning* che, rispetto agli algoritmi più semplici, sollevano notevoli difficoltà rispetto alla comprensione e alla ricostruzione del procedimento logico tramite cui pervengono a determinate conclusioni.

Il tema della "spiegazione" dei risultati algoritmici è ampiamente discusso nella letteratura specialistica, oltre che in quella giuridica⁹⁸. Sembra opportuno distinguere, in proposito, tra la conoscenza e descrizione delle modalità "generali" di funzionamento della macchina, da un lato, e la spiegazione di un determinato risultato cui essa perviene, dall'altro⁹⁹.

Sotto il primo aspetto, l'esigenza di conoscibilità dell'algoritmo è imposta dai principi di pubblicità e trasparenza che, come portato dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), connotano l'attività amministrativa (art. 1, legge n. 241/1990). Tale esigenza si è affermata anche in altri Paesi dell'area europea e, più in generale, occidentale¹⁰⁰. Nel contesto dell'Unione, una solida base giuridica si rinviene già nel regolamento europeo sulla protezione dei dati personali. In base all'art. 13, par. 2, lett. f), il titolare del trattamento di

⁹⁵ Art. 3, legge n. 241/1990; art. 41, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁹⁶ Sulla polifunzionalità della motivazione v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 25, 27 e 55 ss.; M.S. GIANNINI, *Motivazione*, cit., 262.

⁹⁷ Significativo è che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi nell'ordinamento italiano (ma anche in quelli francese e inglese) ha un'origine precipuamente giurisprudenziale, in quanto ricavato dal sistema nel suo complesso e dai suoi principi, piuttosto che da singole norme espresse. Sul punto v. M.S. GIANNINI, *Motivazione*, cit., 261-262.

⁹⁸ Cfr. L. EDWARDS – M. VEALE, *Slave to the Algorithm?*, cit., 54 ss.

⁹⁹ Sulla distinzione tra "*global explanation*" e "*local explanation*" v. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1944.

¹⁰⁰ Con riferimento agli Stati Uniti v. R. KENNEDY, *The Rule of Law*, cit., 228; D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 290; D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1291 ss.

dati personali deve comunicare all'interessato l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, fornendo informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché sull'importanza e sulle conseguenze di tale trattamento per l'interessato¹⁰¹. L'art. 15, par. 1, lett. h), inoltre, prevede un diritto di accesso, esercitabile "a intervalli ragionevoli" (considerando n. 63), avente ad oggetto le medesime informazioni¹⁰². Tali disposizioni, piuttosto che fondare un vero e proprio "diritto alla motivazione" dettagliata di ogni singola decisione, sembrano richiedere la descrizione generale ed *ex ante* delle modalità di funzionamento della macchina¹⁰³. Non può, tuttavia, trascurarsi che esse trovino applicazione solo allorché l'amministrazione pubblica impieghi dati personali¹⁰⁴.

Il recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale¹⁰⁵ impone un ampio grado di trasparenza sul funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, limitatamente però a quelli "ad alto rischio"¹⁰⁶. Questi ultimi devono essere progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utilizzatori di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente¹⁰⁷.

La descrizione del funzionamento della macchina può, peraltro,

¹⁰¹ In senso analogo dispone l'art. 14, par. 2, lett. f), del regolamento nell'ipotesi in cui i dati non siano raccolti presso l'interessato.

¹⁰² Sull'importanza di tale previsione v. Consiglio di Stato, n. 881/2020; Consiglio di Stato, n. 13 dicembre 2019, n. 8472.

¹⁰³ In tal senso v. Art. 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, par. IV, pur con riferimento all'art. 15, par. 1, lett. h), del regolamento 679/2016. In dottrina v. S. WACHTER – B. MITTELSTADT – L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 82-83; L. EDWARDS – M. VEALE, *Slave to the Algorithm?*, cit., 53. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ord., 25 maggio 2021, n. 14381: "non può logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi conoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati". Su tale ordinanza v. la nota di F. CASTAGNA, *Trasparenza algoritmica e validità del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 501 ss.

¹⁰⁴ Sottolineano questa limitazione L. EDWARDS – M. VEALE, *Slave to the Algorithm?*, cit., 82. V. anche G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale*, cit., 1673-1674, che si sofferma sulla distinzione tra dato personale e dato anonimo.

¹⁰⁵ Regolamento (UE) 2024/1689.

¹⁰⁶ L'art. 6 del regolamento definisce le condizioni alle quali un sistema di IA può definirsi "ad alto rischio".

¹⁰⁷ Art. 13, par. 1, del regolamento (UE) 2024/1689.

incontrare alcune difficoltà tecniche e giuridiche. In primo luogo, la descrizione del modello in termini accessibili al “cittadino medio” trova ostacolo nella complessità del modello stesso, la cui comprensione richiede specifiche competenze tecniche. In questa prospettiva, la pubblicazione del “codice sorgente” che regola l’algoritmo, richiesta dall’art. 69 del Codice dell’amministrazione digitale¹⁰⁸, potrebbe non essere sufficiente, poiché esso potrebbe risultare incomprensibile per l’uomo comune¹⁰⁹. Occorre pertanto altresì siano resi noti al pubblico, secondo modalità conoscibili per tutti, il funzionamento dell’algoritmo e le sue principali caratteristiche¹¹⁰.

In secondo luogo, sussistono problemi di riservatezza e di tutela del segreto commerciale¹¹¹. Generalmente, a fronte dell’impiego di siffatti sistemi da parte della pubblica amministrazione, si ritiene che tali esigenze dovrebbero venir meno, almeno nella misura necessaria ad assicurare la trasparenza dell’azione amministrativa¹¹². In particolare, può ipotizzarsi che il principio di trasparenza richieda che siano resi pubblici le finalità perseguite, i parametri utilizzati, i dati utilizzati per “allenare” la macchina,

¹⁰⁸ Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

¹⁰⁹ Sul punto v. A.C. MARTINEZ, *Accountability*, cit., 65; M. ZALNIERIUTE – L. BURTON CRAWFORD – J. BOUGHEY – L. BENNETT MOSES – S. LOGAN, *From Rule of Law to Statute Drafting. Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 260; F. ZAMBONELLI – F. SALIM – S.W. LOKE – W. DE MEUTER – S. KANHERE, *Algorithmic Governance in Smart Cities. The Conundrum and the Potential of Pervasive Computing Solutions*, in *IEEE Technology and Society Magazine*, 6/2018, 84 ss., che evidenziano la necessità che le nozioni comuni di informatica diventino parte integrante dell’istruzione scolastica, così da consentire la formazione di cittadini consapevole in società “algocratiche”.

¹¹⁰ In questa prospettiva v. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 128; M. LODGE – A. MENNICKEN, *Reflecting on Public Service Regulation by Algorithm*, in K. YEUNG – M. LODGE (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 189; M. BOVENS – S. ZOURIDIS, *From Street-Level*, cit., 183; D.W. SCHATUM, *Dirt in the Machinery*, cit., 342-343. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, sent. n. 2270/2019.

¹¹¹ Il tema è particolarmente sensibile negli Stati Uniti. Cfr. in proposito R. NUNN, *Discrimination in the Age of Algorithms*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 186; C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 16-17 e 43 ss.; D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1290 ss.

¹¹² Cfr. Consiglio di Stato, n. 8472/2019: “non può assumere rilievo l’invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all’evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza”. In dottrina v. D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale*, cit., 413-414; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., 832-833; S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 179; A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1947-1948.

la percentuale di accuratezza e precisione dei risultati, le precedenti versioni dello stesso algoritmo¹¹³.

Esigenze di riservatezza, tuttavia, potrebbero sorgere in ragione della necessità di assicurare l'efficace utilizzo di algoritmi. Nell'ambito dell'attività amministrativa di vigilanza, controllo o di polizia¹¹⁴, nonché nel settore della sicurezza nazionale e dei servizi di intelligence¹¹⁵, una completa trasparenza sulle caratteristiche e modalità di funzionamento degli algoritmi potrebbe comportare una significativa riduzione dell'efficacia dell'azione amministrativa e consentire ai soggetti controllati o vigilati di "eludere" i sistemi di controllo automatizzati¹¹⁶. Eccezioni di tal genere, collegate all'esigenza di garantire la prevenzione e repressione della criminalità (in senso lato), possono trovare fondamento nella disciplina sul diritto d'accesso "tradizionale" (art. 22, l. 241/1990), civico e generalizzato.

D'altra parte, anche con riferimento all'attività amministrativa ampliata della sfera giuridica degli interessati (finanziamenti, autorizzazioni, concessioni, ecc.) la completa *disclosure* dell'algoritmo potrebbe indurre comportamenti opportunistici, diretti a "modellare" o modificare i dati in modo da soddisfare i parametri presi in considerazione¹¹⁷. Il rischio di elusione sussiste parimenti con riferimento all'attività amministrativa "umana", ma esso potrebbe accrescersi nell'ipotesi di impiego di una macchina, data l'impossibilità per quest'ultima di attribuire un significato alle correlazioni che essa individua¹¹⁸ e la maggiore "dimensione" degli

¹¹³ In questa prospettiva v. S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 179-180.

¹¹⁴ Cfr., con riferimento al programma "No fly" in uso negli Stati Uniti, D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1309.

¹¹⁵ In tema v. M. ZALNIERIUTE – L. BURTON CRAWFORD – J. BOUGHEY – L. BENNETT MOSES – S. LOGAN, *From Rule of Law to Statute Drafting*, cit., 266 ss.

¹¹⁶ In tema v. S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 176; K. YEUNG, *Why Worry about Decision-Making by Machine?*, cit., 28; M. HINO – E. BENAMI – N. BROOK, *Machine learning for environmental monitoring*, in *Nat. Sust.*, 2018, 583. Osserva L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 155, che "la completa trasparenza può causare essa stessa specifici problemi etici", come "consentire alle persone di ingannare il sistema".

¹¹⁷ Un esempio relativo a un algoritmo di valutazione degli insegnanti è descritto da C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 17 ss., la quale poi (pp. 92) si sofferma su un altro caso concernente il ranking delle istituzioni universitarie. In tema v. anche A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1896; A. GRIFFITHS, *The Practical Challenges of Implementing Algorithmic Regulation for Public Services*, in K. YEUNG – M. LODGE (a cura di), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 162 ss.; M. LODGE – A. MENNICKEN, *Reflecting on Public Service Regulation*, cit., 197.

¹¹⁸ Su tale impossibilità v. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 197-198.

effetti che essa può produrre¹¹⁹. In questa prospettiva, l'uso degli algoritmi predittivi da parte di enti pubblici dovrebbe tener conto dei comportamenti strategici assunti dagli interessati, e specialmente delle organizzazioni dotate delle competenze informatiche necessarie per capire e sfruttare a proprio vantaggio un algoritmo¹²⁰, e perciò della necessità di modificare i parametri di riferimento in modo da ridurre il rischio di elusione¹²¹.

4.3. ...alla "spiegabilità" delle singole decisioni

La spiegazione "generale" o "globale" del funzionamento della macchina non consente, tuttavia, sempre di comprendere le ragioni di una decisione determinata¹²². Relativamente agli algoritmi di *machine learning* più complessi, la pluralità di variabili (e di "dimensionalità" dei dati da considerare) rende difficile per gli esseri umani e perfino per i programmatori stabilire come la macchina arrivi a determinati risultati¹²³. La focalizzazione su determinate "regioni" del modello sembra consentire agli esperti di individuare *ex post*, mediante ulteriori test, i dati o le informazioni che hanno assunto rilievo per un certo risultato¹²⁴. Ma una

¹¹⁹ V. ancora L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 236-237, che suggerisce di limitare "quando appropriato, la conoscenza di come gli input influenzino gli output dei sistemi di [IA], per prevenire la manipolazione".

¹²⁰ V. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 155-156, che sottolinea come sotto questo aspetto si ponga il rischio di "un'ulteriore forma di disegualianza sociale". In una prospettiva analoga v. J. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, 13.

¹²¹ Sul punto v. M. HINO - E. BENAMI - N. BROOK, *Machine learning for environmental monitoring*, cit., 586.

¹²² In proposito v. A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione*, cit., 976; S.M. APPEL - C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 177.

¹²³ Sul punto v. R. KENNEDY, *The Rule of Law*, cit., 228-229; M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 4; B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione algoritmica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 381; T. RÜFNER, *Juristische Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz aus der Perspektive des Privatrechts*, in H.G. DEDERER – YU-CHEOL SHIN, *Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen*, Tübingen, 2021, 19; L. GRECO, *Roboter-Richter?*, cit., 109. Sulla distinzione, nell'ambito dell'interpretazione giuridica, tra processo di scoperta e processo di giustificazione v. R. ALEXI, *Interpretazione giuridica (ad vocem)*, in *Enc. sc. soc.*, 1996, 66-67.

¹²⁴ Sul punto v. D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 295-296. Cfr. anche A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1946; M. LODGE - A. MENNICKEN, *Reflecting on Public Service Regulation*, cit., 189.

ricostruzione completa del procedimento logico seguito dalla macchina pare al momento non praticabile¹²⁵, anche in ragione del fondamentale rilievo che le modalità di “ragionamento” della macchina – fondate su correlazioni statistiche di quantità enormi di dati che l’uomo non riuscirebbe elaborare o elaborerebbe in tempi estremamente più lunghi – si differenziano significativamente da quelle umane¹²⁶.

La piena spiegabilità delle decisioni algoritmiche potrebbe ottenersi solo al prezzo di una notevole semplificazione del modello, che inciderebbe significativamente sulle sue capacità di prestazione ed accuratezza¹²⁷. Si genera, pertanto, un complicato *trade-off* tra trasparenza ed efficacia¹²⁸.

Il problema si lega al rilievo della motivazione delle decisioni pubbliche, anche ma non solo amministrative¹²⁹, come strumento di garanzia dello Stato di diritto¹³⁰. Più in generale, la questione attiene allo svolgimento della “funzione” pubblica, come “attività globalmente rilevante”¹³¹, in quanto svolta nell’interesse della collettività¹³². La rilevanza complessiva della funzione fonda il dovere di motivazione, in quanto richiede che

¹²⁵ V. ancora D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 296 ss.

¹²⁶ In tema v. ampiamente L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., *passim*, che contesta la validità del concetto di intelligenza artificiale, sostenendo che quest’ultima si configuri come forma o (o capacità) dell’agire, piuttosto che come intelligenza in senso proprio. Cfr. anche C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 251-252; B. SHEPPARD, *Warming Up to Inscrutability*, cit., 9 ss.

¹²⁷ Cfr. B. SHEPPARD, *Warming Up to Inscrutability*, cit., 12, il quale nota che “*it may be the case that the more intelligible a system is, the less effective it will be at prediction, suggesting that human understanding of prediction might hold back performance*”.

¹²⁸ Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 155; A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1945; AA. VV., *Definitions, methods, and applications in interpretable machine learning*, in *PNAS*, 2019, 22072-22073: “*In selecting what model to use, practitioners are sometimes faced with a trade-off between predictive and descriptive accuracy. On the one hand, the simplicity of model-based interpretation methods yields consistently high descriptive accuracy, but can sometimes result in lower predictive accuracy on complex datasets. On the other hand, in complex settings (...), complicated models can provide high predictive accuracy, but are harder to analyze, resulting in a lower descriptive accuracy*”.

¹²⁹ Cfr. M.E. KAMINSKI, *Understanding Transparency in Algorithmic Accountability*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 122-123; R. KENNEDY, *The Rule of Law*, cit., 229; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 81. Con riferimento all’attività giurisdizionale v. L. GRECO, *Roboter-Richter?*, cit., 105 e 109.

¹³⁰ Cfr. R. JANNOTTA, *La motivazione*, cit., 208 ss., che peraltro evidenzia l’impossibilità di ridurre la motivazione a “*mezzo di garanzia della legalità dell’azione amministrativa, in vista della tutela delle posizioni dei singoli amministrati*”.

¹³¹ Cfr. F. MODUGNO, *Funzione (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1969, 301 ss.

¹³² Cfr. R. JANNOTTA, *La motivazione*, cit., 211.

non solo il risultato, ma tutte le fasi tramite cui si esercita il potere siano trasparenti e spiegabili¹³³. Tale prospettiva si collega al “valore legittimante” della motivazione rispetto al provvedimento¹³⁴, specialmente in relazione al controllo sociale da parte della comunità¹³⁵.

Il deficit di trasparenza della decisione algoritmica assume speciale rilievo per l'attività amministrativa discrezionale, dato il “*profondo legame biunivoco tra potere discrezionale ed obbligo di motivazione*”¹³⁶, il quale consente di evitare decisioni arbitrarie¹³⁷. In tal caso, infatti, non si tratta semplicemente di dimostrare la compatibilità della decisione con l'ordinamento giuridico, bensì di individuare il “*miglior tipo di azione per soddisfare*” l'interesse pubblico¹³⁸, alla luce delle risultanze istruttorie¹³⁹. In questa prospettiva, il “*processo valutativo*” che si esplica nel discorso motivazionale costituisce, nei provvedimenti discrezionali, il “*criterio di definizione*” dell'interesse pubblico, “*della cui esistenza e consistenza assume valore stricto sensu costitutivo*”¹⁴⁰. Si rimarca, in proposito, anche il valore interpretativo della motivazione, come mezzo per la più esatta comprensione del dispositivo del provvedimento¹⁴¹, anche in relazione al

¹³³ Con riferimento all'attività amministrativa v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 17: “*la sempre più estesa e penetrante funzionalizzazione della attività amministrativa comporta (...), almeno tendenzialmente, la sua integrale rilevanza nel determinare la validità del provvedimento*”. V. anche M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 22: “*l'attività amministrativa è in ogni momento del suo svolgersi giuridicamente qualificata*”.

¹³⁴ Sul punto v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 84-85.

¹³⁵ Sottolinea la funzione della motivazione rispetto al “*controllo di opinione pubblica*” A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 70 ss. e 98 ss.

¹³⁶ Così, con riferimento all'orientamento dominante, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 12 ss., il quale tuttavia collega l'obbligo di motivazione piuttosto ad ogni ipotesi in cui “*la misura adottata*”, che sia vincolata o discrezionale, “*dia adito al sospetto di illogicità e d'arbitrio*” (p. 101). V. anche A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 79-80.

¹³⁷ In giurisprudenza v., *ex multis*, Consiglio di Stato, 2 gennaio 2020, n. 2.

¹³⁸ Sul punto v. R. JANNOTTA, *La motivazione*, cit., 210-211 e 232. V. anche A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 343.

¹³⁹ In proposito v. ancora A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 113, secondo cui il “*discorso motivante*” dovrebbe rendere conto della strumentalità del provvedimento rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico, da intendersi non in astratto bensì come “*riscontrato concretamente nella situazione storico-ambientale considerata*”. In altri termini, “*il discorso motivante deve dunque render palese ad un tempo il tipo di interesse curato dal provvedimento ed il fatto che la individuazione di detto interesse scaturisce da una contemplazione diretta della fattispecie concreta da parte dell'autorità provvedente*”.

¹⁴⁰ Così A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 342.

¹⁴¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 25; M.S. GIANNINI, *Motivazione*, cit., 266.

suo sindacato giurisdizionale¹⁴². Sotto il profilo della tutela, la valutazione della legittimità del provvedimento discrezionale, connotato da un margine più o meno ampio di scelta rimesso all'Amministrazione, dipende decisamente dalle motivazioni addotte a sostegno della decisione¹⁴³, di talché la mancanza o insufficienza (nonché contraddittorietà, illogicità, perplessità) delle stesse determina l'invalidità del provvedimento, *sub specie* di violazione di legge o eccesso di potere¹⁴⁴.

In questa prospettiva, l'obbligo di motivazione non potrebbe essere sostituito da meccanismi di "razionalizzazione" *ex post*¹⁴⁵, come conferma l'orientamento giurisprudenziale che tende a negare l'integrazione in giudizio della motivazione di provvedimenti discrezionali¹⁴⁶. Tale profilo appare particolarmente rilevante per le decisioni algoritmiche, poiché nega la legittimità di una ricostruzione *ex post* della motivazione da parte di un agente umano, la quale peraltro rischierebbe di oscurare gli aspetti illegali e/o discriminatori della decisione assunta dalla macchina¹⁴⁷.

Si è, perciò, evidenziata in dottrina¹⁴⁸ e in giurisprudenza¹⁴⁹ la necessità

¹⁴² Cfr. P. LAZZARA, *Invalidità*, cit., 209; N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 218 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 46 ss. Con particolare riferimento ai procedimenti automatizzati v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1298-1299.

¹⁴³ In proposito v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 239 ss.

¹⁴⁴ Osserva A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 81 ss., che gran parte delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere possono riportarsi a un difetto di motivazione, come dimostra anche la ricostruzione storica (v. pp. 134 ss.).

¹⁴⁵ Sul punto, con riferimento all'ordinamento statunitense, v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1299.

¹⁴⁶ V. *a contrario* Consiglio di Stato, 10 febbraio 2023, n. 1459.

¹⁴⁷ Sul punto v. P. VOGEL, *A "right to explanation" for algorithmic decisions*, in A. SANTOSUOSSO – G. PINOTTI (a cura di), *Data-driven decision making, law, ethics, robots, health*, Pavia, 2020, 55.

¹⁴⁸ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., 831-832; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione*, cit., 978-979; L. Greco, *Roboter-Richter?*, cit., 109-110; M. LODGE – A. MENNICKEN, *Reflecting on Public Service Regulation*, cit., 184 e 196.

¹⁴⁹ TAR Campania, Napoli, n. 7003/2022; Consiglio di Stato, n. 2270/2019. In Francia v. Conseil constitutionnel, 3 aprile 2020, n. 2020-834 QPC, con riferimento all'impiego di un algoritmo per selezionare gli studenti ammessi all'università. Negli Stati Uniti v. Corte Suprema del Wisconsin, 13 luglio 2016, *State v. Loomis*, che ha subordinato il ricorso a un algoritmo come strumento di valutazione del rischio di recidiva di persone condannate in sede penale, alla pubblicità dei fattori utilizzati (ad es. numero di arresti passati o di violazioni della libertà vigilata), pur non richiedendo una totale trasparenza sulle modalità di calcolo del rischio. Nel caso di specie, l'uso dell'algoritmo è stato ritenuto legittimo anche perché esso non vincolava la decisione del giudice. In proposito v. M. ZALNIERIUTE – L. BURTON CRAWFORD – J. BOUGHEY – L. BENNETT MOSES – S. LOGAN,

che gli algoritmi forniscano la motivazione per la quale giungono a determinati risultati, in maniera “rafforzata”, ossia ancora più specifica di quanto avviene per gli umani.

Sul piano del diritto positivo, il considerando n. 71 del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali prevede il diritto dell’interessato di ottenere una spiegazione della decisione basata esclusivamente su un trattamento automatizzato. Si fonderebbe così un obbligo di motivazione della decisione assunta dalla macchina¹⁵⁰, limitatamente tuttavia alle decisioni interamente automatizzate.

Il recente regolamento europeo sull’intelligenza artificiale impone la “interpretabilità” degli output generati dai sistemi di intelligenza artificiale “ad alto rischio”¹⁵¹. Oltre ai rilievi sulla effettiva praticabilità di tale soluzione, su cui ci si soffermerà nelle righe seguenti, è da segnalare come tale vincolo concerna solo alcuni sistemi di intelligenza artificiale e non tutti quelli potenzialmente utilizzabili dalla pubblica amministrazione.

Senonché, la pretesa a una piena spiegabilità non sembra in linea con lo stato attuale della tecnica rispetto alle decisioni dell’intelligenza artificiale¹⁵² o, almeno, di una parte di esse¹⁵³, sebbene il campo di ricerca della c.d. *explainable AI*¹⁵⁴ sia al centro dell’attenzione, anche alla luce delle potenzialità espresse dalle nuove forme di intelligenza c.d. generativa.

From Rule of Law to Statute Drafting. Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 260 e 262-263; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 71 ss.

¹⁵⁰ In senso diverso v. S. WACHTER – B. MITTELSTADT – L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation*, cit., 79 ss., che alla luce dell’iter legislativo per l’approvazione del regolamento ritengono che l’omessa previsione espressa di un obbligo di motivazione nell’art. 22 del GDPR renda irrilevante la formulazione del considerando n. 71.

¹⁵¹ V. art. 13, par. 1; art. 13, par. 3, lett. b), n. iv) e vii); art. 13, par. 3, lett. d), del regolamento (UE) 2024/1689.

¹⁵² Lo sottolinea D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale*, cit., 432: “si tratta, evidentemente, anche alla luce della esperienza del GDPR, di un obbligo ad oggi insostenibile, che rimarrà, con ogni probabilità, sulla carta”.

¹⁵³ In tal senso v. A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 642-643. Nella letteratura specialistica v. AA. Vv., *Definitions, methods, and applications*, cit., 22074: “A model is said to be simulatable if a human (for whom the interpretation is intended) is able to internally simulate and reason about its entire decision-making process (i.e., how a trained model produces an output for an arbitrary input). This is a very strong constraint to place on a model and can generally be done only when the number of features is low and the underlying relationship is simple. (...) In particular, as the complexity of the model increases (...), it becomes increasingly difficult for a human to internally simulate”.

¹⁵⁴ Sui vari tentativi di indurre maggiore trasparenza e spiegabilità degli output dell’intelligenza artificiale v. L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 155 ss.

I sistemi basati sul *machine learning* non identificano il rapporto di causalità¹⁵⁵ e la difficoltà di spiegare i risultati cui perviene la macchina rende complicato stabilire quali dati, tra le miriadi che essa è in grado di analizzare ed elaborare, abbiano determinato un certo *output*¹⁵⁶. Tale caratteristica costituisce uno dei principali problemi di applicazione dei programmi *data-driven* da parte delle autorità amministrative, le quali invece operano secondo una logica di causalità¹⁵⁷.

Di tale limite sembra consapevole il legislatore europeo allorché, con riferimento ai sistemi di alto rischio, impone una supervisione umana al fine, tra l'altro, di interpretare correttamente l'*output* del sistema, precisando che ciò debba avvenire “tenendo conto ad esempio degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili”¹⁵⁸.

Si potrebbe rilevare, in favore dell'utilizzo dei sistemi di *machine learning*, che lo standard di motivazione di un provvedimento non richiede che siano conosciuti e resi noti i dettagli più particolari del procedimento logico-giuridico che sta alla base della decisione¹⁵⁹, essendo piuttosto sufficiente individuare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che ne costituiscono il fondamento o la “colonna portante”¹⁶⁰. Sotto altro ma connesso profilo, non potrebbe trascurarsi che le ragioni delle azioni e

¹⁵⁵ Cfr. C.E.A. KARNOW, *The opinion of machines*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 39: “neural networks are, in effect, statistical models. A valid (or ‘statistically significant’) result shows a certain degree of correlation; it does not prove causation”. V. anche S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 167; A. GRIFFITHS, *The Practical Challenges*, cit., 158; AA. VV., *Definitions, methods, and applications*, cit., 22072 e 22076.

¹⁵⁶ Sul punto v. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 150-151; D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 295.

¹⁵⁷ Sul punto v. J. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., 8 e 15. Cfr. anche A. SANTOSUOSSO – G. PINOTTI, *Science and Law in Big Data era: decisions, dilemmas and opportunities*, in A. SANTOSUOSSO – G. PINOTTI (a cura di), *Data-driven decision making, law, ethics, robots, health*, Pavia, 2020, 18 ss.; L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 266-267, il quale nota che mediante i nuovi sistemi di *machine learning* “per la prima volta nella storia umana, l'agire ha divorziato in modo irreversibile e con successo dall'intelligenza”. Sull'esigenza di razionalità dell'attività amministrativa v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 237-238.

¹⁵⁸ Art. 14, par. 4, lett. c), del regolamento (UE) 2024/1689.

¹⁵⁹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 368-369.

¹⁶⁰ In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, 3 luglio 2014, n. 3355, con riferimento all'imposizione di vincoli culturali c.d. indiretti. In dottrina v., *ex multis*, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 80-81 e 115 ss., che ritiene sufficiente la indicazione degli “elementi giustificativi «primari»”; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 284 ss.

decisioni umane presentano un enorme grado di complessità e finanche di oscurità¹⁶¹ e non trovano certo piena esplicazione nella motivazione del provvedimento amministrativo¹⁶².

Tali considerazioni non sembrano, però, decisive. La motivazione del provvedimento mira a esplicitare il procedimento logico-giuridico che si pone alla base della decisione finale, fondando così la stessa su basi razionali¹⁶³. Che tale motivazione non corrisponda interamente alle ragioni psicologiche che hanno indotto il singolo funzionario ad adottare il provvedimento, non risulta particolarmente rilevante¹⁶⁴. Tanto discende, in termini più generali, dalla rilevanza oggettiva della decisione amministrativa e del relativo procedimento¹⁶⁵, dalla distinzione tra volontà giuridica e volontà psicologica¹⁶⁶, nonché dal rilievo per cui l'imparzialità amministrativa, di cui la motivazione è attuazione, "*non è rimessa alla volontà soggettiva, ma all'organizzazione strumentale*" della pubblica amministrazione¹⁶⁷. Sotto il profilo "patologico", tale ricostruzione si sposa con la qualificazione dell'eccesso di potere come vizio della funzione,

¹⁶¹ Sul punto v. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 140-141; L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 273-274; A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 643, il quale nota che "*other minds are just as much black boxes as are machine-learning instruments*".

¹⁶² Sul punto v., in senso critico, R. JANNOTTA, *La motivazione*, cit., 202 ss. In una prospettiva più generale, v. E. PARESCHE, *Interpretazione (fil. dir.) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1972, 214, il quale osserva che "*le motivazioni scritte della decisione assai spesso non rispecchiano i motivi reali che la hanno determinata*".

¹⁶³ Di "razionalizzazione" parla, pur con riferimento alla motivazione della sentenza, E. PARESCHE, *Interpretazione*, cit., 214.

¹⁶⁴ Sul rapporto tra orientamento ideologico e culturale dell'agente pubblico e interesse pubblico v. R. JANNOTTA, *La motivazione*, cit., 221 ss.

¹⁶⁵ In proposito v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 62; ID., *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 18 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 81. In generale, sul rilievo prevalentemente oggettivo dell'attività pubblica (legislativa, amministrativa, giurisdizionale) v. A. FALZEA, *Manifestazione*, cit., 456 e 466. Sul collegamento tra motivazione e procedimento v. R. JANNOTTA, *La motivazione*, cit., 235 ss.

¹⁶⁶ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 201-202 e 322-323, nota 4. V. anche A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 37-38, il quale afferma che l'abbondanza della "*concezione-volontaristico-subiettiva dell'attività amministrativa*", come "*incontestabile conquista degli studi di diritto pubblico*", porta con sé l'esigenza di "*dismettere ogni riferimento alla volizione, psicologicamente intesa, nella ricostruzione dei processi formativi del provvedimento*". Sul superamento della volontà come fatto psichico in relazione alla teoria dell'atto amministrativo v. altresì F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico*, cit., 12-13; N. LUHMANN, *Recht und Automation*, cit., 32-33.

¹⁶⁷ Così G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 109.

piuttosto che attinente ai “motivi” del provvedimento¹⁶⁸.

In questa prospettiva, non può trascurarsi che il ricorso al *machine learning* incida significativamente sulla possibilità di conoscere le ragioni di una data decisione amministrativa e, conseguentemente, sulla possibilità di contestarla in sede giurisdizionale¹⁶⁹. Ciò non per l'assenza della (o l'impossibilità di conoscere la) componente psicologica delle macchine, quanto perché la complessità degli algoritmi di *machine learning*, dei calcoli e delle correlazioni dagli stessi compiuti, rende molto complicato individuare l'*iter* logico seguito per un determinato risultato. Questo aspetto costituisce, specialmente per le decisioni discrezionali, una delle maggiori criticità dell'impiego dell'intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni.

4.4. *Il problema della imputazione, legittimazione e responsabilità nelle decisioni assistite dai sistemi di intelligenza artificiale*

Un ulteriore limite all'impiego dell'intelligenza artificiale nelle scelte amministrative si rinviene sotto il profilo della responsabilità e della legittimazione del soggetto decidente¹⁷⁰. Il problema si pone in relazione al grado di “autonomia” e imprevedibilità che il software presenta rispetto al controllo umano (e persino dei programmatori)¹⁷¹. Il tema interseca tanto il diritto pubblico quanto il diritto privato¹⁷², ma si articola nei due settori in termini non coincidenti, per l'essenziale diversità tra l'autonomia privata

¹⁶⁸ Sul punto v. P. LAZZARA, *Invalidità*, cit., 208.

¹⁶⁹ Sul punto v. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 132; R. KENNEDY, *The Rule of Law*, cit., 229; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 83. Nella giurisprudenza francese v. Conseil constitutionnel, 12 giugno 2018, n. 2018/765 DC, ha escluso la possibilità che decisioni automatizzate siano assunte da algoritmi in grado di stabilire autonomamente le regole da seguire, cioè i sistemi di *machine learning*, poiché ciò impedisce di spiegare all'interessato il modo in cui i suoi dati personali sono stati trattati. Su tale pronuncia v. G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale*, cit., 89.

¹⁷⁰ V., con particolare riferimento però al potere giudiziario, L. GRECO, *Roboter-Richter?*, cit., 112 ss.

¹⁷¹ Sul punto v. M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale*, in *Dir. aff.*, 2020, 70 ss.

¹⁷² Con riferimento al diritto privato v. YU-CHEOL SHIN, *Sozialer Wandel und Zivilrechtswissenschaft. Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen*, in H.G. DEDERER – YU-CHEOL SHIN (a cura di), *Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen*, Tübingen, 2021, 7 ss. Con particolare riferimento all'attività contrattuale v. F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, 1681 ss.

e l'autonomia (funzionale) delle pubbliche amministrazioni¹⁷³.

La dottrina che ha investigato il tema della legittimazione dell'amministrazione ha individuato nel principio democratico, insieme a quello di legalità, l'essenziale fondamento giustificativo del potere amministrativo¹⁷⁴. Ciò, sebbene non richieda che tutte le decisioni amministrative siano assunte da soggetti direttamente eletti dal corpo elettorale, impone un collegamento con il circuito politico-rappresentativo. Le modalità e l'intensità di tale nesso possono mutare in corrispondenza del tipo di attività amministrativa, della natura discrezionale o vincolata del potere, del carattere politico o tecnico delle valutazioni, del rapporto tra la legge e l'amministrazione in un dato ambito¹⁷⁵.

La legittimazione democratica dell'amministrazione assume un significato centrale nel contesto delle scelte discrezionali, ove la ponderazione e comparazione tra diversi interessi assume un rilievo *lato sensu* politico¹⁷⁶. L'imparzialità amministrativa, infatti, non comporta "neutralità e indifferenza nei confronti dei diversi interessi compresenti nell'ordinamento pluralista"¹⁷⁷. Se ciò è stato affermato al fine di escludere la possibilità che il potere giurisdizionale si sovrapponga integralmente a quello amministrativo¹⁷⁸, a maggior ragione sembra potersi sostenere

¹⁷³ Cfr., per tutti, A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 127; ID., *Autonomia nel diritto pubblico (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1988, 30 ss. Sulla rilevanza della funzionalizzazione rispetto all'individuazione di apprezzamenti "riservati" alla pubblica amministrazione v. N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico*, cit., 418 ss.

¹⁷⁴ Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, cit., 329 ss. e in part. 336: "Demokratische Legitimation ist (...) nicht nur eine mögliche, sie ist vielmehr verfassungsrechtlich die unbedingt notwendige und in allen Teilen öffentlicher Verwaltung unverzichtbare Legitimation". V. anche U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., 205 ss.

¹⁷⁵ Sulla varietà dei meccanismi di legittimazione in corrispondenza alle diverse tipologie di amministrazione pubblica v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, cit., 355 ss.

¹⁷⁶ Con riferimento alla pianificazione urbanistica generale v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, cit., 381.

¹⁷⁷ Così A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 245. Cfr. anche P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 13 aa.

¹⁷⁸ V. ancora A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 253, che pur rilevando la difficoltà dell'individuazione dell'*ubi consistam* della discrezionalità, sottolinea l'esistenza di ambiti dell'attività amministrativa rispetto ai quali "il riconoscimento e la legittimazione giuridico-politici della decisione autoritaria ripos[a]no essenzialmente sulla positiva valenza della qualità soggettiva del decidente pubblica amministrazione", sicché "non vi è né vi può essere luogo ad un sindacato che colga l'intus della decisione stessa, ma il

che le scelte discrezionali non possano essere affidate a macchine, cioè ad oggetti inanimati, necessariamente privi di legittimazione democratica¹⁷⁹. Deciderebbe, infatti, un soggetto, anzi un “oggetto”¹⁸⁰, scollegato dal circuito politico-amministrativo¹⁸¹ ed eventualmente anche non dotato dei requisiti di professionalità che la legge potrebbe richiedere¹⁸². Si realizzerebbe, in altri termini, una “delegazione di potere” non coperta dal principio di legalità¹⁸³.

Emerge, dunque, un fondamentale problema di responsabilità, tanto sotto il profilo etico¹⁸⁴ quanto sotto quello propriamente giuridico¹⁸⁵. Se da un punto di vista civilistico si richiede di individuare la responsabilità per le decisioni assunte autonomamente dal software¹⁸⁶, ciò che ha condotto ad ipotizzare una particolare forma di personalità o soggettività giuridica “elettronica”¹⁸⁷, dal punto di vista amministrativistico, più radicalmente,

riscontro giurisprudenziale deve arrestarsi alla rilevazione della razionalità ed adeguatezza del provvedimento”.

¹⁷⁹ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., 820.

¹⁸⁰ Evidenzia lo scarto tra “chi” e “cosa” governa in una società dominata dalla tecnica L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 173. Con particolare riferimento all’intelligenza artificiale v. A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale*, cit., 69.

¹⁸¹ Sul punto v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1312.

¹⁸² In proposito, con riferimento agli Stati Uniti, v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1254-1255 e 1296: “Today’s society requires expertise on technical matters, an expertise that agencies can provide and that the public does not possess. (...) But programmers who build code and design algorithms have no authority to engage in policymaking”.

¹⁸³ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., 815-816; D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1294 e 1297.

¹⁸⁴ In proposito v. L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 119-120; B.D. MITTELSTADT – P. ALLO – M. TADDEO – S. WACHTER – L. FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the Debate*, in *Big Data & Society*, 2016, 11. Per un confronto tra i problemi etici e giuridici determinati dall’intelligenza artificiale v. G. SARTOR, *Artificial intelligence*, cit., 706 ss. In generale, sul rapporto tra etica e sviluppo tecnico-scientifico v. L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 68 ss., il quale si sofferma (pp. 301 ss.) anche sul più specifico problema della individuazione della responsabilità di eventi determinati da sistemi tecnologici di larga scala.

¹⁸⁵ Cfr. B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 108: “unicamente all’io (umano, ndr) si può riferire l’analisi della sua responsabilità, giuridicamente imputabile”. V. anche M. LODGE – A. MENNICKEN, *Reflecting on Public Service Regulation*, cit., 189-190; F. PASQUALE, *A Rule of Persons*, cit., 6.

¹⁸⁶ Cfr. W. BARFIELD – J. BARFIELD, *An Introduction to Law and Algorithms*, cit., 8.

¹⁸⁷ Cfr. YU-CHEOL SHIN, *Sozialer Wandel*, cit., 8-9; A.P. KARANASIOU – D.A. PINOTSIS, *A study*, cit., 24 ss., che ipotizzano diverse soluzioni in rapporto al grado di autonomia dei sistemi di intelligenza artificiale. In tema v. anche, in senso critico, T. RÜFNER, *Juristische Herausforderungen*, cit., 20-21. Sui limiti entro cui un ordinamento giuridico può creare

ci si può chiedere se sia legittima l'attribuzione a una macchina del potere decisionale o se per questa via si realizzi una forma di deresponsabilizzazione, cioè di esercizio di “*potere senza responsabilità*”¹⁸⁸. Il tema coinvolge, oltre che la legalità, la legittimità in senso sociologico, cioè la disponibilità generalizzata ad accettare decisioni ancora indeterminate dal contenuto¹⁸⁹ e adottate da un essere inanimato.

In via generale, gli ostacoli al riconoscimento della personalità o della soggettività giuridica in capo a una macchina si rinvencono nella circostanza per cui, da un lato, essa non sembra porsi, neanche in via indiretta, come centro autonomo e unitario di interessi¹⁹⁰; dall'altro, l'assenza della volontà e dell'intenzione, nonché più in generale della libertà, impedirebbe di considerarla come giuridicamente imputabile¹⁹¹, poiché “*dove non vi è alternativa tra il rispetto e la violazione delle regole non vi è imputabilità*”¹⁹². Inoltre, se il concetto di persona giuridica nasce per individuare un centro di responsabilità in relazione a comportamenti tenuti da determinate persone fisiche¹⁹³ o, secondo altra prospettiva, come sintesi di una data disciplina normativa¹⁹⁴, l'individuazione della macchina come ente a sé stante sembra lasciare ancora aperto sia il problema della attribuzione e distribuzione della responsabilità per gli atti o i fatti da essa commessi¹⁹⁵ sia

figure giuridiche soggettive v. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana (note preliminari)*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, 438. V. anche M.V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in Id., *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, 2021, 32-33.

¹⁸⁸ In proposito v. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., 39, da cui è tratto il corsivo. In tema v. anche D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 294.

¹⁸⁹ N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 20.

¹⁹⁰ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, cit., 468 ss.

¹⁹¹ In proposito v. B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 44 ss. e 65-66. Cfr. anche L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 198; M. COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale*, cit., 1687; N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 92; A. FALZEA, *Manifestazione*, cit., 445-446.

¹⁹² Così B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 122. È interessante notare che la questione non si discosta molto da quella relativa al possesso da parte delle macchine di un'anima, almeno nei termini in cui la esamina A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 1950, 443.

¹⁹³ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 358.

¹⁹⁴ Cfr. F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale*, cit., 1683-1684; H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000 (orig. 1934), 89.

¹⁹⁵ In proposito v. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale*, cit., 1674, la quale, con riferimento all'attribuzione della titolarità del trattamento di dati personali a una macchina, nota che “*l'attribuzione di soggettività giuridica deve corrispondere ad una precisa e consapevole scelta*”

quello del regime giuridico da applicare a una entità siffatta.

Anche prescindendo dalle significative criticità che si collegano al riconoscimento di una personalità giuridica elettronica (almeno in assenza di novità normative), con riferimento alle decisioni amministrative discrezionali il problema è che le macchine non sono esseri umani e, in particolare, non sono quegli esseri umani ai quali l'ordinamento giuridico attribuisce il potere di assumere una data scelta tra molte possibili, ossia gli organi competenti¹⁹⁶. L'ineliminabile componente soggettiva del potere¹⁹⁷ pone con nettezza il problema dell'attribuzione alla macchina del potere discrezionale. L'inestricabile intreccio che, in forza dei principi di legalità e democraticità, lega discrezionalità amministrativa, competenza e legittimazione sembra precludere che le macchine, dotate o meno di personalità giuridica, siano concepite come titolari del potere amministrativo. Poiché le forme, i procedimenti, le competenze predisposte per una certa attività decisionale (pre-)definiscono il contenuto della decisione stessa¹⁹⁸, l'attribuzione a una macchina del potere di adottare una scelta amministrativa investe l'essenza stessa del potere, ponendo un problema fondamentale di legittimazione.

*metodologica e fondare un nuovo approccio al tema della responsabilità. Se all'applicazione non viene attribuita una disponibilità economica e se non viene ridisegnato un regime di responsabilità che prescinda da elementi soggettivi (...), l'attribuzione di soggettività giuridica alle applicazioni di intelligenza artificiale e ai robot diviene un atto di compiacimento romantico, fine a sé stesso, sae non dannoso". Sulla difficoltà di individuare il soggetto responsabile nelle vicende in interviene l'intelligenza artificiale v. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 198-199, che si sofferma specialmente sull'accertamento della responsabilità sul piano penale; R. KENNEDY, *The Rule of Law*, cit., 228-229; L. GRECO, *Roboter-Richter?*, cit., 115. Con riferimento al settore medico v. EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Artificial intelligence in healthcare. Applications, risks, and ethical and societal impacts*, Brussels, 2022, 27.*

¹⁹⁶ Sul punto v. S. VERNILE, *L'adozione delle decisioni tramite formule algoritmiche*, in F. APERIO BELLA - A. CARBONE - E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del Laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, 120-121; M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 3.

¹⁹⁷ Cfr. diffusamente A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, cit., 420 ss. e 480-481. Lo stesso Autore nota (p. 458) come "la svalutazione della componente soggettiva della dinamica giuridica appare (...) principalmente come il diretto risultato dell'esigenza di configurare l'esercizio del potere pubblico in termini di assoluta razionalità e neutralità, di negare, o comunque porre in secondo piano, il carattere soggettivo e contingente della decisione e del potere politico che in essa s'esprime". Viceversa, la categoria del soggetto giuridico "si rivela portatrice, nell'ambito della dinamica giuridica, di un valore essenzialmente volontaristico". In senso diverso v. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 163 ss.

¹⁹⁸ Sul punto v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, cit., 333.

5. Capacità predittiva degli algoritmi e funzione amministrativa discrezionale

5.1. Natura delle predizioni algoritmiche e influenza sulle scelte amministrative

Si è cercato di dimostrare nelle pagine precedenti che il nucleo centrale della discrezionalità amministrativa non si presta a forme di automazione o, in altri termini, alla sostituzione dell'intelligenza umana con quella artificiale. Ciò non comporta, tuttavia, che i sistemi di *machine learning* non possano influenzare e finanche trasformare radicalmente il modo di esercizio del potere discrezionale¹⁹⁹. In effetti, come in altri ambiti della vita umana e sociale, le questioni più interessanti attorno all'intelligenza artificiale non concernono la possibilità (del tutto lontana) che la stessa sostituisca integralmente gli esseri umani, poiché i limiti cognitivi costituiscono sotto questo profilo un ostacolo finora insormontabile²⁰⁰. Si tratta, piuttosto di individuare “*ciò che le macchine, inclusa l'IA, fanno meglio*”, disegnando “*nuove forme di implementazione per incorporarle con successo nel loro involucro*”²⁰¹. Con riferimento al potere amministrativo discrezionale occorre, dunque, stabilire in che modo le macchine possono migliorare il processo decisionale²⁰², al contempo “adeguando” il contesto giuridico al loro impiego, pur nell'essenziale rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali²⁰³.

In questa prospettiva, deve notarsi che l'accesso e l'elaborazione dei *big data* forniscono agli algoritmi significative capacità predittive²⁰⁴. Occorre subito individuare i limiti di tali predizioni. Le macchine, al pari degli esseri

¹⁹⁹ In proposito v. M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., *passim*.

²⁰⁰ Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 259 ss., che si sofferma sul carattere inattuale di molte delle preoccupazioni legate alla c.d. singolarità tecnologica. V. anche N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., 821-822 e 837.

²⁰¹ Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 83.

²⁰² Cfr. M. VEALE – I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, cit., 125, che definiscono come “*augmentation systems*” le tecnologie, specialmente di *machine learning*, che possono migliorare le scelte amministrative anche in ambiti discrezionali.

²⁰³ Su tale esigenza si sofferma R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 791-792. Cfr. anche L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 109-110.

²⁰⁴ Sul punto v. A.H. RAYMOND – C. CONNELLY, *Rethinking Public Sector Use of Algorithms for Predictive Purposes*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 241.

umani, non sono in grado di anticipare il futuro²⁰⁵, alla stregua di “oracoli tecnologici”²⁰⁶. Possono, invece, indicare la probabilità di un evento futuro sulla base dei dati che ad esse sono sottoposti e delle correlazioni tra i dati che esse sono in grado di individuare autonomamente o sulla base di una previa “classificazione” umana²⁰⁷.

Il meccanismo di predizione delle macchine ne identifica le potenzialità e i limiti. Sotto il primo profilo, le capacità di calcolo ed elaborazione di enormi quantità di dati consentono ad esse di identificare correlazioni in maniera significativamente più rapida ed efficace degli esseri umani²⁰⁸. Sotto altro aspetto, tuttavia, le previsioni si fondano sul presupposto che gli eventi passati si ripetano in termini uguali o analoghi nel futuro²⁰⁹. Ad esse è preclusa la possibilità di tener conto di mutamenti del contesto economico, culturale, sociale, normativo e più ampiamente istituzionale.

Identificando molteplici correlazioni tra dati statistici, fenomeni, eventi, gli algoritmi di *machine learning* offrono un apparato conoscitivo formidabile di cui può servirsi l'amministrazione per decidere ed organizzare i propri servizi²¹⁰. I settori nei quali l'intelligenza artificiale può migliorare l'azione amministrativa discrezionale sono molteplici: dalla pubblica sicurezza, alla tutela dell'ambiente, alla protezione del paesaggio e dei beni culturali, alla gestione dei servizi pubblici, ecc. In effetti, “*non esiste in pratica alcuna analisi scientifica o politica basata su evidenze che non sia alimentata da tecnologie digitali avanzate*”²¹¹.

²⁰⁵ Sul punto v. A.E. WALDMAN, *Algorithmic Legitimacy*, in W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2021, 110; A.H. RAYMOND – C. CONNELLY, *Rethinking Public Sector Use*, cit., 242.

²⁰⁶ Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 63 ss., che propone interessanti considerazioni sul rapporto tra conoscenza oracolare e predizione tramite algoritmi. In tema v. anche F. COSTANTINO, *Lampi*, cit., 799 ss.

²⁰⁷ Sulle varie tipologie di intelligenza artificiale e specialmente di *machine learning* si rinvia, nella letteratura specialistica, a I. GOODFELLOW – Y. BENGIO – A. COURVILLE, *Deep learning*, cit., *passim*.

²⁰⁸ In proposito v. KENNEDY, *The Rule of Law*, cit., 217; B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 90. Sui rischi che ciò comporta per la privacy v. A.E. WALDMAN, *Algorithmic Legitimacy*, cit., 113.

²⁰⁹ Cfr. C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 58.

²¹⁰ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 75; M. FALCONE, *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 183 ss.; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 501 ss.

²¹¹ Così L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 299.

Le capacità predittive del *machine learning* possono risultare utili al fine di determinare l'allocazione di risorse pubbliche (personali o materiali) limitate, individuando il modo più efficace per perseguire determinati obiettivi²¹². Si pensi, ad esempio, alla selezione dei settori produttivi per i quali i finanziamenti pubblici avrebbero maggiori effetti in termini di incremento dell'occupazione lavorativa della popolazione, eventualmente locale; alla scelta del luogo in cui costituire una nuova sede di un commissariato, alla luce della probabilità di commissione di reati²¹³; alla individuazione di giovani a rischio da sottoporre a programmi di assistenza²¹⁴; alla selezione di enti o imprese da sottoporre a controlli ispettivi, in ragione della probabilità di commissione di violazioni di una data normativa²¹⁵ (applicazioni pratiche sono già presenti in materia fiscale²¹⁶, ambientale²¹⁷, sanitaria²¹⁸, anti-incendio²¹⁹). In tal modo i sistemi di intelligenza artificiale accrescerebbero l'efficienza dell'attività amministrativa, assicurando il miglior utilizzo delle risorse (scarse) materiali e personali in rapporto a determinati obiettivi e secondo un approccio fondato sul rischio (*risk-based approach*)²²⁰.

Nel settore della pubblica sicurezza, frequenti sono i provvedimenti

²¹² Tali decisioni, peraltro, sono difficilmente sindacabili da parte dei privati sia perché riconosciute come ampiamente discrezionali sia perché di immediata esecuzione. Sul punto, pur con riferimento agli Stati Uniti, v. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1894.

²¹³ Software di previsione dei reati sono già presenti e ampiamente utilizzati negli Stati Uniti. In tema v. C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 125 ss., che ne mette in luce anche il potenziale rischio di segregazione razziale, specialmente qualora siano presi in considerazione anche i reati "minori".

²¹⁴ Cfr. D. CHANDLER – S.D. LEVITT – J.A. LIST, *Predicting and preventing shootings among at-risk youth*, in *Am. Econ. Rev.*, 2011, 288 ss.

²¹⁵ Sul punto v. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1892; M. VEALE – I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, cit., 138.

²¹⁶ Cfr. I. ALBERTI, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 292-293. Con riferimento al Regno Unito v. D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 291 ss.

²¹⁷ In proposito v. M. HINO – E. BENAMI – N. BROOK, *Machine learning for environmental monitoring*, cit., 583 ss.

²¹⁸ J.S. KANG – P. KUZNETSOVA – M. LUCA – Y. CHOI, *Where not to eat? Improving public policy by predicting hygiene inspections using online reviews*, in *Proc. 2013 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing*, 2013, 1443 ss.

²¹⁹ Cfr. S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 165, relativamente all'individuazione di edifici potenzialmente pericolosi.

²²⁰ Sul punto v. A. GRIFFITHS, *The Practical Challenges*, cit., 152; M. LODGE – A. MENNICKEN, *Reflecting on Public Service*, cit., 178 ss.

discrezionali che si basano su valutazioni prognostiche rispetto alle quali l'impiego degli algoritmi predittivi può essere molto proficuo. Ad es., l'intelligenza artificiale può essere impiegata al fine di adottare il provvedimento di ammonimento del questore²²¹ nei confronti di un individuo, alla luce della probabilità che commetta il reato di atti persecutori²²². Similmente, le scelte relative al rilascio o alla revoca del porto d'armi, fondate su un giudizio prognostico relativo all'uso che un soggetto potrà fare dell'arma, possono avvalersi utilmente degli algoritmi.

Le capacità predittive degli algoritmi possono essere utili non solo rispetto all'amministrazione puntuale, ma per l'adozione di atti amministrativi generali e finanche di natura normativa. Si pensi alle scelte relative alla determinazione di tariffe di servizi pubblici o alla individuazione dei requisiti per l'esecuzione di un appalto pubblico²²³. In tema di salute, è in corso un progetto del Ministero competente per la definizione della programmazione sanitaria e la valutazione dei fabbisogni mediante modelli predittivi di intelligenza artificiale²²⁴.

In ambito urbanistico, la definizione dell'assetto del territorio, come scelta del modello di sviluppo non solo edilizio, ma economico, sociale e in senso lato culturale, come riconosce la giurisprudenza²²⁵, può beneficiare delle analisi, predizioni e raccomandazioni provenienti da sistemi di intelligenza artificiale, tanto più efficaci quanto più i dati provenienti dalle c.d. *smart cities*²²⁶ siano precisi, accurati, aggiornati²²⁷. In primo

²²¹ Art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38.

²²² Sull'utilizzo degli algoritmi per la previsione e prevenzione di atti di violenza verso partner o familiari v. M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 13; R.A. BERK – S.B. SORENSON – G. BARNES, *Forecasting Domestic Violence: A Machine Learning Approach to Help Inform Arraignment Decisions*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2016, 94 ss.

²²³ Cfr. D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 9.

²²⁴ In proposito v. T. BALDUZZI, *Population Stratification and Predictive Modelling for Public Health: a Legal Perspective on Recent National Developments*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2024, 287 ss. Cfr. anche F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 145.

²²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, 10 maggio 2012, n. 2710.

²²⁶ In tema v., da ultimo, C. LAURI, *L'ordinamento giuridico della smart city. Sovranità e autonomie urbane*, Napoli, 2023. Sulle applicazioni dell'intelligenza artificiale nelle "città intelligenti" v. F. COSTANTINO, *Brevi note su intelligenza artificiale e smart cities*, in A. PAJNO – F. DONATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 187 ss.

²²⁷ In questa prospettiva v. E. PICOZZA, *Politica, Diritto Amministrativo and Artificial Intelligence*, cit., 1768-1769.

luogo, gli algoritmi predittivi possono costituire una importante base informativa per la formazione dei piani²²⁸. Si pensi alla redazione del piano di edilizia residenziale pubblica sulla base della previsione dell'incremento demografico in un dato periodo di tempo.

In secondo luogo, gli algoritmi possono definire il contenuto delle scelte urbanistiche. Ad esempio, sulla base dei dati relativi al traffico, l'algoritmo potrebbe individuare la migliore configurazione della rete stradale, come già avviene negli Stati Uniti²²⁹. Oppure, potrebbe determinare la migliore collocazione di un'opera pubblica, sulla base dei potenziali effetti sul territorio e sull'ambiente²³⁰.

Cionondimeno, non si potrebbe trascurare che anche in questo ambito, come in generale in ogni settore in cui opera l'intelligenza artificiale, i rischi di stratificazione delle dinamiche esistenti e di incorporazione di *bias* sono significativi. Così, a titolo esemplificativo, si è osservato che la collocazione di postazione di ricarica per macchine elettriche basate sugli attuali dati di consumo potrebbe favorire i quartieri più agiati, in cui tali veicoli presentano maggiore diffusione, e costituire così un ulteriore ostacolo all'impiego di mezzi sostenibili da parte delle fasce meno abbienti²³¹.

5.2. *Intelligenza artificiale e potere amministrativo: verso una revisione del concetto di discrezionalità?*

Nelle pagine precedenti si sono individuati alcuni esempi del modo in cui gli algoritmi di *machine learning* possono condizionare e migliorare l'esercizio del potere amministrativo discrezionale in numerosi settori di intervento pubblico. Fermo restando il nucleo "politico" della scelta amministrativa, che resterebbe riservato agli agenti umani²³² per le ragioni costituzionali e istituzionali evidenziate *supra*, non sembra potersi trascurare che le capacità predittive dei sistemi di intelligenza artificiale costituiscano

²²⁸ Sul punto v. M. FALCONE, *La funzione conoscitiva*, cit., 184-185.

²²⁹ Cfr. S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 165, con riferimento alla città di Los Angeles. V. anche M. FLOWERS, *Beyond Open Data: The Data-Driven City*, in B. GOLDSTEIN – L. DYSON (a cura di), *Beyond Transparency. Open Data and the Future of Civic Innovation*, San Francisco, 2013, 185-186.

²³⁰ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Big data*, cit., 146. Sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale per la valutazione dell'impatto ambientale di determinate azioni o politiche v. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 300.

²³¹ Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 305-306.

²³² Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica*, cit., 80.

strumenti formidabili per un esercizio più efficace della discrezionalità, sicché rinunciare ad essi si porrebbe in contrasto con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)²³³ o, dal punto di vista del cittadino, con la garanzia del diritto a una buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)²³⁴. In questa prospettiva, molte valutazioni che tradizionalmente si riconducono alla discrezionalità potrebbero essere affidate alle macchine o comunque risultare ampiamente condizionate dalle stesse, “scivolando” nel dominio della tecnica.

Ci si potrebbe chiedere se ciò determini un mutamento della nozione di discrezionalità amministrativa, come si è abituati a concepirla²³⁵, tenendo conto che il “*potere di scegliere i mezzi per raggiungere fini etero-determinati dalla legge*”²³⁶ è sempre più frequentemente influenzato dalle capacità di analisi e calcolo delle macchine²³⁷, in grado di predire eventi secondo modalità troppo complesse per essere pienamente controllate dagli esseri umani.

Il tema è molto ampio e concerne i rapporti tra uomo e macchina, tra politica e tecnica, tra valori ed efficienza nella società contemporanea²³⁸. Importanti studi hanno evidenziato il significato “politico” della tecnologia e delle macchine, considerate come elementi in grado di incorporare “*specifics forms of power and authority*”²³⁹.

Dal punto di vista giuridico, e specialmente giuspubblicistico, non sembra peregrina l'idea che il dominio della tecnica²⁴⁰ e l' “imperativo

²³³ Tale principio richiede “*la massima efficienza sia nell'organizzazione dei servizi come anche in tutte le altre espressioni dell'azione amministrativa*”; così P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 15.

²³⁴ Cfr. A. FERRARA – M. RAMAJOLI, *La giustizia amministrativa nell'era della digitalizzazione. Dialogo tra informatica e diritto*, in M. RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Bologna, 2023, 155; D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 10.

²³⁵ Sull'esigenza di rivisitare le categorie giuridiche alla luce degli sviluppi indotti dall'intelligenza artificiale v. D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale*, cit., 437; J. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., 8 e 15; E. PICOZZA, *Politica, Diritto Amministrativo and Artificial Intelligence*, cit., 1761 ss. In tema v. anche R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 773 ss.

²³⁶ Così definisce la discrezionalità D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, 2014, 357.

²³⁷ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 325-326; F. COSTANTINO, *Lampi*, cit., 804 ss.

²³⁸ In tema e particolarmente sulla tecnocrazia v. L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 135 ss.

²³⁹ Così L. WINNER, *Do Artifacts Have Politics?*, cit., 121.

²⁴⁰ Cfr. U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2000.

tecnologico”²⁴¹ possano determinare o richiedere una revisione del concetto di potere amministrativo²⁴² e segnatamente del potere discrezionale²⁴³, come scelta tra diverse opzioni disponibili. Tale scelta sembra poter divenire in molti casi appannaggio delle macchine, maggiormente in grado rispetto agli umani di predire le conseguenze di una decisione o azione sul mondo esterno²⁴⁴. Con riferimento all’intelligenza artificiale, si è notato che per operare efficacemente essa ha la necessità e, al tempo stesso, l’effetto di “reinventare” l’ambiente in cui si inserisce, producendo conseguenze sistemiche²⁴⁵. Cionondimeno, affinché tale opera di “re-ontologizzazione” del mondo, e anche dell’ambiente giuridico, non si risolva nel dominio incontrastato della macchina, l’opera di “design” degli algoritmi deve essere consapevolmente guidata dall’intelligenza umana²⁴⁶, alla quale spetta l’indefettibile ruolo di “incorporare” nell’algoritmo i principi e valori giuridici che fondano l’ordinamento.

A fronte della crescente tendenza ad utilizzare gli algoritmi predittivi come strumento per individuare la migliore scelta amministrativa, emerge l’esigenza che l’autorità amministrativa definisca consapevolmente “a monte” i parametri di funzionamento dell’algoritmo e gli obiettivi perse-

²⁴¹ L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 100 ss., definisce “*the technological imperative*” nei termini seguenti: “*technologies are structures whose conditions of operation demand the restructuring of their environments*”.

²⁴² Sull’esigenza di “una nuova e più adeguata costruzione giuridica dell’agire autoritativo dell’amministrazione pubblica”, v., pur con riferimento a un tema diverso, A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit., 41. V. anche ID., *Note sul concetto di potere*, cit., 408, ove si sottolinea l’esigenza di “una decisa rettifica del concetto di potere giuridico (...) non tanto in relazione alle istanze di coerenza dogmatica interna della figura, quanto, soprattutto, alla sua rispondenza alle esigenze di interpretazione poste dall’ordinamento colto nella sua storicità”.

²⁴³ Sulla difficoltà di individuare una nozione univoca di discrezionalità v. E. PARESCHE, *Interpretazione*, cit., 237. Il concetto di discrezionalità amministrativa, osserva A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 216, è “*irrimediabilmente elusivo, riscontro puntuale di un fenomeno quant’altri mai cangiante e polimorfo*”. V. anche A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 1964, 66-67, che evidenzia la storicità della nozione di discrezionalità.

²⁴⁴ In senso critico rispetto al rischio che l’automatizzazione determini la scomparsa della discrezionalità amministrativa v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1297-1298.

²⁴⁵ Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 52 ss.

²⁴⁶ V. ancora L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 63. Nella dottrina giuridica v. A. PAJNO, *Prefazione: la costruzione dell’infosfera e le conseguenze sul diritto*, in A. PAJNO – F. DONATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 11,

guiti²⁴⁷. La consapevole determinazione di obiettivi – e il potere di scelta in cui essa si esprime – costituirebbe, pertanto, un'attività “*non (...) riconducibile ad alcuna dimensione algoritmica*”²⁴⁸. Si tratta, dunque, non di cancellare gli spazi di discrezionalità, bensì di modellare quest'ultima secondo criteri che consentano l'utilizzo delle macchine. L'uomo e gli algoritmi svolgerebbero, così, azioni diverse e complementari, mantenendosi ciascuno entro il proprio ambito di “competenza”: la definizione di obiettivi e il controllo da parte degli esseri umani; la predizione di eventi futuri alla luce delle istruzioni fornite, da parte delle macchine.

Si tende così a riprodurre una distinzione che autorevole dottrina ha prospettato con riferimento al rapporto tra potere discrezionale e teoria economica delle decisioni razionali. Si è in particolare sottolineata l'irriducibilità della discrezionalità, intesa come ponderazione tra diversi interessi, a modelli razionali di scelta, sottolineandosi invece l'utilità di criteri di tal genere, allorché “*l'interesse da perseguire sia unico ed integralmente predefinito nella sua consistenza, ovvero ancora quando gli interessi in gioco siano omogenei ed ordinabili secondo un criterio meramente quantitativo*”²⁴⁹. Trasferendo tale ragionamento al rapporto tra discrezionalità e algoritmi, può ritenersi che mentre il profilo “politico” della ponderazione degli interessi non sembra delegabile alle macchine, l'individuazione della migliore decisione per perseguire un interesse determinato o diversi interessi, ordinabili secondo una scala quantitativamente definita, può ben essere affidata ad algoritmi e in particolare a sistemi di intelligenza artificiale *data-driven*.

Si aprono così importanti spazi rispetto all'utilizzo degli algoritmi in determinati settori o per determinati “segmenti” dell'attività amministrativa discrezionale. Ad un aprioristico e generale rifiuto dell'IA nell'ambito del potere discrezionale sembra poter far posto una valutazione analitica e specifica dei margini in cui, in certi settori o per determinate decisioni, il ricorso agli algoritmi, specialmente di *machine learning*, può risultare utile e legittimo o perfino doveroso in rapporto ai principi costituzionali e istituzionali dell'azione amministrativa²⁵⁰.

²⁴⁷ Sulla individuazione di obiettivi da parte della classe politica come modalità di controllo della tecnocrazia v. L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 146-147. Proprio l'assenza della definizione di obiettivi o l'individuazione di obiettivi sbagliati è oggetto delle critiche di C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 131 ss., che evidenzia, con riferimento agli algoritmi di previsione dei reati, il rischio di criminalizzazione della povertà, determinato dalla focalizzazione dell'attività di polizia sui reati minori.

²⁴⁸ Così B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 102.

²⁴⁹ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 323 e 363 ss.

²⁵⁰ In questa prospettiva v. M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 8-9.

6. *Intelligenza artificiale e valutazioni tecniche*

6.1. *L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nelle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*

Occorre adesso analizzare gli spazi di utilizzo dell'intelligenza artificiale rispetto alle scelte amministrative connotate da una componente tecnico-scientifica²⁵¹. La questione si collega al tema, ormai "antico", della natura della discrezionalità tecnica e del "senso" di una valutazione riservata all'amministrazione, cui corrisponderebbe la limitazione del sindacato giurisdizionale²⁵². Tema strettamente connesso a quello dei concetti giuridici indeterminati impiegati per la formulazione delle norme che attribuiscono e/o regolano l'esercizio del potere amministrativo e la cui interpretazione e applicazione costituisce oggetto di ampio dibattito, tra le posizioni che riconoscono una "competenza" esclusiva o speciale alla Pubblica Amministrazione e quelle che ammettono una piena sostituibilità da parte degli organi giurisdizionali²⁵³.

L'argomento, per quanto ampio e complesso, non può essere eluso nell'analisi delle condizioni e dei limiti di applicazione dell'intelligenza artificiale con riferimento ai procedimenti amministrativi connotati, in diverso grado e misura, da profili di discrezionalità tecnica.

Può muoversi da un primo profilo, che consente di segnare una differenza rispetto alla discrezionalità amministrativa. Le valutazioni tecniche concernono l'interpretazione di concetti giuridici indeterminati sulla base di saperi e conoscenze scientifiche o specialistiche, risultando assente la ponderazione e comparazione tra diversi interessi²⁵⁴. Tale rilievo consente di far venir meno alcuni degli ostacoli che impediscono di ricorrere alla intelligenza artificiale, nei termini evidenziati in precedenza²⁵⁵.

Altro punto rilevante è la complessità delle valutazioni di carattere tecnico-

²⁵¹ Affronta tale specifico argomento L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in A. PAJNO – F. DONATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 131 ss.

²⁵² In tema v., per tutti, N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico*, cit., 413 ss.

²⁵³ In tema v. P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, 301 ss.

²⁵⁴ Sul punto v. P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, 164-165; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, cit., 473 e 477 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., 283-284; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 88. In giurisprudenza v., *ex multis*, Consiglio di Stato, 25 luglio 2023, n. 7262.

²⁵⁵ Parr. 2 e 3.

scientifico che ordinariamente si ascrivono nel novero della discrezionalità tecnica²⁵⁶. Secondo un diffuso orientamento dottrinale, tale complessità è all'origine dell'opinabilità della valutazione, e conseguentemente della non piena sostituibilità della decisione fatta dagli organi amministrativi competenti²⁵⁷. Più articolata è la posizione di altra parte della dottrina, che individua il regime delle valutazioni tecniche e i limiti del relativo sindacato giurisdizionale sulla base non della complessità del fatto da accertare, bensì dell'assetto sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive e dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione²⁵⁸.

Ad ogni modo, non si può trascurare che il criterio tramite cui si definisce il carattere complesso di una certa valutazione tecnica è – o è stato fino ad ora – tipicamente umano, cioè riferito alle capacità di ragionamento ed elaborazione degli esseri umani. È, tuttavia, notazione altrettanto comune che le macchine sono in grado di elaborare enormi moli di dati in tempi molto più rapidi degli esseri umani e spesso anche con un livello di accuratezza più elevato. Ne discende che il concetto stesso di complessità e opinabilità, da cui dipende la natura e il regime giuridico delle valutazioni tecnico-discrezionali, richiede di essere ripensato alla luce delle attuali capacità di calcolo ed elaborazione di dati di cui dispongono le macchine. Ne può derivare che valutazioni ascritte al novero della discrezionalità tecnica siano trasferite nel “regno” degli accertamenti tecnici, nella misura in cui i sistemi di intelligenza artificiale siano in grado di fornire, mediante l'applicazione di conoscenze e/o regole tecnico-scientifiche, risultati che si approssimano alla certezza²⁵⁹.

²⁵⁶ Cfr. P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, cit., 149. In generale, sulla complessità delle decisioni amministrative v. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 207. In giurisprudenza v., *ex multis*, Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254. Nella giurisprudenza europea v. Corte di Giustizia della Comunità europea, 21 gennaio 1999, causa C-120/97, punto 34.

²⁵⁷ Sulla opinabilità come carattere tipico della discrezionalità tecnica v. F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, cit., 472 e 479-480. In giurisprudenza v. TAR Piemonte, 3 novembre 2023, n. 858; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2022, n. 16, ove però si sottolinea come l'impossibilità di ripetere la valutazione costituisca un ulteriore limite al sindacato giurisdizionale; Consiglio di Stato, 5 dicembre 2022, n. 10624.

²⁵⁸ Cfr. P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, cit., 168-169; ID., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., *passim*.

²⁵⁹ Sulla distinzione tra discrezionalità tecnica e accertamenti tecnici v. F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, cit., 473, il quale sottolinea (p. 485) come tale distinzione abbia carattere descrittivo ed è costantemente messa in discussione dalla “*evoluzione inarrestabile e sempre più accelerata del progresso tecnologico*”. In tema v. anche P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, cit., 152.

Occorre però interrogarsi sul ruolo dell'uomo e dell'intelligenza umana nelle valutazioni tecniche, differenziando queste ultime a seconda del tipo di attività richiesta. La nozione di discrezionalità tecnica, infatti, indica un'ampia gamma di giudizi caratterizzati dal comun denominatore della applicazione a un caso specifico di conoscenze scientifiche e/o tecniche e da un certo grado di opinabilità della valutazione. All'interno di tale ampio *genus* possono individuarsi diverse tipologie di giudizi che si differenziano in funzione del tipo di sapere, della competenza o del procedimento applicativo richiesto. Per quel che qui rileva, in relazione allo svolgimento di valutazioni tecniche per mezzo dell'intelligenza artificiale, l'attività richiesta può presentare un collegamento più o meno stretto con le qualità propriamente umane e, conseguentemente, una diversa relazione e un diverso grado di sostituibilità con la macchina.

Talune valutazioni tecniche appaiono strettamente legate alla percezione sensoriale umana e non sostituibili, almeno allo stato attuale, con l'intelligenza artificiale. Si pensi, ad esempio, alla determinazione del gusto di un cibo o di una bevanda; alla valutazione del valore estetico di un edificio, di un oggetto, di un'opera artistica o di un paesaggio²⁶⁰; al giudizio di qualità di una prova scritta nell'ambito di un esame o concorso pubblico²⁶¹. In questi casi, il ricorso alla macchina sembra potersi escludere non per la complessità del giudizio²⁶², bensì perché esso richiede giudizi inscindibili (al momento) dalla natura umana²⁶³. L'ostacolo alla valutazione algoritmica in questi casi si individuerrebbe nella impossibilità di ridurre il giudizio tecnico a criteri puramente obiettivi ancorché complessi, riproducibili da chiunque e perciò, eventualmente, anche dalla macchina²⁶⁴.

²⁶⁰ Sul rapporto tra bellezza ed emozioni v. G.P. CIRILLO, *Il diritto al borgo come una delle declinazioni del diritto alla bellezza e come luogo "dell'altrove"*, in *Giustizia Insieme*, 2023, I, 76 ss.

²⁶¹ In quest'ultima ipotesi, l'impossibilità per le macchine di comprendere il senso di uno scritto verosimilmente dirotterebbe la valutazione verso dati indiretti (*proxy data*), quali l'impiego di determinate parole, la lunghezza, la ricorrenza di certi pattern, che sebbene rilevanti non sembrano esaurire il giudizio umano.

²⁶² In senso diverso v. A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione*, cit., 967.

²⁶³ In proposito v. O. MANNONI, *La macchina della giustizia matematica*, 1951, riprodotto in B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., 130: "non ci [sono] questioni troppo complesse per la Macchina, che sta nella complessità come un pesce nell'acqua. Ma ci sono questioni che finora essa rifiuta". In senso analogo v. C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 299: "prima di chiedergli (agli algoritmi, ndr) di fare meglio, dobbiamo prendere atto che non possono fare tutto". V. altresì A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 619, il quale nota che "machines should not be used when there is no tractable parameter amenable to prediction".

²⁶⁴ In questa prospettiva v. A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 685. Sulla

In altre ipotesi, la valutazione tecnica, sebbene opinabile, sembra poter essere affidata alla macchina, la quale potrebbe pervenire a risultati più precisi e formulati in minor tempo rispetto all'essere umano. Si pensi alle valutazioni economiche sul carattere restrittivo della concorrenza di un'intesa tra imprese in un mercato di riferimento, sulla base dei dati economici disponibili²⁶⁵. A tal proposito, non sembra inutile notare che gli algoritmi operano già ampiamente nei mercati finanziari (talvolta con esiti nefasti, come avvenuto nella crisi finanziaria del 2007-2008)²⁶⁶, sfruttando le capacità di previsione dei prezzi mediante *machine learning*²⁶⁷. Ad essi si fa ricorso, ad esempio negli Stati Uniti, anche per individuare operazioni di borsa sospette di frode²⁶⁸.

Ancora, con riferimento alla valutazione di interesse storico-culturale di un dato oggetto, da un lato, l'identificazione del valore immateriale proprio del bene culturale²⁶⁹, come "testimonianza di civiltà"²⁷⁰, sembrerebbe richiedere una valutazione umana. D'altro lato, non è escluso che la macchina sia in grado di stabilire, sulla base di criteri definiti dal programmatore, se il bene si contrassegni per il carattere raro o costituisce un pezzo comune nel panorama culturale nazionale ed eventualmente mondiale²⁷¹. In tal senso depone la tendenza verso una concezione storica, piuttosto che "estetizzante", del patrimonio culturale²⁷². Tale notazione sembra indicare che il ricorso all'intelligenza artificiale non dipenda esclusivamente dal tipo di provvedimento da adottare (ad es. vincolo culturale), bensì dal tipo di

possibilità di tradurre un valore in elementi obiettivamente definibili e sulle conseguenze rispetto al relativo sindacato giurisdizionale v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 263 ss.

²⁶⁵ In tema v. P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, cit., 175 ss.

²⁶⁶ Per un'analisi del ruolo degli algoritmi nella crisi v. C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 53 ss.

²⁶⁷ Sull'ampia letteratura in materia v. B. MIRANDA HENRIQUE – V. AMORIM SOBREIRO – H. KIMURA, *Literature review: Machine learning techniques applied to financial market prediction*, in *Expert Systems with Applications*, 2019, 226 ss.

²⁶⁸ Cfr. S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 166.

²⁶⁹ Sul valore immateriale dei beni culturali v., *ex multis*, A. BARTOLINI, *Patrimoni culturali e limitazioni urbanistiche*, in *Dir. amm.*, 2022, 1018 ss.

²⁷⁰ V. art. 2, comma 2, del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42).

²⁷¹ Per questo esempio v. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., 338-339, che lo annovera tra i casi in cui si applica una "regola di giudizio di tipo obiettivo", con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale potrà esplicarsi "in via diretta".

²⁷² Cfr. E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2016, 56.

valutazione richiesta e, più precisamente, dalla necessità di una valutazione soggettivamente “umana”.

Altro ambito di applicazione del *machine learning* è quello delle valutazioni mediche. Le capacità diagnostiche e di cura di tali sistemi sono già oggetto di studi e applicazioni pratiche²⁷³. Con riferimento all’attività amministrativa autoritativa, non potrebbe escludersi l’impiego della macchina per stabilire, ad esempio, la causa di servizio di un infortunio o malattia, specialmente quando esse si collegano a fattori ambientali ed esistono ampi dati statistici che possono essere elaborati dalla macchina. Similmente, la valutazione del grado di disabilità per l’accesso a forme di assistenza sociale o l’accertamento dell’idoneità psico-fisica per il rilascio della patente di guida potrebbero realizzarsi mediante o con l’ausilio di sistemi di intelligenza artificiale.

Vi è poi un’ampia possibilità di ricorso all’intelligenza artificiale nell’attività di polizia, in senso lato. Si pensi, ad esempio, agli strumenti di riconoscimento facciale o vocale²⁷⁴. I primi sono già utilizzati in alcuni paesi nell’ambito dell’attività di intelligence e dagli uffici delle dogane come strumento di controllo dei viaggiatori internazionali²⁷⁵. In Italia sono impiegati per individuare sospetti di reati mediante un database che contiene milioni di fotografie²⁷⁶.

Ancora, le valutazioni di impatto sull’ambiente, che riguardino provvedimenti puntuali, come nella VIA, o piani e programmi (VAS), possono ampiamente beneficiare del ricorso a sistemi di intelligenza artificiale. I profili tecnici di tali valutazioni, ossia riferiti alle conseguenze di determinate attività, progetti o piani sul contesto ambientale, possono essere affidati alle macchine, nella misura in cui esse consentano una maggiore accuratezza e/o una maggiore rapidità decisionale. Esempi si rinvencono nella prassi, sia in Italia²⁷⁷ che all’estero²⁷⁸.

²⁷³ A titolo esemplificativo, sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nel Regno Unito come strumento di diagnosi e di rapida individuazione della miglior terapia in caso di infarto v. Artificial intelligence revolutionising NHS stroke care, 27 dicembre 2022, disponibile su <https://www.gov.uk/government/news/artificial-intelligence-revolutionising-nhs-stroke-care>.

²⁷⁴ In tema v. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1900 ss.

²⁷⁵ In proposito, con riferimento agli Stati Uniti, v. S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 173.

²⁷⁶ Il sistema di intelligenza artificiale adoperato si chiama Sari enterprise. Sulla legittimità del suo impiego v. Garante per la protezione dei dati personali, provv. n. 440 del 26 luglio 2018.

²⁷⁷ In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, 12 aprile 2021, n. 2927.

²⁷⁸ Cfr. A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 120, con riferimento agli Stati Uniti.

6.2. *Il ricorso all'intelligenza artificiale tra trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa*

Alla luce delle ipotesi delineate esemplificativamente nelle pagine precedenti, la grande capacità di calcolo degli algoritmi di intelligenza artificiale apre importanti spazi all'impiego di questi ultimi nelle valutazioni tecniche svolte dall'amministrazione. Pur non potendosi pervenire a una soluzione generale, in ragione delle diverse tipologie di valutazioni che vengono tradizionalmente ascritte a tale nozione, sussistono buone ragioni per ritenere che l'intelligenza artificiale presenti qui un ruolo diverso e più ampio rispetto all'ambito della discrezionalità "pura".

Occorre, tuttavia, domandarsi se e in che modo l'impiego dell'intelligenza artificiale da parte dell'amministrazione per lo svolgimento di valutazioni tecniche sia compatibile con i principi costituzionali dell'azione amministrativa. In particolare, vengono in rilievo i profili relativi alla disciplina procedimentale, all'obbligo di motivazione e alla legittimazione che si sono considerati come ostacoli all'impiego, almeno in via sostitutiva, delle macchine²⁷⁹.

In proposito, deve ribadirsi che il ricorso agli algoritmi più complessi comporta in certa misura un sacrificio in termini di trasparenza e "spiegabilità" della scelta amministrativa che su di essi sia fondata. Sotto altro aspetto, tuttavia, la rinuncia all'intelligenza artificiale comporta un sacrificio in termini di efficienza dell'azione amministrativa²⁸⁰, ogniqualvolta gli algoritmi risultino in grado di assumere decisioni più accurate e più rapide rispetto agli agenti umani.

Si pone, pertanto, la necessità di individuare un adeguato bilanciamento tra diversi principi costituzionalmente rilevanti²⁸¹. Da un lato, la trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa; dall'altro l'efficienza e il buon

²⁷⁹ V. par. 4.

²⁸⁰ Sul piano del diritto positivo, il collegamento tra digitalizzazione ed efficienza dell'attività amministrativa è posto dall'art. 12 del Codice dell'amministrazione digitale e dall'art. 3-bis della legge n. 241/1990. In proposito v., con particolare riferimento all'intelligenza artificiale, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 115; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione*, cit., 945-946.

²⁸¹ Con riferimento all'ordinamento statunitense, v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1283 ss. Cfr. anche A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 661 ss.; S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 168 ss. Sul possibile contemperamento tra "il valore della legittimità" e "le esigenze di economia ed efficacia dell'azione pubblica" v., pur con riferimento a un tema diverso, A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 97 ss. Cfr. anche P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 111 ss.; R. JANNOTTA, *La motivazione*, cit., 230-231.

andamento della stessa, nella prospettiva del “risultato”. Inoltre, deve tenersi conto delle disposizioni costituzionali relative al settore che di volta in volta viene in rilievo rispetto a una certa azione amministrativa. Ad es., la garanzia del diritto alla salute (art. 32 Cost.) costituisce un parametro rilevante allorché si valuti la legittimità dell’impiego dell’intelligenza artificiale nel settore sanitario pubblico, anche alla luce del necessario confronto con quello privato e dunque del rispetto del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)²⁸².

In questa prospettiva, l’impiego dell’intelligenza artificiale per l’assunzione di scelte amministrative connotate da una componente tecnica richiede la determinazione di equilibri e bilanciamenti più complessi rispetto a quelli che talvolta si evocano con talune formule indubbiamente suggestive, ma in certa misura semplificatrici (si pensi alla c.d. riserva di umanità o all’esigenza di salvaguardare lo “human in the loop”). In effetti, con riferimento alle valutazioni tecniche, si ritiene che in tali casi il diritto a una decisione umana possa e talvolta, sulla base di valutazioni di efficienza e buon andamento dell’azione amministrativa, debba fare posto al diritto a una decisione algoritmica “ben calibrata”²⁸³. Qualora si dimostri la maggiore efficacia della macchina rispetto all’agente umano nello svolgimento di valutazioni puramente tecniche²⁸⁴, sia l’interesse pubblico sia l’esigenza di tutela degli interessati risiedono non nella necessità di un intervento umano, bensì nella garanzia che la macchina “funzioni bene”²⁸⁵.

Occorre altresì notare che il rapporto tra amministrazione e tecnica si configura in termini che impongono alla prima di adeguarsi, di volta in volta, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche e specialistiche, incontrando il “*divieto di cristallizzare in forme autoritative risultati che non coincidono con lo stato delle conoscenze*”²⁸⁶. Ne discende che l’impiego da parte dell’amministrazione dei sistemi di intelligenza artificiale come strumento per lo svolgimento di valutazioni tecniche accurate potrebbe

²⁸² Sul rapporto tra eguaglianza e intelligenza artificiale v. C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 15-16 e 220, che evidenzia come nel settore privato le valutazioni algoritmiche, ad esempio rispetto all’affidabilità creditizia o all’assunzione lavorativa, siano spesso riservate alle masse di persone non abbienti, mentre i ricchi “privilegiati” sono sottoposte a valutazioni personali e mirate, cioè “umane”. In senso analogo v. M. LODGE – A. MENNICKEN, *Reflecting on Public Service Regulation*, cit., 193.

²⁸³ In tal senso v. A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 620, 650-651 e 687-688.

²⁸⁴ Nel diverso ambito del diritto processuale, l’importanza della *reliability* delle prove generate da computer è sottolineata da C.E.A. KARNOW, *The opinion of machines*, cit., 28 ss. V. anche A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1906.

²⁸⁵ In questa prospettiva v. ancora A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 655.

²⁸⁶ Così P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, cit., 169.

configurarsi come un dovere risultante dalla complessiva relazione tra diritto e tecnica nel quadro costituzionale e istituzionale²⁸⁷ o, in altri termini, come “*prerequisito essenziale per un’effettività dell’amministrazione pubblica*”²⁸⁸. D’altra parte, l’esigenza di salvaguardare il principio di trasparenza amministrativa anche nel caso di impiego dell’intelligenza artificiale per le valutazioni tecniche impone di individuare garanzie nuove e diverse rispetto a quelle che sono state elaborate nel corso degli ultimi due secoli nei confronti dell’azione amministrativa “umana”²⁸⁹. Senza pretesa di completezza, ad alcune di tali garanzie si accennerà nelle considerazioni conclusive.

7. L’individuazione delle garanzie nei confronti delle scelte amministrative fondate sull’intelligenza artificiale

7.1. L’intelligenza artificiale nella fase istruttoria anziché decisoria. Criticità

L’analisi delle possibilità di impiego dell’intelligenza artificiale, e specialmente dei sistemi di *machine learning*, per l’assunzione delle scelte amministrative mette in evidenza diverse tipologie di limiti e condizioni in relazione al contenuto della discrezionalità. In particolare, mentre la ponderazione e comparazione di interessi rimane, per ragioni costituzionali e istituzionali, in linea di principio riservata all’agente umano, le capacità predittive degli algoritmi influenzano significativamente le modalità di esercizio del potere discrezionale, giungendo, nel caso delle valutazioni tecniche, ad ipotizzare forme di sostituzione fondate sul principio di buon

²⁸⁷ In questa prospettiva sembrano porsi S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 177-178, secondo cui “*it is likely to be sufficient for agencies to reason about machine learning in the same way that they reason about other machines: that is, the machine (or algorithm) has general properties that aim to fulfill a specified purpose, and the machine (or algorithm) has been validated as serving that purpose well*”. Cfr. anche M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 7, secondo cui “*it would be a mistake to regard the law as disconnected from the aims and objectives of public authorities, somehow operating in a vacuum. The system of administrative law is not a barrier or ‘antagonistic’ to efficient government*”.

²⁸⁸ Così, con particolare riferimento all’organizzazione amministrativa, v. R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell’amministrazione pubblica*, cit., 77.

²⁸⁹ Sul punto v. E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 301 ss.

andamento dell'azione amministrativa.

L'opacità che contrassegna le decisioni assunte mediante i sistemi di intelligenza artificiale più avanzati pone, tuttavia, significative tensioni con i principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, nonché di effettività della tutela giurisdizionale. Si evidenzia l'insufficienza o l'inapplicabilità delle garanzie costruite con riferimento ad un'azione amministrativa "umana". Si pensi alla partecipazione degli interessati al procedimento, all'obbligo di motivazione del provvedimento, al sindacato giurisdizionale.

Secondo parte della dottrina, mentre ragioni di responsabilità e legittimazione democratica precludono che decisioni discrezionali siano assunte da sistemi di intelligenza artificiale²⁹⁰, questi ultimi potrebbero essere utilizzati come base o supporto (non esclusivo) di una scelta amministrativa²⁹¹. Tale prospettiva corrisponderebbe alla c.d. intelligenza aumentata (*augmented intelligence*), intesa come amplificazione delle capacità intellettive umane per mezzo della tecnologia, che avrebbe perciò un ruolo di supporto e non di sostituzione²⁹².

Occorrerebbe, perciò, considerare la macchina e i risultati cui essa perviene come un apporto istruttorio rilevante per la decisione²⁹³ o, in maniera più incisiva, come "proposta" di provvedimento sulla quale sarebbe aperto il dibattito con gli interessati²⁹⁴.

Trasferendo l'intervento della macchina dalla fase decisionale a quella

²⁹⁰ In tal senso v. I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, 657.

²⁹¹ V. D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop?*, cit., XII-XIII; I.M. DELGADO, *Automazione*, cit., 660; D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 20.

²⁹² Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 283-284. In prospettiva analoga, con riferimento al settore sanitario, v. F. LAGIOIA – G. CONTISSA, *The Strange case of Dr. Watson: liability implications of evidence-based decision support systems in the health care*, in A. SANTOSUOSSO – G. PINOTTI (a cura di), *Data-driven decision making, law, ethics, robots, health*, Pavia, 2020, 87. V. anche PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), 16 febbraio 2017, punto 3.

²⁹³ In questa prospettiva, seppur nell'ambito di un ragionamento esteso alla totalità degli algoritmi, v. Consiglio di Stato, 4 febbraio 2020, n. 881. In dottrina v. già N. LUHMANN, *Recht und Automation*, cit., 72.

²⁹⁴ In tal senso v. R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica*, cit., 75; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 320; I. ALBERTI, *La partecipazione*, cit., 296; S. VERNILE, *L'adozione delle decisioni*, cit., 121 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., 40. Cfr. anche S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 178-179, che evidenziano la necessità di un controllo umano e dell'attribuzione all'amministrazione del ruolo di "*ultimate arbiter*".

istruttoria, si assicurerebbe lo “human in the loop”²⁹⁵ o, in altri termini, una riserva di umanità²⁹⁶ o, ancora, il “principio di non esclusività” della decisione algoritmica²⁹⁷. In tal modo si garantirebbe anche il rispetto dell’obbligo di motivazione, nella misura in cui il decisore umano è tenuto a spiegare perché intenda accogliere o meno i risultati cui è pervenuta la macchina²⁹⁸.

Tale prospettiva appare accolta, in parte, anche dal regolamento dell’Unione europea in materia di intelligenza artificiale, il quale esclude dalla nozione di “sistemi di IA ad alto rischio” quelli che non siano finalizzati a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un’adeguata revisione umana²⁹⁹.

Una netta separazione tra fase istruttoria e decisionale, tra preparazione ed assunzione della scelta amministrativa, tuttavia, presenta alcune criticità.

In primo luogo, viene in rilievo l’influenza “psicologica” che la macchina può esercitare sul decisore umano (c.d. *automation bias*)³⁰⁰, come portato della “tecno-utopia”³⁰¹. Si è evidenziato, in proposito, il rischio che il ricorso ad algoritmi, ancorché sotto forma di “opinione” o “parere”, deresponsabilizzi gli esseri umani, i quali tenderebbero a confidare nella presunta neutralità e nella maggiore efficienza della macchina per

²⁹⁵ Cfr. A.H. RAYMOND – C. CONNELLY, *Rethinking Public Sector Use*, cit., 246, che suggeriscono di considerare gli algoritmi di *machine learning* come una “extension of statistics”, dunque come “tools to help us make decisions based on prior data, rather than black boxes that magically spit out the correct answers to different situations”. V. anche M. ZALNIERIUTE – L. BURTON CRAWFORD – J. BOUGHEY – L. BENNETT MOSES – S. LOGAN, *From Rule of Law to Statute Drafting*, cit., 265, che sottolineano l’importanza della supervisione umana sul funzionamento degli algoritmi nell’attività amministrativa.

²⁹⁶ F. PASQUALE, *A Rule of Persons*, cit., 47 e *passim*.

²⁹⁷ Sul punto v. A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale*, cit., 76-77.

²⁹⁸ In questa prospettiva v. E. LONGO, *I processi decisionali automatizzati e il diritto alla spiegazione*, in A. PAJNO – F. DONATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, Bologna, 2022, 349 ss.; M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 5 ss. Con particolare riferimento al settore sanitario v. F. LAGIOIA – G. CONTISSA, *The Strange case*, cit., 85 ss. In senso analogo v. PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), 16 febbraio 2017, punto 33.

²⁹⁹ Art. 6, par. 3, lett. c), del regolamento (UE) 2024/1689.

³⁰⁰ Cfr. L.J. SKITKA – K. MOSIER – M.K. BURDICK, *Accountability and automation bias*, in *Int. J. Human-Computer Studies*, 2000, 701 ss. Nella dottrina giuridica v. L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali*, cit., 146-147; B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop*, cit., 372-373.

³⁰¹ Cfr. C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 299, che definisce la tecno-utopia come la “fiducia sconfinata ma ingiustificata nelle capacità degli algoritmi e della tecnologia”. V. anche K. YEUNG – M. LODGE, *Algorithmic Regulation*, cit., 2-3.

accoglierne acriticamente i risultati³⁰², sviluppo al contempo una spirale di dipendenza³⁰³ e conducendo a una progressiva perdita di competenze³⁰⁴. Inoltre, si è osservato che la crescente attenzione verso il “risultato” e la *performance* possa costituire un significativo incentivo per i funzionari pubblici verso un ampio ricorso agli algoritmi, specialmente quando la verifica della correttezza dei risultati richiede controlli dispendiosi in termini di tempo e risorse da impiegare, come tipicamente avviene con i sistemi di *machine learning*³⁰⁵. Il principio di non esclusività della decisione algoritmica rischia, come osservato in dottrina, di risultare “*del tutto inefficace di fronte a quella che potremmo definire la travolgente forza pratica dell'algoritmo*”³⁰⁶. In quest’ottica, il corretto uso delle tecnologie informatiche sembra richiedere una specifica preparazione del personale pubblico, affinché esso sia edotto sia delle caratteristiche, del grado di accuratezza e dei limiti delle macchine sia del rischio di “soggezione psicologica” nei confronti delle stesse³⁰⁷. In tal senso dispone il regolamento europeo sull’intelligenza artificiale per i sistemi ad alto rischio³⁰⁸.

³⁰² Con particolare riferimento all’azione amministrativa v. S. FOÀ, *Intelligenza artificiale*, cit., 528 e 542; D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1254 e 1271-1272, che in questa prospettiva sostiene che dovrebbe essere ridimensionata la distinzione tra sistemi interamente automatizzati e sistemi misti che prevedono l’interazione uomo-macchina. Un emblematico esempio in tema di valutazione degli insegnanti è descritto da C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 19-20. Cfr. anche L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 153; A.H. RAYMOND – C. CONNELLY, *Rethinking Public Sector Use*, cit., 233-234. In generale, sulla tendenza dell’uomo moderno ad assumere “*an overwhelmingly passive response to everything technological*” v. L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 314. In senso critico nei confronti dell’eccessiva fiducia verso le macchine, specialmente in relazione all’attività giurisdizionale, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 893.

³⁰³ Sul punto v. F. ZAMBONELLI – F. SALIM – S.W. LOKE – W. DE MEUTER – S. KANHERE, *Algorithmic Governance*, cit., 82.

³⁰⁴ Cfr. M. Lodge – A. Mennicken, *Reflecting on Public Service Regulation*, cit., 184 e 192.

³⁰⁵ Sul punto v. D. Restrepo Amariles, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 295. Cfr. anche D. Martire, *Intelligenza artificiale*, cit., 419-420.

³⁰⁶ Così A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 81, il quale aggiunge: “*una volta introdotto un sistema automatico di decisione all’interno di un processo decisionale umano, il sistema automatico tende, nel tempo, a catturare la decisione stessa*”. In senso analogo v. A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 660, il quale nota che “*an ex post human decision will often be an ineffectual response to felt psychological loss. Often, the best way of ‘explaining’ a discrete decision will not be through human review, which may cast limited light on the operation of a complex algorithm*”.

³⁰⁷ Sul punto v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1306. V. anche A.H. RAYMOND – C. CONNELLY, *Rethinking Public Sector Use*, cit., 245-246; A. GRIFFITHS, *The Practical Challenges*, cit., 171; M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making*, cit., 14-15.

³⁰⁸ V. art. 14, par. 4, lett. b), del regolamento (UE) 2024/1689. In dottrina v. D.

In secondo luogo, sia per l'amministrazione che per i partecipanti al procedimento può risultare difficile valutare ed eventualmente "contestare" gli apporti provenienti dalla macchina, data l'opacità che contrassegna gli algoritmi più complessi la dimostrazione del cui errore sembra divenire una *probatio diabolica*³⁰⁹. La natura di *black box* di tali algoritmi rende molto difficile distinguere "tra la facoltà di disattendere (legittimamente) l'istruttoria e l'omessa considerazione" della stessa³¹⁰. L'equiparazione tra l'apporto istruttorio "umano" e quello "artificiale" potrebbe apparire, in quest'ottica, una comoda ma inesatta semplificazione, poiché tende a trascurare la fondamentale differenza e, per certi versi, incomunicabilità tra le rispettive "intelligenze".

Inoltre, si è sottolineato come in alcune ipotesi il controllo umano e la possibilità di "ribaltare" i risultati cui perviene la macchina possa risultare inutile o perfino dannoso, considerato che la quest'ultima può raggiungere livelli di accuratezza inarrivabili per gli esseri umani³¹¹. In questa prospettiva, è opportuno rimarcare che la previsione dell'intervento umano non sembra presentare, con riferimento ai sistemi di intelligenza artificiale fondati sul *machine learning*, lo stesso significato e la stessa valenza che ha rispetto agli algoritmi *rule-based*³¹².

Alla luce di tali rilievi, "trasferire" l'intelligenza artificiale dalla fase decisoria alla fase istruttoria del procedimento amministrativo non sembra risolvere interamente le criticità che si collegano all'impiego di tale tecnologia in rapporto ai principi costituzionali dell'azione amministrativa. Il ricorso ai sistemi più complessi di intelligenza artificiale, ancorché in fase istruttoria, sembra modificare in maniera decisiva il modo di esercitare il potere amministrativo e il ruolo dell'amministrazione. Tale considerazione trova riscontro negli studi che hanno sottolineato "la diretta derivazione del sistema istruttorio procedimentale dal principio di legalità"³¹³, evidenziando come la conformazione della fase istruttoria del procedimento definisca

MARTIRE, *Intelligenza artificiale*, cit., 433 ss.

³⁰⁹ In tal senso v. S. FOÀ, *Intelligenza artificiale*, cit., 540; D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1277.

³¹⁰ Su tale distinzione v. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 32-33.

³¹¹ Sul punto v. A. GRIFFITHS, *The Practical Challenges*, cit., 157-158.

³¹² Sul punto v. S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 166. Cfr. anche R. NUNN, *Discrimination in the Age of Algorithms*, cit., 192, che sottolinea come gli algoritmi di *machine learning* producano "results that can shorten or potentially bypass human deliberation and decision-making", cosicché essi appaiono "qualitatively more independent from humans when compared to other statistical techniques".

³¹³ Così P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 94.

un equilibrio tra gli attori e gli interessi coinvolti, incidendo non solo sulla decisione finale ma sul modello complessivo di amministrazione³¹⁴.

7.2. La previsione di nuove garanzie “adattate” alle caratteristiche dell’intelligenza artificiale. Alcune proposte

La trasformazione che investe il potere amministrativo discrezionale allorché si impiegano sistemi di intelligenza artificiale rende essenziale la previsione di nuove garanzie e forme di tutela in grado di assicurare la compatibilità di tali complessi strumenti con i principi e i valori dello Stato di diritto costituzionale e la protezione dei diritti fondamentali. Con la consapevolezza di non poter esaurire qui tale ricerca, che sembra porsi come la più importante sfida dei prossimi anni per l’integrazione dell’intelligenza artificiale nell’azione amministrativa, si segnalano qui alcune proposte.

In primo luogo, la difficoltà di applicare le garanzie tradizionali al momento della decisione algoritmica rende centrale la fase che precede la creazione dell’algoritmo, che dovrebbe garantire adeguata partecipazione da parte degli interessati e di esperti indipendenti³¹⁵. Tale momento risulta fondamentale nel rapporto tra amministrazione e intelligenza artificiale, poiché la scelta della tecnologia da impiegare e delle sue caratteristiche, o meglio il suo *design*, riflette e al contempo produce una determinata concezione politica e sociale³¹⁶. Incidendo sulla modalità di adozione dei provvedimenti amministrativi e sulla ripartizione di responsabilità che ad essa si collega, tale scelta assume necessariamente un significato e una valenza di natura politica, e non esclusivamente tecnica³¹⁷, richiedendo pertanto che sia presa da autorità e secondo procedimenti che consentono ed esprimono una legittimazione democratica³¹⁸. La scelta dell’algoritmo e delle sue caratteristiche, nonché dei dati tramite cui “apprende” e viene testato, costituisce, dunque, il momento in cui si definisce il rapporto tra autorità e libertà e pertanto anche quello in cui le più significative criticità connesse all’impiego dell’intelligenza artificiale possono essere risolte o quantomeno attenuate, mediante la predisposizione di adeguati

³¹⁴ Cfr. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 37-38 e 45 ss.

³¹⁵ V. ancora S.M. APPEL – C. COGLIANESE, *Algorithmic Governance*, cit., 170.

³¹⁶ Cfr. L. WINNER, *Autonomous Technology*, cit., 325. Sull’importanza del *design* come forma di controllo dell’intelligenza artificiale e garanzia della sua strumentalità a un determinato progetto sociale v. L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 36-37.

³¹⁷ Sul punto v. A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 646.

³¹⁸ In questa prospettiva v. N. LUHMANN, *Recht und Automation*, cit., 130.

accorgimenti tecnici³¹⁹ e il più ampio coinvolgimento degli interessati, dando luogo a forme di “design partecipativo”³²⁰ o “co-creazione” dell’algoritmo³²¹. Si pone, dunque, la necessità, al momento ampiamente disattesa almeno nel contesto nazionale³²², di inquadrare l’IA in un contesto istituzionale che consenta l’impiego delle tecnologie informatiche e delle relative irrinunciabili potenzialità senza sacrificare i diritti degli amministratori, ma anzi proiettando questi ultimi in una dimensione partecipativa nuova³²³, adattata a forme di esercizio del potere automatizzate o “ibride”.

In tale direzione si colloca il regolamento europeo sull’intelligenza artificiale, disponendo che gli organismi di diritto pubblico e i gestori di servizi pubblici che impiegano sistemi ad alto rischio effettuino una valutazione d’impatto sui diritti fondamentali³²⁴. Il considerando n. 96, in particolare, dispone che l’autorità pubblica possa coinvolgere i portatori di interessi pertinenti, compresi i rappresentanti di gruppi di persone che potrebbero essere interessati dal sistema di IA, gli esperti indipendenti e le organizzazioni della società civile nello svolgimento di tali valutazioni d’impatto e nella progettazione delle misure da adottare al concretizzarsi dei rischi.

Sotto altro aspetto, i limiti alla spiegabilità della decisione algoritmica

³¹⁹ In questa prospettiva v. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 156; A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1910 e 1937; G. SARTOR, *Artificial intelligence*, cit., 717; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., 40.

³²⁰ Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, cit., 168 e 239.

³²¹ In quest’ottica, con riferimento al settore sanitario, v. EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Artificial intelligence in healthcare*, cit., 47.

³²² Sulla ridotta trasparenza delle scelte di acquisto ed uso di sistemi di intelligenza artificiale da parte degli enti pubblici in Italia v. E. CHITI – B. MARCHETTI – N. RANGONE, *L’impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in A. PAJNO – F. DONATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 64. Cfr. anche D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo*, cit., 507-508 e 513-514.

³²³ In proposito, in una prospettiva più ampia che coglie le nuove esigenze di partecipazione e trasparenza nel mondo globalizzato e tecnologico, v. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., 55 ss. e 61 ss. V. anche, con più specifico riferimento all’intelligenza artificiale, M. CUÉLLAR – A.Z. HUQ, *Toward the Democratic Regulation*, cit., 18, che sottolineano la necessità “to educate and empower individuals and thus invite mobilizations within and around AI systems”; D.W. SCHARTUM, *From Legal Sources to Programming Code*, cit., 328-329; F. ZAMBONELLI – F. SALIM – S.W. LOKE – W. DE MEUTER – S. KANHERE, *Algorithmic Governance*, cit., 85 ss., con riguardo specialmente (ma non esclusivamente) alle *smart cities*. Sull’esigenza di coinvolgimento del pubblico nella progettazione di sistemi decisionali automatizzati v. D.K. CITRON, *Technological Due Process*, cit., 1312.

³²⁴ Art. 27 del regolamento (UE) 2024/1689.

richiedono una diversa configurazione della tutela giurisdizionale, che dovrebbe realizzarsi secondo modalità differenti da quelle tradizionali e particolarmente incentrate sull'accuratezza dei dati utilizzati e delle correlazioni svolte dalla macchina³²⁵. In particolare, data l'insufficienza di un approccio "individualistico" che rimette ai singoli lesi da una decisione algoritmica di contestarne la validità³²⁶, sarebbe opportuna l'istituzione di azioni giurisdizionali di natura collettiva. Tale strumento consentirebbe di superare alcune delle difficoltà legate alla tutela dei diritti nei confronti di sistemi di intelligenza artificiale. Innanzitutto, quelle relative ai costi di un'azione che, il più delle volte, richiederà un'adeguata consulenza tecnica per mettere in luce i difetti di algoritmi particolarmente complessi. In secondo luogo, azioni collettive consentirebbero di intervenire più efficacemente sulla macchina, individuando i profili critici e le misure idonee a porvi rimedio³²⁷. In quest'ottica, si è osservato che azioni individuali, pur potendo porre rimedio a decisioni erranee nel caso singolo, rischiano, in mancanza di una visione complessiva, di alterare il funzionamento globale dell'algoritmo, riducendo l'accuratezza³²⁸. In terzo luogo, un'azione collettiva appare particolarmente adatta a contrastare decisioni algoritmiche che esprimono pregiudizi e discriminazioni nei confronti non di singoli, bensì di gruppi o categorie di soggetti³²⁹. In quarto luogo, azioni di tal genere possono rivolgersi direttamente contro l'algoritmo, ancor prima che esso abbia trovato applicazione e abbia manifestato il proprio carattere lesivo nei confronti di singoli soggetti. Si supererebbe così uno dei problemi – quello della immediata impugnabilità dell'algoritmo – che la dottrina ha sollevato rispetto al sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa automatizzata³³⁰.

³²⁵ Cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 145; B. MARCHETTI, *Giustizia amministrativa*, cit., 87-88; D. SIMEOLI, *L'automazione amministrativa nel sistema delle tutele di diritto pubblico*, in A. PAJNO – F. DONATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 623 ss.; A.Z. HUQ, *A Right to a Human Decision*, cit., 675; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., 323. Con riferimento al settore tributario, v. D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 298.

³²⁶ Cfr. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1937-1938.

³²⁷ Cfr. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1949 ss., il quale ipotizza anche il caso in cui l'azione sia proposta da enti pubblici.

³²⁸ Sul punto v. A.Z. HUQ, *Constitutional Rights*, cit., 1940.

³²⁹ In proposito v. K. YEUNG, *Why Worry about Decision-Making by Machine?*, cit., 41; M. VEALE – I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, cit., 131.

³³⁰ Cfr. J. AUBY, *Administrative Law Facing Digital Challenges*, cit., 12.

Marco Calabrò

*Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell’azione amministrativa:
spunti per un dialogo*

SOMMARIO: 1. L’ingannevole mito del “tempo celere” – 2. Tempo come misura di un effetto sanzionatorio: il silenzio assenso – 3. Tempo come misura di efficacia: la disciplina del provvedimento tardivo – 4. La difficoltà di recuperare il “tempo perduto”: i limiti del rito sul silenzio – 5. Tempo e spazio nel governo del territorio – 6. Spunti conclusivi.

1. *L’ingannevole mito del “tempo celere”*

La straordinarietà del tema “tempo”, quale oggetto di riflessioni sul piano del diritto amministrativo, è quella di poter essere esaminato da prospettive e secondo direttrici praticamente infinite¹. Ragionare sul tempo nell’azione amministrativa vuol dire ragionare *sul* diritto amministrativo: c’è il tempo inteso come termine per l’esercizio della funzione², il tempo quale misura di efficacia della decisione³, o il tempo inteso in una prospettiva intersoggettiva, ovvero il tempo del coordinamento amministrativo⁴, solo

¹ G. HUSSERL, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998; S. AGRIFOGLIO, *Tempo e diritto (da Vittorio Emanuele Orlando a Bill Gates)*, in *Rivista della Facoltà di Scienze Motorie dell’Università degli Studi di Palermo. Sport, Benessere, Diritto e Società*, 1/2008, 3 ss.; S. MAZZAMUTO, *Tempo e diritto. In memoria di Paolo Vitucci*, Napoli, 2010; L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l’oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 4/1996, 579 ss.

² M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001; A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2015.

³ G. CORSO, *L’efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; F. FIGORILLI, *Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 426 ss.; M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l’efficacia*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 289 ss.

⁴ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano,

per indicare alcuni dei possibili piani in relazione ai quali il tema potrebbe essere affrontato. Ciò premesso, nello spirito che anima il presente volume, mi limiterò ad offrire alcune suggestioni, ad aprire “finestre” per un dialogo che, spero, possa proseguire anche in futuro.

L'idea da cui vorrei partire è semplice, quasi banale: la constatazione che negli ultimi anni si è registrato, da parte del legislatore, un eccesso di valorizzazione di una sola delle declinazioni del tempo, ovvero quella del “tempo celere”⁵. In alcuni contesti, la centralità riconosciuta alla tempestività dell'azione amministrativa si giustifica a fronte dell'esigenza di garantire l'effettivo soddisfacimento di interessi e diritti fondamentali e rappresenta, spesso, la reazione ad un modello di amministrazione gravemente inefficiente: non è un caso che, da ultimo, il nuovo Codice dei contratti pubblici riporti, significativamente nell'art. 1, ben due riferimenti alla “massima tempestività” e alla “massima celerità”⁶. Tuttavia, ritengo che in gran parte dei casi l'individuazione della celerità come *telos* primario rappresenti il retaggio di una visione distorta dell'amministrazione, intesa nè più né meno che come ostacolo necessario⁷; una visione ben lontana, quindi, dall'idea di una amministrazione quale soggetto chiamato ad esercitare una funzione (questa sì) necessaria per il perseguimento dell'interesse pubblico⁸.

2012; C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano, 1992.

⁵ Parlano di vera e propria «ossessione per il tema del tempo», F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi*, 2020, 35. In termini v. anche S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell'atto tardivo*, in *Il dir. dell'economia*, 3/2020, 341; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la teoria del Big Rip*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1133 ss. Per riflessioni analoghe, ma sviluppate sul piano del processo amministrativo, v. M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi*, 18/2014.

⁶ «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la *massima tempestività* e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla *massima semplicità e celerità* nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità» (d.lgs. n. 36/2023, co.1 e 2). Sul punto v. M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. CALABRÒ, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, A. CONTIERI, A. DE SIANO, P. FORTE, M. INTERLANDI, F. LIGUORI, S. PERONGINI, A. RALLO, R. SPAGNUOLO VIGORITA, M. R. SPASIANO, M. TIBERII, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 11 ss.

⁷ F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il dir. dell'economia*, 2/2013, 357 ss.

⁸ S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli,

L’errata convinzione di fondo è che il “prima” sia addirittura preferibile al “se”. Ovvero che sia più importante “liberarsi” del passaggio amministrativo il più rapidamente possibile, piuttosto che ottenere una buona decisione⁹ (o anche solo una decisione). Ciò ha fatto sì che al termine “tempo” sia stato quasi sempre affiancato il solo termine “inerzia”¹⁰, con la conseguenza che ci si è concentrati sui rimedi avverso quest’ultima e, quindi, sulla valorizzazione di modelli decisorio che di decisorio hanno poco o nulla, quali il silenzio significativo e la s.c.i.a.¹¹. La prospettiva, insomma, sembra non essere tanto quella di dotare la dinamica decisorio degli strumenti utili per una buona scelta, quanto quella di non “perdere” tempo, di “andare avanti”, purchè sia¹².

A ben vedere, in realtà – posto che non si intende affatto negare che una tempistica procedimentale ingiustificatamente estesa possa rappresentare una grave criticità tanto per il privato, quanto per il funzionamento dell’apparato pubblico¹³ – il tempo “celere”, inteso come obiettivo *ex*

2016, la quale osserva significativamente che «La profonda differenza che intercorre, invece, tra la doverosità della funzione e la doverosità del provvedere si coglie solo considerando come a volte l’obiettivo della celerità si rivela un ostacolo per l’attuazione della doverosità», 75; In termini v. anche A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005.

⁹ G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *www.irpa.eu*, 2009; A. GIUFFRIDA, *Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012.

¹⁰ In generale, sul tema dell’inerzia della p.a., v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 63; A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2015, 93 ss.

¹¹ Pur nella estrema diversità esistente tra misure ad effetto liberalizzante e misure di mera semplificazione. Sul tema v. F. LIGUORI, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a.*, in *Nuove autonomie*, 2016, 192 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 148 ss.

¹² Condivisibili, sul punto, le considerazioni espresse da S. TUCCILLO, *Le declinazioni del “tempo” nell’azione amministrativa: un percorso di studio*, in questo *Volume*: «Quando può definirsi buona la decisione amministrativa? Al pari di qualsivoglia decisione, quando essa è pensata ed è maturata [...] Ma il pensiero meditato richiede tempo».

¹³ «I tempi eccessivamente lunghi dei procedimenti, insieme alla complessità delle procedure e alla cavillosità delle regole, costituiscono alcune delle criticità più rilevanti per il funzionamento dell’apparato istituzionale, tra le principali fonti di frustrazione per la componente imprenditoriale nonché, più in generale, per i cittadini che si rapportano con le pubbliche amministrazioni», (S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell’atto tardivo*, cit., 339-340). Sul tema v. anche D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell’azione amministrativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli 2011, 989 ss.

se, non configura nemmeno solo una delle diverse declinazioni del tempo dell'azione amministrativa: esso è, piuttosto, una vera e propria stortura, una locuzione quasi contraddittoria rispetto a ciò che dovrebbe rappresentare l'*agere* amministrativo. Le corrette declinazioni del tempo nel diritto amministrativo sono da rinvenirsi, piuttosto, nel tempo "giusto" e nel tempo "certo".

Il tempo "giusto" è il tempo parametrato alla complessità dell'istruttoria, al numero degli interessi coinvolti¹⁴; quello, in un certo senso, legato al concetto di risultato, inteso come effettivo perseguimento del bene della vita finale¹⁵, mediante il compimento di un'istruttoria completa ed adeguata, nonché l'utilizzo delle risorse (personali ed economiche) necessarie¹⁶. La valorizzazione del tempo giusto dovrebbe passare, in tal senso, attraverso il riconoscimento della centralità di una sua valutazione come parametro delle Analisi di Impatto della Regolamentazione (AIR) e delle Verifiche di Impatto della Regolamentazione (VIR)¹⁷. Una verifica *ex ante* degli effetti

¹⁴ M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, 67 ss.; M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1739 ss.

¹⁵ M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 9/2024, 206 ss.; ID., *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Scritti per Franco Scoca*, Napoli, 2020, 4845 ss.; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1/1999, 57 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 1/2007, 63 ss. Da ultimo, Merusi, nel riprendere i suoi studi sui temi della certezza dell'azione amministrativa e dell'affidamento del cittadino nell'operato della p.a., parla di tempo "congruo", inteso come tempo commisurato alle finalità di interesse pubblico di volta in volta perseguite (F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa: nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2/2023, 215 ss.).

¹⁶ M. RAMAJOLI, *Il procedimento amministrativo*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 269 ss.; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 207 ss.; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991.

¹⁷ M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; A. ARCURI, R. VAN DEN BERGH, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2/2001, 223 ss.; D. IELO, *L'analisi di impatto della regolazione*, in *Amministrare*, 2/2005, 289 ss. Occorre, tuttavia, purtroppo aderire a quella dottrina che ha segnalato come, nonostante l'AIR (in relazione ai nuovi interventi normativi) e la VIR (concernente la perdurante utilità ed efficacia di norma già vigenti) rappresentino strumenti già da tempo introdotti nel nostro ordinamento a supporto del potere legislativo, essi «non hanno mai davvero

di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e sull’organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni non può tralasciare il fattore tempo, in tutta la sua complessità: eppure la tendenza, oggi, è piuttosto quella di intervenire dal punto di vista regolativo unicamente in una prospettiva di riduzione dei termini, nella errata illusione che ciò, di per sé, conduca sempre ad un vantaggio per il destinatario del potere pubblico e per la stessa p.a.

La seconda declinazione, quella del tempo “certo” è, probabilmente, la più rilevante, sia nell’ottica dell’amministrazione che in quella del cittadino che ad essa si affida¹⁸, ed è a questo profilo che proverò a dedicare alcune brevi riflessioni, nella convinzione che la garanzia di un tempo certo, breve o lungo che sia, rappresenti uno dei parametri idonei a giustificare la stessa legittimazione dell’esercizio del potere¹⁹. Letto attraverso il diaframma della funzione pubblica, il tempo, inteso come tempo certo, non determina solo il *quando*, ma anche l’*an*: una decisione presa in ritardo è spesso una decisione tanto inefficace nell’ottica dell’interesse pubblico, quanto “inutile” per il cittadino, perché molte volte non più in grado di consentirgli il conseguimento del bene della vita cui egli legittimamente ambiva. Così come una funzione non legata ad una tempistica certa – basti pensare all’esercizio di buona parte dell’attività di programmazione e pianificazione – è una funzione che lascia gli interessi del cittadino in un limbo, ancora più intollerabile perché spesso privo di giustificazioni²⁰.

atteccchito e vengono ancora oggi visti come un ulteriore adempimento burocratico, privo di vero significato» (L. TORCHIA, *Funzione consultiva e cultura amministrativa a: un bilancio di fine legislatura*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2/2018, 130).

¹⁸ F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970; L. GIANI, *I tempi (dell’azione e della decisione) dell’amministrazione tra certezza e affidamento*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, III, 1461 ss.; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.

¹⁹ M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in *Annuario Aipda 2014 - L’incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 93 ss.; F. MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa tra tempo e spazio*, AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell’azione amministrativa*, Milano, 2003, 17 ss.; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

²⁰ L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza*, Napoli, 2005.

2. Tempo come misura di un effetto sanzionatorio: il silenzio assenso

Uno degli istituti che maggiormente esprimono non solo la centralità del tempo nell'esercizio dell'azione amministrativa, ma anche come questo possa essere erroneamente interpretato, è senza dubbio il silenzio assenso²¹. Mal interpretato in quanto – sebbene l'istituto del silenzio assenso venga spesso presentato come un modo alternativo di agire della p.a. – a ben vedere, nella dinamica che viene a configurarsi, il tempo è semplicemente misura di una “sanzione”, non garanzia dell'esercizio della funzione. Anzi, da un'analisi corretta della fattispecie emerge come il decorso del tempo finisca per configurare un elemento di vera e propria negazione della funzione²².

La scelta legislativa di far discendere dal mero decorso del termine procedimentale gli effetti del provvedimento a carattere positivo non esprime, infatti, la volontà di consentire all'amministrazione di limitarsi a svolgere l'attività istruttoria, senza poi cristallizzare la decisione in un provvedimento espresso. In altri termini, si ribadisce, non ci si trova di fronte ad un modello alternativo di esercizio della funzione²³. Tale scelta, piuttosto, è una presa d'atto di un problema, di un “fatto” giuridico²⁴, consistente in un fallimento dell'agire pubblico, fallimento al quale si sarebbe potuto reagire in maniera costruttiva, ad esempio, individuando sistemi in grado di incentivare la decisione tempestiva.

Si è invece deciso di intervenire introducendo un regime sanzionatorio, in base al quale, decorso il termine, l'amministrazione è spogliata dell'esercizio della funzione, i cui effetti sono prodotti direttamente dalla legge²⁵. Apparentemente, quindi, il potere legislativo sostituisce quello

²¹ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; M. ANDREIS (a cura di), *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, 2006.

²² B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, 179 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 32 ss.

²³ G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2007, 87. *Contra*, A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 2-3/1993, 601 ss.; F. FIGORILLI, M. RENNA, *Commento all'art. 2*, in BARTOLINI, FANTINI, FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 112.

²⁴ Per una ricostruzione del silenzio della p.a. come “fatto” v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 337. Più recentemente, qualifica il silenzio in termini di mero comportamento dell'amministrazione E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, 139 ss.

²⁵ A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; ID.,

amministrativo, il che sarebbe in sé ammissibile come soluzione ad un problema di sistema. In realtà, però, non è davvero questa la dinamica che si va a configurare: il legislatore, di fatto, non prende alcuna decisione al posto dell’amministrazione, bensì si limita a sancire e legittimare la non decisione di quella fattispecie concreta da parte del potere pubblico. In altri termini, nessun potere decide nel senso proprio del termine, ed una fattispecie per la quale era previsto un passaggio valutativo “pubblico”, viene ad essere gestita unicamente da parte del privato interessato²⁶.

Tra l’altro, occorre distinguere tra il tempo dell’istruttoria e il tempo della decisione. Il primo, non è toccato dall’introduzione del regime del silenzio assenso: è pacifico, infatti, che quest’ultimo non comporta affatto il riconoscimento in capo all’amministrazione della libertà di non farsi carico della valutazione degli interessi coinvolti²⁷. Secondo alcuni, tuttavia, il regime del silenzio assenso consentirebbe all’amministrazione di “risparmiare” sul tempo della decisione: una volta valutato positivamente l’accoglimento dell’istanza, all’autorità sarebbe data la facoltà di limitarsi a far decorrere il termine²⁸.

Premessa la non divisibilità di tale ricostruzione sul piano teorico, essa, in ogni caso, pecca palesemente di “ottimismo”: nell’ipotesi di formazione degli effetti del silenzio assenso, nulla garantisce che l’istruttoria sia stata effettivamente compiuta; così come non si rinvencono strumenti in grado di misurare la completezza e adeguatezza della stessa. Anche alla luce di tali considerazioni, trova conferma la tesi secondo la quale la *ratio* dell’istituto non sia quella di consentire alla p.a. di decidere silenziosamente.

Del resto, nessuna delle norme che disciplinano l’istituto del silenzio assenso dispone che all’amministrazione sia riconosciuta la facoltà di non emanare il provvedimento espresso. L’amministrazione non diventa affatto titolare di un mero onere di provvedere. Al contrario, il dovere di procedere (tempo dell’istruttoria) ed il dovere di provvedere (tempo della decisione) restano immutati; ed è proprio la violazione del secondo di tali doveri a provocare l’effetto sanzionatorio²⁹. La valutazione legale

Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300, cit., 607.

²⁶ M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 61 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 138.

²⁷ G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975.

²⁸ G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265 ss.

²⁹ Sul punto sia consentito rinviare, *amplius*, a M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, 10/2020, 21 ss.

tipica per mero decorso del termine vale per entrambe le parti, cittadino e amministrazione, il che comporta la consumazione del potere/dovere di decidere, la spoliazione temporanea della funzione³⁰.

Tempo come misura della sanzione nei confronti dell'amministrazione, quindi, ma con quali risultati? Il risultato giuridico è apparentemente il medesimo che si sarebbe configurato con l'emanazione del provvedimento espresso, ma se si passa al risultato che potremmo definire "concreto", le cose si rivelano ben diverse. Sono note le incertezze che caratterizzano l'applicazione del silenzio assenso: dall'ampiezza degli effetti da esso scaturenti, fino alla individuazione dei presupposti per la sua stessa configurazione³¹. Ecco, nuovamente, come il miraggio del "tempo celere" – laddove individuato come obiettivo *ex se* e non come declinazione modale del tempo "giusto" – manifesti tutta la sua caducità. Non a caso, del resto, di frequente il cittadino sceglieva di attendere una decisione favorevole espressa, seppur tardiva, piuttosto che beneficiare degli effetti incerti scaturenti *ex lege* del silenzio: al tempo "celere" con effetti incerti si preferiva il tempo "giusto" con effetti certi. Ed è proprio il grave stato di incertezza spesso derivante dall'applicazione dell'istituto del silenzio significativo la ragione che ha spinto di recente il legislatore statale ad introdurre l'obbligo in capo all'amministrazione di rilasciare su richiesta dell'interessato un atto ricognitivo dell'avvenuta formazione degli effetti del silenzio assenso (cfr. art. 20, co. 2-bis, l. n. 241/1990, introdotto nel 2021)³².

3. Tempo come misura di efficacia: la disciplina del provvedimento tardivo

Ancora in relazione all'istituto del silenzio assenso, ma con specifico riferimento al regime del provvedimento emanato tardivamente, è di recente intervenuto il legislatore, introducendo un nuovo profilo sanzionatorio

³⁰ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 283 ss.; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

³¹ M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; ID., *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Milano, 2014.

³² Misura già in precedenza anticipata (2020) nell'ambito del procedimento per il rilascio del permesso di costruire, con la modifica dell'art. 20, co. del D.P.R. n. 380/2001, sul quale sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *Giustiziainsieme*, 2020.

legato al decorso del termine, o, meglio, integrando ed ampliando la precedente portata sanzionatoria. Ci si riferisce al nuovo co. 8-*bis* dell’art. 2 della l.n. 241/1990 (modificato nel 2020), ove è sancita espressamente l’inefficacia dell’eventuale provvedimento (positivo o negativo) emanato tardivamente, nelle fattispecie nelle quali trova applicazione il regime del silenzio assenso³³.

La prima novità presente nella disposizione consiste nell’introduzione di una deroga al principio generale in base al quale il termine procedimentale avrebbe carattere ordinatorio³⁴. In tal senso, la disposizione rende finalmente “chiaro” un profilo incerto della regolazione: in precedenza, la norma illustrava gli effetti dell’inerzia dell’amministrazione solo *ex parte civis* (produzione degli effetti del provvedimento a carattere positivo), non essendo espressamente indicati gli effetti del decorso del termine sull’esercizio della funzione da parte dell’amministrazione. Ciò aveva fatto sorgere un orientamento – oggi superato dalla *littera legis* – secondo il quale in caso di silenzio assenso sarebbero residuati in capo all’amministrazione spazi di esercizio del potere di provvedere³⁵.

Ciò posto, è stata oggetto di ampio dibattito la scelta del legislatore di qualificare “inefficace” il provvedimento tardivamente emanato: il decorso del tempo, in questo caso, non inciderebbe sulla legittimità dell’esercizio del

³³ Invero, il nuovo co. 8-*bis* – introdotto dall’art. 12 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (“Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione Digitale - c.d. Decreto Semplificazioni, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120) – prevede il regime dell’inefficacia dell’atto tardivo non solo in relazione alla fattispecie del silenzio assenso, ma anche in relazione: alle determinazioni relative all’oggetto della conferenza di servizi semplificata che devono essere rese dalle amministrazioni coinvolte entro il termine comunicato dall’amministrazione procedente; agli atti disciplinati dall’art. 17-bis, commi 1 e 2, l.n. 241/1990, ossia gli atti di assenso, concerto o nulla-osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici da acquisire in vista dell’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche e che, secondo quanto previsto dall’art. 17-*bis*, si intendono acquisiti una volta scaduto infruttuosamente il termine per gli stessi previsto; agli atti emanati all’esito della riunione, nell’ambito della conferenza di servizi simultanea di cui all’art. 14-ter, oltre il termine stabilito; agli atti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all’art. 19, commi 3 e 6-*bis*, ovvero alla disciplina della segnalazione certificata di inizio attività.

³⁴ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 236. Per una recente ricostruzione volta a modulare il regime giuridico del provvedimento tardivo sulla base del parametro della “ragionevolezza” del tempo del procedimento v. S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell’atto tardivo*, cit., 337 ss.

³⁵ B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, 186.

potere, bensì sull'efficacia dello stesso³⁶. Il dibattito, in particolare, è sorto in merito alla fonte di tale inefficacia, ovvero se – nel silenzio della legge – essa debba legarsi alla mera illegittimità o, al contrario, alla nullità dell'atto tardivo, per carenza assoluta di potere. A ben vedere, la seconda appare la sola opzione compatibile con la ricostruzione del silenzio assenso in termini di sanzione idonea a sancire l'esaurimento della funzione amministrativa³⁷. In merito alla riforma, pertanto, da un lato, si rileva il compimento di un "passo in avanti", atteso il tentativo di consolidamento dell'impianto del, fino ad oggi "instabile", meccanismo del silenzio assenso; dall'altro lato, si delineano i limiti di una "riforma a metà", sia in ragione delle criticità connesse alla qualificazione del provvedimento tardivo in termini di inefficacia (e non, piuttosto, di nullità in maniera espressa) sia a causa della mancata distinzione, foriera di possibile incertezza sul piano interpretativo, tra la disciplina del provvedimento tardivo a carattere negativo e quella del provvedimento tardivo a carattere positivo.

Ma per quanto maggiormente rileva in questa sede, è interessante osservare come l'introduzione della "sanzione legale" dell'inefficacia potrebbe avere un effetto di *moral suasion* in grado di ridurre, nel lungo periodo, il numero di provvedimenti tardivi, scoraggiandone l'emanazione. Tale convincimento trova conferma nella lettura del Dossier sulla normativa che ha introdotto il co. 8-*bis* del d.l. n. 76/2020 (c.d. d.l. Semplificazioni) predisposto dal Servizio Studi del Senato, ove si parla della introduzione di uno strumento in grado di "incentivare il rispetto dei termini procedurali, nonché di garantire la piena operatività dei meccanismi di silenzio assenso"³⁸. Sino ad oggi, vista la sostanziale incertezza che connotava il regime del provvedimento tardivo, il funzionario non aveva particolari freni a pronunciarsi anche una volta spirato il termine finale. Ebbene – a fronte della espressa comminazione

³⁶ G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, 167 ss.

³⁷ M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, 181 ss.; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit., 37. Per una più ampia ricostruzione del dibattito sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso*, in *Ambientediritto*, 1/2021, 1 ss.

³⁸ Dossier del Servizio Studi sugli emendamenti approvati dalle Commissioni 1° e 8° all'A.S. 1883. Conversione in legge del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", 229. Il testo è reperibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01178105.pdf>.

della sanzione dell’inefficacia nei confronti del provvedimento emanato una volta decorso il termine e, pertanto, della consequenziale privazione del potere di esprimersi in sede di amministrazione attiva in capo alla p.a. – non è da escludersi che l’eventuale emanazione del provvedimento tardivo una volta formatosi il silenzio significativo possa d’ora innanzi configurare una ipotesi di responsabilità del funzionario. La pretesa risarcitoria, in particolare, concernerebbe la lesione dell’interesse al tempo “certo” o, meglio, alla certezza dei rapporti giuridici³⁹, per i danni causati al privato posto in una condizione di oggettiva incertezza a fronte di un ormai indiscutibilmente illegittimo esercizio del potere pubblico.

4. La difficoltà di recuperare il “tempo perduto”: i limiti del rito sul silenzio

L’assenza di certezza sul tempo della decisione, tra l’altro, molto spesso non è recuperabile nemmeno in sede processuale. Come noto, al fine di fronteggiare l’inerzia dell’amministrazione, il legislatore ha introdotto un rito processuale speciale, disciplinato dagli artt. 31 e 117 del Codice del processo amministrativo⁴⁰. Attesa la necessità che il cittadino possa conoscere quanto prima la volontà dell’amministrazione ed uscire così dal “limbo” nel quale è stato posto a causa della sua inerzia (ovviamente nelle ipotesi di silenzio non significativo), il ricorso sul silenzio viene deciso in camera di consiglio e con sentenza succintamente motivata; in caso di accoglimento del ricorso, il giudice ordinerà, poi, all’amministrazione di provvedere, di norma entro un termine di ulteriori 30 gg. Insomma, entro massimo 2 mesi il cittadino ottiene una risposta dall’amministrazione, a meno che l’amministrazione non perseveri nel suo comportamento inerte nonostante l’ordine del giudice; nel qual caso, tuttavia, quest’ultimo può investire della questione un commissario ad acta, chiamato a sostituirsi all’amministrazione nell’adempire al suo obbligo di rispondere alla legittima istanza del cittadino.

Al netto della condivisibile considerazione che «il giudice è uomo del

³⁹ M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2/2003, 291 ss.

⁴⁰ M. MAZZARELLA, *L’inerzia della pubblica amministrazione: il silenzio-inadempimento e le tutele riconosciute al terzo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2021, 252 ss.; M. D’ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012, 127 ss.; C. GUACCI, *La tutela avverso l’inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012.

passato» che valuta le modalità con cui sia stato utilizzato un tempo ormai già speso⁴¹, alla luce di quanto brevemente illustrato, può dirsi che il rito speciale sul silenzio, rappresenta complessivamente uno strumento efficace per contrastare in tempi brevi l'inerzia dell'amministrazione e, quindi, recuperare il "tempo perduto" a causa della non decisione tempestiva⁴². La vera "specialità" del rito, tuttavia, non riguarda tanto la sua celerità o la peculiarità della relativa azione, quanto piuttosto la latitudine particolarmente ampia dei poteri esercitabili dal giudice amministrativo, al quale è riconosciuta la facoltà di conoscere della fondatezza della pretesa del ricorrente nelle ipotesi di attività amministrativa vincolata⁴³. In tale circostanza si configura una attrazione nella giurisdizione di legittimità di poteri propri della giurisdizione di merito, attraverso una piena concentrazione delle tutele, confluendo in un unico giudizio le fasi della cognizione, della condanna e della esecuzione.

Certo, al fine di conseguire i risultati ipotizzati (in termini di rafforzamento della tutela della posizione del privato) è necessario che alla norma faccia seguito una prassi applicativa volta a sfruttarne appieno le potenzialità. Il che richiede, innanzitutto, un giudice amministrativo meno restio a pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa: è da auspicare, in tal senso, che prevalga un orientamento estensivo, che includa anche i casi nei quali – sebbene il potere abbia in origine carattere discrezionale – tale discrezionalità sia di fatto già stata consumata dalla stessa amministrazione, in sede istruttoria o mediante l'approvazione di atti pianificatori o programmatori particolarmente stringenti.

Restano, inoltre, ancora "zone d'ombra" che rischiano di porre il cittadino in una posizione di debolezza. Al di fuori del profilo della non esperibilità della domanda risarcitoria⁴⁴, è sufficiente fare riferimento ad

⁴¹ S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa: un percorso di studio*, in questo Volume.

⁴² A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2017, 450 ss.; R. ROLLI, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi: tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano, 2012.

⁴³ L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2009, 357 ss.

⁴⁴ «Ai sensi dell'art. 117 comma 6, c.p.a. nel caso in cui l'azione di risarcimento del danno venga proposta congiuntamente con quella avverso il silenzio, il giudice può definire con il rito camerale la seconda e, quindi, trattare la prima con il rito ordinario; in effetti, per espressa disposizione normativa, il rito speciale sul silenzio inadempimento è tendenzialmente non compatibile con le controversie che hanno un oggetto diverso rispetto alla statuizione in merito alla inerzia serbata dalla Pubblica amministrazione,

una serie di fattispecie rispetto alle quali la giurisprudenza tende a non ammettere l’esperibilità dell’azione speciale sul silenzio, quali i procedimenti d’ufficio⁴⁵ e quelli concernenti gli atti amministrativi generali⁴⁶. Fattispecie rispetto alle quali il “tempo incerto” sembra quasi doversi considerare un elemento fisiologico, da tollerare per non meglio precisate ragioni di interesse pubblico.

5. Tempo e spazio nel governo del territorio

Nel settore del governo del territorio il fattore temporale assume una valenza del tutto peculiare, in quanto la dimensione del tempo finisce per incidere su quella dello spazio: lo spazio “immaginato”, ovvero lo sviluppo del territorio prospettato dal pianificatore, deve diventare spazio “realizzato” e, a tal fine, le diverse trasformazioni urbane delineate devono compiersi nel solco di una linea temporale ben precisa (il tempo “giusto”), affinché sia garantita la razionalità e la fattibilità delle stesse.

Da qui, quindi, ad esempio, in relazione all’esercizio della funzione pianificatoria, la possibile distinzione tra un tempo “lungo”, relativo alle previsioni che rientrano nella c.d. parte strutturale del piano, ed un tempo “breve”, concernente quegli interventi concreti che vanno a configurare la c.d. parte operativa del piano⁴⁷.

Ma la questione del tempo nel contesto pianificatorio rileva soprattutto

quale è l’accertamento del diritto al risarcimento del danno, da trattare con il rito ordinario» (Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2017, n. 5188, in *Foro amm.*, 2017, 2234). Per una riflessione critica, anche in relazione ad ulteriori limiti propri della disciplina del rito speciale sul silenzio, M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiamento*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2014, 709 ss.

⁴⁵ F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023.

⁴⁶ La mancata emanazione di piani e programmi, quindi, anche se previsti come obbligatori dalla legge, non sarebbe contestabile mediante il ricorso all’azione sul silenzio, il che, in realtà, rischia di generare un grave vulnus nella tutela del cittadino, se solo pensiamo che in molti casi il rilascio di un’autorizzazione presuppone la previa emanazione di un atto pianificatorio o programmatico. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2018 n. 7090, in *Foro amm.*, 2018, 2155. Sul tema v. B.L. BOSCHETTI, *Silenzio e atti amministrativi generali: verso l’inammissibilità di mero fatto?*, in *Giur. it.*, 2019, 1177 ss.

⁴⁷ F. SALVIA, C. BEVILACQUA, N. GULLO, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano 2021, 108 ss.; M.A. CABIDDU, *Il governo del territorio*, Roma-Bari, 2019, 26; P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, Milano, 2012, 31; F. PAGANO, *Il “piano operativo” nel processo di pianificazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 67 ss.

in relazione a quei piani per i quali, seppur previsti come obbligatori dalla legge, non è indicato un termine entro il quale essi debbano essere approvati. Basti pensare, ad esempio, ai Piani energetici comunali o ai Piani delle coste, strumenti rispetto ai quali viene generalmente riconosciuta una amplissima discrezionalità nel *quando*⁴⁸, con la conseguenza che nei loro confronti non è ritenuto possibile esperire l'azione sul silenzio; il che non solo inficia gli interessi pubblici sottesi, ma rischia di generare un grave *vulnus* anche nella tutela degli interessi del cittadino, se solo pensiamo che in molti casi il rilascio di un'autorizzazione o di una concessione presuppone la previa emanazione di quell'atto pianificatorio.

A ben vedere, nell'ambito del governo del territorio, limitare il discorso alla certezza dei tempi dell'esercizio della funzione pubblica sarebbe riduttivo e fuorviante. Per comprendere appieno la complessità del fenomeno, occorre affrontare il profilo del tempo "certo" anche da un punto di vista eccentrico, ovvero concentrandosi sui tempi del cittadino nell'esercizio dello *ius aedificandi*.

Mi riferisco, in particolare, a quelle ipotesi – sempre più frequenti – di manufatti i cui lavori vengono solo iniziati ma mai portati a termine, scheletri di cemento del tutto privi di qualsiasi funzione o identità, immagini di un'attività edilizia apparentemente in divenire, ma in realtà spesso da tempo abbandonata. La gran parte dei manufatti "non finiti" è di proprietà privata⁴⁹, e solo in piccola percentuale si tratta di volumi abusivi in senso proprio, ovvero realizzati in assenza di un titolo abilitativo e mai completati; molti di essi sono il frutto di lavori legittimamente assentiti – quindi originariamente dotati di regolare permesso di costruire – ma poi, per le più diverse ragioni, non ultimati.

E' noto che in reazione a tale fenomeno il legislatore si è occupato del fattore "tempo", prevedendo un termine decadenziale entro il quale occorre portare a termine i lavori. La norma, tuttavia, prevede semplicemente che il titolo decade "per la parte non eseguita", e, al riguardo, la giurisprudenza si limita ad affermare che al privato è riconosciuta la possibilità di ultimare

⁴⁸ A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa: nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, cit.

⁴⁹ In relazione alle opere pubbliche incompiute, si segnala che il legislatore statale ha istituito nel 2011 (art. 44-bis, d.l. 6 dicembre 2011 n. 201) l'*Anagrafe delle Opere Incompiute* presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, avente l'obiettivo non solo di fornire una mappatura completa e sempre aggiornata, ma anche di identificare modalità e strumenti (anche finanziari) atti a consentire il completamento delle opere stesse, ovvero la loro riconversione.

i lavori mediante la richiesta di un nuovo titolo abilitativo⁵⁰. Viene data sostanzialmente per scontata la volontà del proprietario di completare l’opera iniziata, senza in alcun modo porsi il problema di come debba reagire l’ordinamento alla non rara ipotesi in cui questa volontà non sussista.

La questione di fondo è definire come debba essere qualificato un immobile gravemente incompleto in relazione al quale manchi qualsiasi iniziativa volta a portare a compimento i relativi lavori. Il dato letterale della norma – laddove prevede che, una volta decorso il termine, il permesso decade “per la parte non eseguita” – sembrerebbe configurare quanto costruito come perfettamente legittimo, indipendentemente dal livello di avanzamento dei lavori raggiunto. E sono queste, in effetti, anche le conclusioni alle quali perviene la giurisprudenza⁵¹.

A ben vedere, però, la *ratio* della previsione di un termine iniziale e finale di efficacia del permesso di costruire è evidentemente quella di consentire all’amministrazione di determinare un rapporto armonico tra il momento della pianificazione e quello della concreta realizzazione delle trasformazioni del territorio, proprio nella prospettiva che abbiamo definito del “tempo giusto”⁵². L’istituto della decadenza, pertanto, è strumentale a garantire certezza temporale all’attività edilizia, anche in funzione della concreta realizzazione del complessivo disegno di sviluppo del territorio prospettato nel piano⁵³. Se questo è vero, a fronte di un’ipotesi di “non finito architettonico”, e cioè di un volume gravemente incompleto e quindi del tutto inidoneo a soddisfare quella funzione a cui era stato destinato (né altra compatibile), l’inerzia del privato assume un significato che va

⁵⁰ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 aprile 2014, n. 2170, in *Foro amm.*, 2014, 1269; T.A.R. Umbria, Sez. I, 15 settembre 2010, n. 465, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 2060.

⁵¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 agosto 2021, n. 9113, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Pescara, Sez. I, 14 novembre 2014, n. 449, in *Riv. giur. edilizia*, 6/2014, 1225. In termini v. anche G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 506 ss.

⁵² “La decadenza stabilita dall’art. 15, comma 2, d.P.R. n. 380/2001 sanziona l’inerzia dei privati, sia come disinteresse soggettivo sia come potenziale intralcio alla futura attività di pianificazione. Quest’ultima, infatti, verrebbe resa meno efficace se fosse consentito ai privati di mantenere indefinitamente i diritti edificatori non consumati” (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 ottobre 2021, n. 871, in *www.giustizia-amministrativa.it*). P. CAPRIOTTI, *L’inerzia proprietaria al tempo della rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1/2020, 49 ss.

⁵³ A riprova di ciò, la stessa giurisprudenza afferma che, affinché possa dirsi che un’opera sia stata effettivamente completata entro il termine di decadenza, “non è sufficiente che il manufatto risulti materialmente realizzato nelle sue strutture portanti, ma occorre che risulti funzionalmente idoneo allo scopo per il quale era stato progettato” (T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 30 novembre 2022, n. 817, in *Foro amm.*, 2022, 1546).

oltre la sua posizione individuale di proprietario, a meno che non si voglia sostenere che il titolo abilitativo conceda al cittadino la facoltà di realizzare ciò che desidera, purchè rientri nei volumi assentiti. Del resto, basterebbe porsi una domanda, ovvero se l'amministrazione avrebbe potuto rilasciare il permesso di costruire nell'ipotesi in cui il progetto originariamente presentato dal privato fosse stato lo scheletro privo di funzionalità poi effettivamente realizzato. La risposta al quesito non può che essere negativa e ciò impone di qualificare come abusivi quei volumi solo parzialmente edificati e privi di alcun tipo di funzione⁵⁴.

E' possibile rinvenire una conferma della correttezza di tale ricostruzione nella stessa disciplina del regime sanzionatorio in materia edilizia. L'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 dispone che la fattispecie di abuso per totale difformità si configura quando i lavori comportino la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione rispetto a quello assentito⁵⁵. Il che consente di qualificare come abusivo per totale difformità un immobile ogni qual volta il risultato finale consista in una struttura che non è in alcun modo riferibile a quella autorizzata. Ebbene, è evidente che ciò che abbiamo definito "non finito architettonico" rientra pienamente in tale categoria. In altri termini, se è vero che ciò che viene assentito con il permesso non è un'astratta volumetria, bensì anche la finalità che essa è chiamata a soddisfare in ragione della funzione sociale riconosciuta al diritto di proprietà, deve, allora, necessariamente concludersi che la realizzazione solo parziale, nei tempi indicati, di quanto previsto – tale da rendere l'opera inidonea a soddisfare l'interesse cui era destinata – configura un abuso, *sub specie*

⁵⁴ Interessante, nella misura in cui sembra non ritenere automaticamente legittime le opere solo per il fatto di essere state realizzate entro il termine di decadenza, Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2021, n. 1377, in *Foro amm.*, 2021, 505, laddove sancisce che "Ai sensi dell'art. 15 d.P.R. n. 380/2001, l'inutile decorso del termine triennale d'efficacia del titolo edilizio comporta la decadenza dello stesso titolo per la parte non eseguita alla scadenza dei relativi termini e inibisce l'ulteriore corso dei lavori, ma non determina l'illiceità di quanto già realizzato nella vigenza del titolo stesso, purché dette opere siano autonome e scindibili rispetto a quelle da demolire".

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 29 gennaio 2024, n. 906, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che "si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, quando i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione". F. VETRÒ, *Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali*, in AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2015, 751 ss.

di difformità totale dal permesso di costruire⁵⁶. Ne dovrebbe conseguire, pertanto, che in capo all’amministrazione – una volta sollecitato, senza esito, il privato ad attivarsi al fine di portare a compimento l’opera – si vada a configurare il dovere di emanare l’ordinanza di demolizione del manufatto, attesa la natura di atti obbligatori a contenuto non discrezionale riconosciuta ai provvedimenti repressivi in materia edilizia⁵⁷.

Da ultimo, sul tema, si è pronunciata l’Adunanza Plenaria sulla questione relativa alla disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio⁵⁸. Ebbene – operando una netta inversione rispetto agli orientamenti precedentemente espressi dalla giurisprudenza – la Plenaria afferma che in caso di realizzazione, prima della decadenza del permesso di costruire, di opere non completate, occorre distinguere a seconda se le opere incomplete siano autonome e funzionali oppure no: nel caso di costruzioni prive dei requisiti di autonomia e funzionalità, il Comune deve disporre la demolizione e la riduzione in pristino ai sensi dell’art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, in quanto eseguite in totale difformità rispetto al permesso di costruire. È da accogliere evidentemente con favore la scelta dell’Adunanza Plenaria di valorizzare il fattore tempo in chiave sanzionatoria così come delineato *supra*, il che consentirà auspicabilmente di superare un gravissimo fenomeno di degrado urbano, in una prospettiva, tra l’altro, pienamente coerente con le recenti politiche di riduzione del consumo di suolo⁵⁹.

⁵⁶ Sul punto, sia consentito rinviare, *amplius*, a M. CALABRÒ, *Decadenza del permesso di costruire e “non finito architettonico”. La rilevanza della coordinata temporale nelle trasformazioni edilizie*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 5/2015, 229 ss.

⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4243, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 1330; Corte Cost., 14 aprile 1988, n. 447, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2057. In dottrina v. M.A. SANDULLI, *Sanzione-IV) Sanzioni amministrative*, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 15.

⁵⁸ La questione è stata rimessa alla Plenaria da Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ A.G. PIETROSANTI, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2023; G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2022; G. PAGLIARI, *Governo del territorio e consumo di suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2020, 325 ss.

6. *Spunti conclusivi*

Acquisisce ormai sempre maggior forza la condivisibile convinzione che il tempo, nel diritto amministrativo, rappresenti un bene della vita autonomo, che necessita, di conseguenza, un adeguato strumentario giuridico in grado di garantirne la tutela⁶⁰. Occorre, tuttavia, intendersi sul significato da attribuire al termine tempo o, meglio, all'accezione che di esso si vuole valorizzare. Alla luce delle brevi considerazioni che precedono, è possibile affermare come non sia il tempo "celere" a dover essere difeso e perseguito – pena il rischio del conseguimento di risultati solo apparenti, sia per il privato che per l'amministrazione – bensì il tempo "certo" ed il tempo "giusto", a loro volta declinabili in molteplici dimensioni. In primo luogo, come abbiamo visto, essi devono essere letti non solo nell'ottica del divenire dell'esercizio della pubblica funzione, ma anche nella prospettiva del cittadino: cittadino che, come è emerso *supra*, non è solo colui che "attende" qualcosa dall'amministrazione, bensì anche colui che è chiamato ad esercitare i diritti che gli sono stati concessi o autorizzati (ad es., *ius aedificandi*), in una prospettiva di co-determinazione del farsi dell'interesse pubblico.

Altro elemento significativo emerso è che la multidimensionalità del tempo dell'azione amministrativa fa sì che esso possa rilevare in alcuni contesti come misura di legittimità, in altri come misura di efficacia, in altri ancora come misura di proporzionalità. Quel che è certo, però, è che il rispetto delle coordinate temporali – per l'incidenza che esso ha sugli interessi, non solo economici, del cittadino – configura prima di qualsiasi altra cosa un parametro della stessa legittimazione del potere pubblico: un potere "senza tempo" è un potere non misurabile, non controllabile, difficilmente contestabile e, pertanto, incompatibile con un ordinamento democratico.

⁶⁰ A. NICODEMO, *Il tempo come bene della vita*, Torino, 2024; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, cit., 74; M. MACCHIA, *Il tempo come bene della vita. Il nesso tra tardività e inefficacia*, in A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021, 587 ss.

Silvia Tuccillo

Le declinazioni del “tempo” nell’azione amministrativa: un percorso di studio

SOMMARIO: 1. La prospettiva d’indagine – 2. Tempo del privato e tempo dell’amministrazione – 2.1. Il tempo del privato. I fragili approdi della protezione apprestata al “bene tempo” nel procedimento e nel processo – 2.2. Il tempo dell’amministrazione e la “fatica di amministrare” – 3. Il tempo del “terzo” nelle maglie della semplificazione: un problema sostanziale o solo processuale? – 4. Conclusioni. Il difficile compromesso tra decisione giusta e decisione tempestiva riletto nel prisma della stabilità della decisione.

1. La prospettiva d’indagine

Analizzare il tempo e le sue declinazioni nell’azione amministrativa significa, dalla prospettiva assunta nel presente scritto, non soltanto verificare in che misura tale concetto incida sulle situazioni giuridiche soggettive del privato, ma anche valutare le ripercussioni che la sua “gestione” può avere sull’efficacia, sull’efficienza e sull’adeguatezza dell’azione amministrativa in sé considerata nella sua dimensione multipolare. Certo non è un terreno insondato, ma la prospettiva dell’amministrazione come “vittima” del tempo legislativamente concessole per decidere è quasi desueta. Come si dirà, proprio con riferimento all’esigenza di limitare l’incidenza del tempo dell’azione amministrativa sulla sfera dei privati, l’evoluzione normativa e giurisprudenziale ha compiuto notevoli passi in avanti nel segno del rafforzamento delle garanzie del cittadino¹. In effetti, il tempo dell’azione amministrativa è al centro della riflessione di dottrina e giurisprudenza da almeno un secolo e la ricerca dei rimedi all’inerzia della p.a., che è, come noto, anzitutto un problema economico² (d’altronde

¹ Evidenzia tale percorso con riguardo alla certezza dei tempi dell’azione amministrativa in quanto direttamente correlata al pieno godimento della libertà di iniziativa economica privata F. MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss.

² In generale, cfr. A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte*

se ne sono più incisivamente occupate leggi sulla competitività), è stata prima giurisprudenziale³ e poi legislativa. Di contro, la consapevolezza di dover intervenire per alleviare la “fatica dell’amministrare” sta lentamente prendendo forma sia nel diritto positivo che a livello giurisprudenziale⁴.

La tendenza della ormai alluvionale produzione normativa più recente è nel senso di risolvere il problema della lentezza della burocrazia neutralizzando su più fronti la decisione amministrativa, con l’effetto di investire su meccanismi di semplificazione/accelerazione procedimentale che paiono privilegiare esclusivamente il privato imprenditore, peraltro con esiti spesso insoddisfacenti se non addirittura controproducenti⁵, per il privato stesso e per la collettività.

Nell’ottica dell’indagine che si intende sviluppare, dunque, occorre

economiche, in *PA. Persona e amministrazione*, 1-2017, 313 ss. Copiosi riferimenti sul tema già nello scritto dello stesso Autore, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013. Cfr., anche D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 3, 779 ss.

³ A far data dalla pronuncia Cons. Stato, sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429, si sono meglio definiti i contorni della tutela giurisdizionale avverso il silenzio della p.a. (anche se si registrano decisioni antecedenti della IV sezione volte a sanzionare il comportamento omissivo della p.a., tra cui 16 marzo 1893, n. 109). Sul tema cfr., anche per i riferimenti generali più significativi, A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 273 ss.

⁴ Nel diritto positivo un tentativo può sicuramente rinvenirsi, oltre che nella riforma dell’articolo 323 c.p., nell’art. 21, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, ai sensi del quale «limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2024, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l’azione di responsabilità di cui all’articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Attraverso questa disposizione si è inteso introdurre il cd. “scudo erariale” che, limitando la responsabilità alle sole condotte dolose, si è posto l’intento di scongiurare condotte ascrivibili alla cd. “burocrazia difensiva”. Quanto, invece, alla giurisprudenza, può farsi riferimento alla recente pronuncia della Corte Costituzionale 16 luglio 2024, n. 132 che, nell’affermare l’insussistenza della questione di legittimità costituzionale della disposizione su menzionata con riguardo agli artt. artt. 3, 28, 81, 97 e 103 Cost., «in quanto norma (...) irragionevolmente limitatrice della responsabilità amministrativa alle sole ipotesi di condotte commissive dolose», ha palesato un approccio sicuramente più consapevole delle difficoltà di contesto che si trova a dover gestire il funzionario pubblico. In dottrina, si vda per un quadro d’insieme F. LIGUORI, *L’azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Napoli, 2023, spec. 33 ss.

⁵ Per una riflessione più ampia sul tema sia consentito il rinvio al mio, *Dialogo con le amministrazioni pubbliche e neutralizzazione del potere*, Napoli, 2023.

partire dalla considerazione secondo la quale il privato e l’amministrazione sono portatori di due visioni contrapposte: il primo non ha tempo, la seconda chiede tempo. Per entrambi il tempo è un valore, un mezzo, un fine. Per entrambi si pone il problema del “prezzo” del tempo.

Ne discende che le possibili declinazioni del tempo nell’azione amministrativa sono molteplici: tempestività, certezza, stabilità, durata, sostenibilità e ciascuna di esse deve essere indagata per la precipua funzione che essa assolve, per le sue implicazioni e per i risvolti che può esplicare⁶. Ebbene, la tempestività interseca in via immediata le situazioni soggettive dei destinatari della decisione e, pertanto, potrebbe senza dubbio essere letta come un diritto autonomo; la certezza dei tempi dell’azione amministrativa è strettamente connessa al principio dell’affidamento⁷ e dipende spesso dall’esistenza o meno di altre circostanze (come la perentorietà o meno dei termini previsti per l’esercizio del potere); la stabilità degli effetti nel tempo è a sua volta riconducibile ad altre disposizioni di diritto positivo (ad es. l’autotutela o la previsione di poteri di controllo successivi); mentre il tempo inteso come durata guarda più schiettamente alla sostenibilità dell’esercizio del potere. Il tempo assume, poi, una diversa rilevanza a seconda che il potere esercitato sia vincolato o discrezionale: nel caso del potere discrezionale, come di recente osservato da Merusi⁸, l’incidenza del tempo viene regolata attraverso il ricorso a tre istituti ovvero prescrizione, decadenza e tempo congruo (ragionevole, proporzionato) in quanto commisurato al fine da raggiungere. Tuttavia mentre la determinazione dei primi due aspetti spetta al legislatore, la congruità del tempo è determinata dai principi e dall’incessante dialogo tra dottrina e giurisprudenza. Nell’attività vincolata, invece, il tempo è maggiormente condizionato da fattori organizzativi che guardano all’apparato e alla sua adeguatezza a svolgere tempestivamente gli accertamenti necessari ad acclarare la sussistenza di presupposti e requisiti per la produzione dell’effetto giuridico della fattispecie. La determinazione della durata diviene allora un momento fondamentale che non sempre si ancora a parametri adeguati e proporzionati.

L’affermazione che il tempo dell’azione amministrativa, inteso come

⁶ Su molti dei quali si sofferma lo scritto di L. GIANI, *I tempi (dell’azione e della decisione) dell’amministrazione tra certezza e affidamento*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, vol. III, 1461 ss.

⁷ Sul quale si segnala il recente scritto di G. MANNUCCI, *L’affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

⁸ F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell’età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2-2023, 215 ss.

tempestività, ma anche come certezza della sua definizione in termini di durata, sia un diritto autonomo pare avere trovato ormai conforto nel dato positivo: nelle diverse declinazioni dei principi di solidarietà sociale e buon andamento presenti nella Costituzione⁹; nell'articolo 41 della Carta di Nizza¹⁰ ove conosce espressa affermazione in quanto diritto al tempo ragionevole della decisione; nell'articolo 6 CEDU, che seppur riferito alla durata del processo è stato dalla Corte di Strasburgo esteso alle logiche del procedimento¹¹; negli articoli 2 e 2-bis della legge 241 del 1990¹², cui si aggiunge la “copertura” dell'articolo 29, comma

⁹ Come esplicitato nella decisione del Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Resp. civ e prev.*, con commento di S. FOÀ e M.R. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, ivi, 5-2018, 1598. Sulla plausibilità della individuazione di nuovi diritti fondamentali per via interpretativa attraverso la disposizione costituzionale di cui all'art. 2, v., G. PINO, *o.cit.* 212, anche per gli ulteriori riferimenti. Importanti riflessioni di ampio respiro in M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A.: Persona e amministrazione*, 2-2020, 523 ss. Sul principio di buon andamento, nell'ambito dell'amplessissima bibliografia, M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 121 ss.

¹⁰ Come noto, ai sensi dell'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto ad una buona amministrazione, postula anche che sia riconosciuto ad ogni persona il diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Sulla portata della disposizione, con segnato riferimento al tempo ragionevole della decisione, A. BONOMI, *The right to good administration and the administrative inaction: a troubled relationship*, in *Dir. pubbl. eu. Rassegna online*, 2-2015, 179 ss. In tema, più in generale, *ex multis*, R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, 2001; A. ZITO, *Il diritto «ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 436; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Tomo I, II ed. Milano, 49 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2008; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione* (Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «Sindic de Greuges» della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009), in *www.irpa.eu*, 2009; L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2010, 789 ss.

¹¹ Sul tema, anche per i copiosi riferimenti, vedi, M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

¹² La disciplina delle disposizioni menzionate è ripercorsa e commentata diffusamente da G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali*

2-bis, della stessa legge¹³ ove è stabilito che «attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell’interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato (n.d.r.: tempestività e certezza), di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti (n.d.r.: sostenibilità) e di assicurare l’accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti». A tale apparato normativo si aggiungono quelle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo che attribuiscono espressa rilevanza alla tempestività dell’azione amministrativa (piuttosto che alla stabilità della decisione) attraverso la previsione di meccanismi acceleratori interni di conclusione alternativa al provvedimento espresso (silenzio assenso)¹⁴. Per conferire certezza e stabilità alla decisione si agisce sulle tempistiche procedurali o attraverso la previsione di conseguenze sanzionatorie sul piano effettuale per la decisione tardiva, come nel caso della disposizione sull’inefficacia di cui all’articolo 2, comma 8-bis¹⁵, della legge n. 241 del

e procedurali della P.A. (art. 2, 16, 17 bis e 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.), in M. A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2023, 283 ss., al cui studio si rinvia per gli imprescindibili riferimenti.

¹³ Su cui L. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2012, 850 ss. e, se si vuole, S. TUCCILLO, *La Corte costituzionale e i limiti all’autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione*, in M. A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2023, 241 ss.

¹⁴ La problematica delle incertezze legate all’istituto del silenzio assenso è ampiamente dibattuta in dottrina. *Ex multis* si vedano gli scritti di M.A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (a margine della legge di conversione del D.L. n. 35 del 2005)*, in *Giustamm.it*, 6/2005; ID., *L’istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss.; ID., *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l’inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, fasc.1-2022, 11 ss.; e di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10-2020. Per un inquadramento della sistematica sul tema, imprescindibili i riferimenti agli scritti di F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell’atto scritto*, Milano, 1996; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, p. 179 ss.

¹⁵ Sulla disposizione, si veda lo scritto di M. CALABRÒ, *L’inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co-8 bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso. Primi passi nell’ottica della certezza del diritto*, in *Ambienteditritto.it*, 1-2021

1990, ovvero determinando la decadenza del potere, come si è scelto di fare individuando un termine massimo per l'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*¹⁶.

2. *Tempo del privato e tempo dell'amministrazione*

Dal quadro così sommariamente tratteggiato, si può tuttavia evincere che il privato può aspirare ad una tutela reale del proprio "diritto al tempo". La tempestività dell'azione amministrativa è il valore, l'esigenza è quella di certezza. Il tempo certo dell'azione amministrativa va inteso non solo come preconditione per la realizzazione dello Stato del mercato, ma come diritto bilanciabile con altri di uguale rilievo nella dimensione bilaterale del rapporto amministrazione-cittadino¹⁷, circostanza che giustifica e supporta l'introduzione nella legge generale sul procedimento amministrativo, ma anche in numerose discipline settoriali, di istituti conati per risolvere il problema della tempestività e della certezza dell'esercizio del potere¹⁸, che investe tanto l'ambito dei procedimenti ad istanza di parte quanto quello dei procedimenti ad iniziativa ufficiosa¹⁹.

Sul piano sostanziale, si è previsto l'esercizio del potere "a tempo" e si è sancito che il decorso del tempo possa, in talune ipotesi, tramutare, *quoad effectum*, l'inerzia in atto²⁰. Si è, da ultimo, positivizzata l'idea che

¹⁶ Sul tema, sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti bibliografici ulteriori, a S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016 e ID., *Autotutela amministrativa 1. Caratteri generali*, in www.treccani.it/diritto-on-line, 2019 nonché a M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

¹⁷ In tal senso le considerazioni espresse dal L. GIANI, *o. cit.*, 2465, secondo la quale «è proprio il rapporto tra individualità e certezza del diritto, quel rapporto circolare tra certezza riferita al potere, all'ordinamento e all'individuo, a porsi non solo come limite all'arbitrio individuale, ma anche a quello del legislatore e della stessa amministrazione».

¹⁸ S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, 403 ss.

¹⁹ Per una riflessione più ampia sulle principali questioni interpretative che interessano l'inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad iniziativa ufficiosa, si rinvia allo scritto di F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa ufficiosa*, Napoli, 2023.

²⁰ La valorizzazione del tempo è funzionale alla libera espansione della libertà di iniziativa economica: essa sì, diritto fondamentale. Seguendo l'insegnamento di F. MERUSI, *o. cit.*, arriviamo ad affermare che il potere amministrativo non possa disporre di un diritto fondamentale e che «tutti devono avere pari possibilità nell'esercizio dei diritti fondamentali

il provvedimento tardivo sia privo di effetti e, in quanto tale, inidoneo ad incidere nella sfera giuridica del destinatario, rendendo intangibile il risultato inerzialmente prodotto.

Il tempo dell’amministrazione deve, tuttavia, essere utilmente speso: per istruire e raccogliere elementi utili, per ponderare, per decidere.

La centralità della fase istruttoria nelle dinamiche della trasformazione del potere in atto è circostanza nota, ma quello che emerge osservando il quadro normativo in essere è che le disposizioni poste a presidio della semplificazione, della celerità e della tempestività più che guardare ad una conclusione “certa” del procedimento amministrativo, guardino ad una conclusione rapida dello stesso²¹. Da questa considerazione discendono una serie di conseguenze pregiudizievoli non solo per l’interesse pubblico, ma anche per lo stesso soggetto nel cui interesse le regole “semplificanti” sono poste²². E le criticità non si arrestano a questo.

2.1. Il tempo del privato. I fragili approdi della protezione apprestata al “bene tempo” nel procedimento e nel processo

Il dubbio che in siffatto contesto si pone è se si possa ritenere che il tempo del privato sia garantito attraverso un sistema di protezione adeguata ed efficace rispetto ad una eventuale lesione dello stesso, protezione che deve essere approntata in ultima analisi in sede giudiziaria, altrimenti siamo al cospetto di un diritto “di carta”²³. Anzitutto, per la difficoltà emersa in

e da questo postulato si è fatto derivare che il potere amministrativo, impeditivo o conformativo dell’esercizio di un diritto fondamentale è sottoposto a decadenza» (come nel caso di d.i.a. e silenzio assenso) e lo stesso Autore, rileva che «il tempo dell’affidamento sugli effetti del provvedimento illegittimo prevale sul presente nel quale si accerta il vizio del provvedimento e si dovrebbe provvedere al ripristino della legalità violata. È il principio di buona fede sub specie di tutela dell’affidamento che legalizza il tempo della illegittimità ed impedisce che il tempo naturale, quello dell’accertamento della illegittimità, possa avere conseguenze. Il tempo dell’affidamento rende certa la conservazione dell’atto ed annulla il tempo naturale che imporrebbe il ripristino della legalità».

²¹ Si vedano le lucide osservazioni di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell’azione amministrativa: spunti per un dialogo*, in questo Volume.

²² Come rilevato da M.A. SANDULLI, da ultimo, in *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l’inesauribilità del potere amministrativo?*, in www.giustizia-amministrativa.it

²³ Come efficacemente può evincersi dalle considerazioni di L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2012, 850 ss. La norma costituzionale assegna al legislatore il dovere di fissare il livello essenziale delle prestazioni di cui la persona umana

giurisprudenza di accedere ad una qualificazione del tempo quale autonomo bene della vita meritevole di tutela risarcitoria²⁴, ma sul punto si tornerà.

L'inadeguatezza dei rimedi processuali²⁵ attualmente attingibili, sia sul piano della tutela specifica che su quello della tutela risarcitoria²⁶ è, tuttavia, un dato di fatto.

Basta a tal fine riflettere sulle problematiche interpretative sorte intorno alla tutela giurisdizionale della tempestività della decisione: l'oggetto del sindacato sul silenzio assenso²⁷, la latitudine del sindacato nel rito avverso il silenzio inadempimento, la (ancora) negata tutela risarcitoria del danno da ritardo mero²⁸, la controversa tutela avverso il provvedimento tardivo,

potrà beneficiare, ma null'altro. L'identificazione delle pretese procedimentali come diritti fondamentali postula la necessaria conseguenza che la loro tutela giurisdizionale debba essere piena. Ma non solo; all'interno del procedimento, se di diritti fondamentali si tratta, deve esservi garanzia della loro piena attuazione.

²⁴ Per un inquadramento del dibattito dalla sua emersione M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e App.*, 2006, 61, che commentano criticamente l'arresto dell'Adunanza Plenaria, Cons. Stato, 15 settembre 2005, n. 7, che di fatto "blocca", divenendo un precedente in sostanza mai superato, l'apertura al riconoscimento del danno da ritardo scisso dalla dimostrazione della spettanza del bene della vita finale. Per riferimenti più recenti di dottrina e giurisprudenza si vedano, oltre a quelli presenti nelle note successive, F. LIGUORI, *L'azione amministrativa, Argomenti e questioni*, Napoli, 2023, spec. 190 ss. e G. MARI, *o.cit.* spec. 297 ss.

²⁵ Sui quali, anche per gli ampi riferimenti, M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 3-2014, 709 ss.

²⁶ Una riflessione di taglio più ampio sul rapporto tra tutela specifica e tutela risarcitoria, anche con segnato riferimento al rito avverso il silenzio, in F. LIGUORI, *L'azione amministrativa, Argomenti e questioni*, Napoli, 2023, 173 ss.

²⁷ Interessanti le riflessioni di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso*, cit., spec. 51 e ss. e di A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un'analisi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 4-2021, 735 ss.

²⁸ Senza alcuna pretesa di esaustività possono vedersi, per ricostruire il dibattito dottrinario, oltre ai contributi già menzionati, M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2, 489 ss.; S. PELLIZZARI, *Inerzia amministrativa e danno da ritardo: il giudice amministrativo tra concetti tradizionali e tendenze innovative*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3, 865 ss.; D'ANCONA, *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *www.giustamm.it*, 2009; T. DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *Giornale dir. amm.*, 2009; M. ANGELONE, *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela risarcitoria*, Napoli, 2010; R. CHIEPPA, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011; M. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012; R. ROLLI, *La voce del diritto attraverso*

ma inefficace²⁹.

Ad esse si accompagna la considerazione che il giudice è uomo del passato, che enuncia con forza normativa le conseguenze giuridiche connesse ad uno stato di cose che appartengono al “già avvenuto”³⁰. Nella vicenda esaminata dal giudice il tempo è stato speso: resta da valutare come sia stato speso e, se sia stato inutilmente speso, se abbia creato un danno; in ogni caso il tempo trascorso non può essere restituito, reintegrato. E dunque, anche alla luce della considerazione che il danno da ritardo può essere riparato soltanto con una tutela per equivalente, la violazione del termine procedimentale dovrebbe essere scongiurata in ogni modo possibile. La tutela del tempo si apprezza nel procedimento, non nel processo perché quand’anche si arrivasse ad estendere il sindacato in ogni ambito, fino a renderlo pieno, comunque la soddisfazione della pretesa (che può essere individuata anche nella pretesa ad avere una risposta tempestiva) sarebbe tardiva rispetto a quando spetterebbe (quindi non realmente satisfattiva, al punto che alcune pronunce hanno riconosciuto in dipendenza del mero ritardo addirittura il danno biologico³¹). E anche la tutela indennitaria, allo

i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo, Milano, 2012; A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013; F. CORTESE, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, 1932 ss.; S. SCREPANTI, *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Giorn. Dir.amm.*, 2015, 3, 378 ss.; G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 348; M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 174; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta amministrativa*, 1-2017, 1 ss. N. POSTERARO, *Brevissime riflessioni sul danno da ritardo*, in *Federalismi.it*, 4, 2015, 9 ss.; G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 371 ss.

²⁹ G. MARI, *L’obbligo di provvedere e i rimedi*, cit., spec. 316 s.; M. CALABRÒ, *L’inefficacia*, cit.; A. SQUAZZONI, *o.cit.*; M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti “semplificazioni”*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2022, 38 ss.; C.P. SANTACROCE, *Sull’inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell’art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2022, 53 ss.

³⁰ Come ricordato da M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza dell’azione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO, *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, vol. II, 57 ss. che riprende il pensiero di G. HUSSERL, *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, 3 ss.

³¹ Si segnala, tra le poche, la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Giorn. dir.amm.*, 7-2011, 742 ss., con commento di A. AVERARDI, *Il Consiglio di Stato e la risarcibilità del danno biologico da ritardo*, nella quale il Collegio ha riconosciuto la sussistenza del danno biologico in conseguenza della violazione del termine di provvedere da parte dell’amministrazione.

stato, dovrebbe intendersi limitata all'attività di impresa e – in ogni caso - condizionata alla previa attivazione dei poteri sostitutivi³². Di certo non può trascurarsi il rilievo che può assumere il dovere di collaborazione del privato nel contribuire affinché l'amministrazione possa svolgere un'istruttoria completa e nel sollecitare l'esercizio della funzione. A tal proposito è di supporto a fini interpretativi anche la tendenza della giurisprudenza a tenore della quale la condotta del danneggiato ha un ruolo fondamentale per la definizione delle conseguenze risarcitorie³³.

Occorre a questo punto interrogarsi su quali siano i passaggi richiesti per contribuire a scongiurare il danno nell'azione di condanna, per come strutturata nel nostro ordinamento. La richiesta di attivazione dei poteri sostitutivi, che è anche presupposto per accedere alla tutela indennitaria³⁴, la presentazione di istanze o diffide, l'azione avverso il silenzio inadempimento tempestivamente proposta³⁵. Anzi, per l'affermazione della responsabilità da condotta omissiva della p.a. continuare a ragionare in termini di silenzio

³² In forza delle disposizioni di cui all'articolo 28 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, in quanto la preconizzata rimodulazione e/o conferma della disciplina ivi dettata con riguardo ai procedimenti amministrativi esclusi non è mai intervenuta.

³³ Emblematica in tal senso la pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 03 maggio 2023, n.7529, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale il Collegio, nel negare la tutela risarcitoria per il lamentato danno da ritardo (stigmatizzando l'adesione alla giurisprudenza maggioritaria che lo collega al previo accertamento della spettanza del bene finale), rileva che, ove in tesi sussistente, «sarebbe comunque conseguenza anche del comportamento inerte del creditore medesimo, nella misura in cui avrebbe dovuto previamente e sollecitamente richiedere all'amministrazione l'attivazione del procedimento di valutazione dell'idoneità costituente il presupposto della riammissione in servizio», riammissione che, nella specie, non era avvenuta. Nella medesima direzione, sempre a voler riprendere gli indirizzi più recenti, Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8299, in *www.giustizia-amministrativa.it*

³⁴ Come ribadito da T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 16 gennaio 2023, n.128, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «Ai fini del riconoscimento del diritto all'indennizzo da mero ritardo, previsto dall'art. 2-bis della legge n. 241/1990, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento, l'istante, entro la scadenza perentoria dei successivi 20 giorni, deve ricorrere all'autorità titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-bis, della legge n. 241/1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato, con la conseguenza che, in assenza di previo ricorso all'autorità titolare del menzionato potere sostitutivo, non sussistono i presupposti per il riconoscimento del diritto all'indennizzo da mero ritardo». In termini anche T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 23 dicembre 2022, n. 3385; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 03 ottobre 2022, n. 6111; sulla distinzione tra istanza risarcitoria e richiesta di corresponsione dell'indennizzo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 20 aprile 2021, n. 4597 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 16 giugno 2020, n. 2417, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁵ Ancora sul punto T.A.R. Lazio, n. 7529 del 2023, *cit*.

può risultare addirittura erroneo³⁶.

Le resistenze che tenacemente la giurisprudenza mostra di avere, ancorate all’antica idea di dover tessere una rete di contenimento alla risarcibilità dell’interesse legittimo, non appaiono fondate su alcuna plausibile ragione giuridica, anzi sembrano apertamente contravvenire a quanto sancito nell’articolo 2-*bis* della legge 241 del 1990. Tale disposizione, nell’affermare la risarcibilità del danno da ritardo e nell’individuare delle conseguenze sul piano indennitario per la violazione dell’obbligo di provvedere tempestivamente, ha chiaramente voluto svincolare questa voce di danno dall’accertamento della spettanza del bene della vita finale, avendo riconosciuto come meritevole di tutela un bene della vita autonomo e diverso da quello correlato all’interesse pretensivo illegittimamente leso³⁷. Nessun avanzamento in termini di effettività della tutela sarebbe, infatti, registrabile se ci si dovesse appiattare sulla linea miope della giurisprudenza maggioritaria. La verità è che nel dare corso alla propria valutazione sugli elementi costitutivi della fattispecie, il giudice è tenuto ad attribuire una specifica rilevanza al fatto sottoposto al suo esame, all’interno del quale deve trovare autonomo spazio la valutazione della situazione individuale del danneggiato³⁸. Quest’ultimo, infatti, non sempre è il cd. *homo economicus* che può rivolgere altrove i propri interessi³⁹, ma anche la persona comune con riguardo alla quale viene in gioco l’individualità del fattore tempo⁴⁰:

³⁶ Sul punto si rinvia alla ricostruzione e alle osservazioni di L. GIANI, *o.cit.*, spec. 2490 ss., la quale riprende la ben nota affermazione di F.G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss., il quale sottolinea che «se l’amministrazione, che legittimamente può assumere un provvedimento sfavorevole (ma che probabilmente può assumere altrettanto legittimamente uno favorevole), ingiustificatamente traccheggia, perde tempo, costringe il privato ad affrontare spese o a prolungare i tempi di eventuali esposizioni finanziarie, può creare danni: tali danni vanno considerati ingiusti e in base ai principi di responsabilità civile vanno risarciti» in quanto «causati con violazione dei principi e delle regole riguardanti (lo svolgimento del) l’azione amministrativa (sono cioè non iure) e colpiscono interessi giuridicamente protetti (sono contra ius)».

³⁷ Come di recente ribadito, sulla scia di Ad. Plen., 5/2018, *cit.*, da Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2024, n. 1576, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ Sull’individualità del concetto di tempo, di grande interesse lo studio di G. DEMARIA, *Sul concetto di tempo* in *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 1974, 9/10, 684 ss., spec. 686, ove si legge che «il tempo non crea le cose, i fatti, gli eventi; e nemmeno non è dato con le cose, i fatti e gli eventi, ma è l’accadere stesso di coteste cose, di cotesti fatti e di cotesti eventi: è il cambiamento del mondo esterno, del nostro universo».

³⁹ Nella prospettiva di F. LIGUORI, *L’azione amministrativa*, cit., 219

⁴⁰ Basta rinviare agli studi di H. BERGSON, *Durata e simultaneità*, 1922, che oppose al concetto di tempo spazializzato per la fisica la concreta esperienza interiore del tempo come durata, e di HUSSERL, *Per la fenomenologia della coscienza interna del tempo*, 1905-

è la tutela della persona in quanto tale e della sua dignità che eleva il tempo a diritto fondamentale⁴¹ e rende l'attività di determinazione del termine massimo per l'evasione della sua istanza una prestazione essenziale, circostanza di cui raramente il giudice sembra aver preso atto⁴².

Quello che emerge, dunque, dall'attuale assetto normativo è che i rimedi di carattere sostanziale pensati per edificare un impianto di istituti che possano agire su tempestività, durata, certezza e stabilità dell'azione amministrativa si rivelano inadeguati in termini di efficacia, al punto da consegnare al giudice la concretizzazione della tutela del diritto al tempo, vanificandone la portata precettiva. E quand'anche si giunga ad affermare la risarcibilità del danno da ritardo mero invocando la lesione dei principi di correttezza e buona fede⁴³, la tenuta degli arresti si rivela instabile⁴⁴. A tal proposito, va anche dato conto della recente

1911, che ripropose il problema metafisico del tempo, per cogliere lo stretto collegamento tra tempo individuale ed esperienza. Con M. HEIDEGGER, poi, si valorizza l'idea che il tempo sia condizione dell'esistenza intesa come "progetto" e insieme come "decisione anticipatrice" che riconosce e accoglie l'invalidabile finitudine esistenziale dell'uomo in quanto "essere per la morte". Sul tema il filosofo torna in *Essere e tempo*, 1927, e in *Tempo ed essere*, 1962.

⁴¹ Nel senso magistralmente espresso da L. FERRAJOLI, *o.cit.*, spec. 157 ss., che riprende Kant ed evidenzia il collegamento tra la dignità della persona e ciò che non ha prezzo.

⁴² Come, ad esempio, Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, *cit.*

⁴³ Nel solco della ricostruzione ribadita dall'Adunanza Plenaria, 4 maggio 2018, n. 5, *cit.*, secondo cui il comma 1 dell'art. 2bis «configura un danno da ritardo che prescinde dalla spettanza del bene della vita oggetto del provvedimento adottato in violazione del termine» e che «deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione».

⁴⁴ Come confermato dal percorso argomentativo poi intrapreso dalla pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen. 23 aprile 2021, n. 7, in *Dir. Proc. Amm.*, 1-2022, 143 ss., con nota di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, che commenta criticamente la resistenza del giudice ad estendere la tutela dell'interesse legittimo ad altre voci di danno osservando che «Ritenere che l'ingiustizia si configuri solo in presenza della lesione del c.d. bene della vita finale significa escludere in radice che un danno ingiusto possa essere arrecato anche ad altri interessi giuridicamente protetti: negare, quindi, la risarcibilità ex art. 2043 c.c. del danno da mero ritardo e, più in generale, di tutti i possibili danni derivanti dal comportamento scorretto della pubblica amministrazione, scorretto in quanto assunto in violazione di una regola procedimentale o di principi come la buona fede o il legittimo affidamento. Non è chiaro come questa posizione possa armonizzarsi con quella che la stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato aveva assunto nella sentenza n. 5 del 2018, la quale, pur senza impegnarsi sulla qualificazione della responsabilità come aquiliana o contrattuale, aveva espressamente riconosciuto, in

linea interpretativa che collega il danno da ritardo ad una ipotesi di danno esistenziale, seppur non negando la necessità che per potervi accedere debba essere accertata la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere⁴⁵.

2.2. *Il tempo dell’amministrazione e la “fatica di amministrare”*

La dimensione individuale del tempo, benché con esiti alterni, ha assunto sicuramente un valore prioritario, ma non meno significativo è il rilievo che oggi acquista il tempo per l’amministrazione, che deve disporre per decidere entro limiti sempre più contingentati e in un contesto sempre più complesso⁴⁶. L’amministrazione era originariamente “padrona”

sintonia con l’orientamento attuale della Cassazione, che l’azione amministrativa procedimentalizzata che si pone in violazione del principio di correttezza e buona fede determina, ove causativa di danno, la responsabilità dell’amministrazione da comportamento illecito, vale a dire una responsabilità affatto autonoma da quella derivante dalla lesione del bene della vita oggetto dell’interesse legittimo e da qualsivoglia valutazione in ordine alla validità del provvedimento». Cfr. anche, sulle conclusioni della Plenaria, le considerazioni di E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l’Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *www.giustiziainsieme.it*, luglio 2021, il quale, proprio sul profilo di interesse in questa sede, rileva che «quale che sia l’esatta natura giuridica della situazione lesa, non sembra in discussione che i danni causati dal comportamento scorretto dell’amministrazione siano meritevoli di risarcimento, anche ove non sia dimostrata la spettanza del bene della vita, a condizione che sia lesa una situazione giuridicamente rilevante, che un pregiudizio sussista effettivamente e che il danno sia debitamente provato. Sotto questo profilo, condizionare l’ingiustizia del danno all’accertamento della pretesa sostanziale può segnare una regressione nella tutela, in contrasto con l’evoluzione riscontrabile in una parte della giurisprudenza». Si veda anche, E. DELLA CORTE, *La natura giuridica della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione al vaglio della Adunanza plenaria. Una questione ancora aperta? (commento alla sentenza n. 7 del 2021 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato)*, in *Riv. giur. europea*, 1-2022, 11 ss.

⁴⁵ Così T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 5 ottobre 2023, n. 748, con commento di M. BOMBARDELLI, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1-2024, 113 ss.

⁴⁶ La recente sentenza della Corte Cost. n. 132 del 2024, *cit.*, descrive la complessità dell’ambiente in cui si trovano a dover operare gli agenti pubblici come un fenomeno che si è progressivamente implementato “sul piano istituzionale, giuridico e fattuale, rendendo più difficili le scelte amministrative in cui si estrinseca la discrezionalità e più facile l’errore, anche grave”. Di notevole interesse è che la Corte richiami a riprova di quanto osservato “alcune tendenze”. In particolare, va notato che “l’individuazione delle norme da applicare al caso concreto sia estremamente problematica e sovente non dia luogo a risultati univoci, a causa di un sistema giuridico multilivello in cui operano fonti di provenienza diversa (eurounitaria, statale, regionale e locale), spesso tra loro non

del proprio tempo. La mancanza di una definizione delle tempistiche procedurali era il riflesso della sua autorità, ma anche quando alcuni procedimenti (specie programmatori) erano assistiti da limiti temporali, sul fronte dei rimedi si percepiva l'assoluta assenza di strumenti di garanzia. Il "quando" dell'esercizio del potere, salve le ipotesi di alcune disposizioni settoriali, era una componente della discrezionalità amministrativa come tale sindacabile attraverso il solo filtro dell'eccesso di potere e del principio di ragionevolezza⁴⁷. I rimedi a tutela del cittadino a fronte dell'inerzia della p.a.⁴⁸ si sostanziano in espedienti processuali che consentivano di adire

coordinate. A ciò si aggiungono le difficoltà interpretative derivanti da una caotica produzione legislativa, alimentata dalla "fame di norme" delle società moderne e dal ricorso frequente da parte della legge a "compromessi dilatori", che trasferiscono quasi interamente sull'amministrazione il compito di determinare l'assetto di interessi ed esigenze tra loro confliggenti. Non meno rilevanti sono "(...) i costanti tagli alle risorse finanziarie, umane e strumentali delle amministrazioni, a causa delle ben note esigenze di bilancio, in presenza di un elevatissimo debito pubblico. Amministrare con mezzi spesso inadeguati accresce il rischio che il dipendente pubblico commetta un errore, che potrebbe essere qualificato in sede di responsabilità amministrativa come frutto di grave negligenza". Alla lista si aggiungono le cd. "tendenze strutturali delle odierne società e dei loro sistemi amministrativi". "Da un lato, il pluralismo sociale e il pluralismo istituzionale si proiettano nei procedimenti amministrativi e nelle istituzioni pubbliche, rendendo sempre più problematica ed esposta alla contestazione la ponderazione di tali interessi in cui si risolve l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Dall'altro, vi è il moltiplicarsi dei rischi provocati dalla stessa attività umana e che spesso sono conseguenze non intenzionali dello sviluppo tecnologico ed economico (rischi ambientali, sanitari, connessi al clima, legati alle dinamiche delle catene globali del valore, finanziari, inerenti alla sicurezza pubblica, et cetera). Sull'agente pubblico si scarica così la difficile scelta tra quale delle due esigenze privilegiare: l'esigenza di precauzione, con i suoi costi, ovvero quella di favorire l'iniziativa economica, la creazione di posti di lavoro, la raccolta di risorse sui mercati finanziari, e cioè tutte attività che, in caso di concretizzazione di qualcuno dei rischi menzionati, sono suscettibili di cagionare danni all'amministrazione e alla collettività. Gli sviluppi sinteticamente richiamati hanno accentuato la "fatica dell'amministrare", rendendo difficile l'esercizio della discrezionalità amministrativa e stimolando, come reazione al rischio percepito di incorrere in responsabilità, la "burocrazia difensiva".

⁴⁷ Sul tema, si rinvia allo studio di A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988. La questione della discrezionalità nel quando, pur sempre attuale, assume contorni differenti nella nuova dimensione tracciata dalla «rivoluzione economica comunicativa», secondo F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2-2023, 215 ss., spec. 220 ss.

⁴⁸ Per F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, spec. 32 ss, l'inerzia è negazione della funzione; G. ABBAMONTE, *Silenzio-rifiuto e processo amministrativo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo*; Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione di Varenna, 18-22 settembre 1986, Milano, 1987, parla di riserva illegittima di potere formata al riparo dell'inazione. L'inazione è

il giudice sul presupposto della formazione di un provvedimento tacito di rifiuto di provvedere.

Nel 1990 la legge sul procedimento interpreta l’esigenza di certezza del tempo dell’azione amministrativa inserendo, non a caso tra i principi dell’attività amministrativa, all’art. 2, l’obbligo giuridico per la p.a. di concludere il procedimento entro un termine certo attraverso l’adozione di un provvedimento espresso. Alla individuazione di un termine si accompagna la previsione di ipotesi tipiche di silenzio significativo che, intervenendo sul piano sostanziale, rispondono agli obiettivi di semplificazione dell’attività amministrativa. Le reazioni della dottrina sono state comprensibilmente di grande entusiasmo e si è avviata una proficua riflessione sulla portata della disposizione⁴⁹.

A fronte di prese di posizione normative tese a stigmatizzare l’essenzialità del fattore tempo nell’esercizio del potere amministrativo si poneva il problema dell’effettività di prescrizioni elevate a rango di meri principi in assenza di reazioni apprestate per la loro violazione. D’altronde, poco più di un ventennio fa, Merusi, pur salutando con estremo favore le disposizioni normative introdotte, *in primis* con la legge generale sul procedimento amministrativo, allo scopo di superare le inerzie patologiche della burocrazia, affermava che la certezza dell’azione amministrativa era ormai nei principi, non sempre nei particolari⁵⁰.

E’ possibile, ormai, affermare che il tempo dell’amministrazione è stato sottratto al suo dominio, ma quando si guarda ad esso sul piano dell’effettività, diversi sono i problemi ancora irrisolti: il nodo della perentorietà del termine che non è affermata espressamente, ma anzi è sconfessata secondo alcune letture⁵¹ dalla novella dell’articolo 2 della legge 241 del 1990 avvenuta in forza della legge n. 120 del 2020⁵², secondo la quale devono essere

l’aspetto negativo della funzione: l’omissione di provvedimento dà luogo ad un fatto di disfunzione amministrativa.

⁴⁹ *In primis*, si veda la monografia di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

⁵⁰ F. MERUSI, *La certezza*, cit.

⁵¹ M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti “semplificazioni”*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2022, 38 ss., spec. 41, secondo la quale «il raffronto tra i termini previsti in via normativa e i tempi effettivi di conclusione del procedimento pare una resa del legislatore nei confronti della pubblica amministrazione, quasi un invito al mancato rispetto del termine di legge; come se quest’ultimo fosse un termine canzonatorio privo di alcuna serietà; come se il legislatore fosse conscio che le norme introdotte si prestano all’ineffettività; come se i principi generali di doverosità e di certezza dei tempi dell’azione amministrativa fossero meramente degli ottativi».

⁵² Il cui articolo 12, lettera a), ha introdotto nel corpo dell’articolo 2 il comma 4-*bis*

resi pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, depotenziando di fatto la cogenza della determinazione *ex lege* delle tempistiche procedurali. Epperò la perentorietà dei termini è affermata nei procedimenti sanzionatori ove è prevista la sanzione della decadenza⁵³.

Ancora, i silenzi tra amministrazioni sono gestiti con meccanismi devolutivi o sostitutivi: il tempo interno rileva in termini di tempestività, ma sorge il problema del sacrificio degli interessi sensibili⁵⁴, per la valutazione dei quali, evidentemente, “non c’è tempo”⁵⁵.

E comunque, anche nel rapporto tra amministrazione e privato, non è così scontato che la logica della sostituzione, pur lodevole nelle intenzioni e rafforzata negli ultimi interventi normativi, possa dirsi davvero appagante⁵⁶. Il “sostituto decisore”, a tenore dell’articolo 2, comma 9-ter, ha la metà del

a tenore del quale «Le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione “Amministrazione trasparente”, i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo».

⁵³ Iastica sul tema, anche per un inquadramento dei diversi orientamenti giurisprudenziali, la pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584, in *www.giustizia-amministrativa.it*

⁵⁴ Cfr. sul tema, R. LEONARDI, *La tutela dell’interesse ambientale tra procedimenti, dissensi e silenzi. Contributo a una riflessione critica sul silenzio assenso nella materia ambientale*, Torino, 2019; G. MARI, “Primarietà” degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi, in *Riv. Giur. Ed.*, 2017, 305 ss.; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 707 ss.; F. LIGUORI, *Tutela dell’ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2020, 3 ss.

⁵⁵ M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. App.*, 2016, 760, ritiene «problematico attribuire alla velocità in quanto tale un rilievo assoluto e, ancor di più, considerare il semplice trascorrere del tempo come un evento capace di produrre implicitamente effetti assimilabili a quelli della valutazione di un interesse da parte dell’amministrazione. In questo senso, l’accelerazione procedimentale operata con il silenzio assenso presenta i rischi tipici dell’eccesso di velocità nella guida dei veicoli, che crescono in modo proporzionale alla potenza del mezzo e alla mancanza di prudenza di chi sta al volante».

⁵⁶ In generale, si può vedere, S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020. Anche con riferimento alle riforme più recenti, cfr., G. MARI, *L’obbligo di provvedere*, cit., 293 ss; M. RAMAJOLI, *o.ult. cit.*, 42 s.; F. CAPOREALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2021, 772 ss.; M. R. SPASIANO, *Poteri sostitutivi e discrezionalità*, in *Annuario 2022, Discrezionalità e amministrazione*, Napoli, 2023.

tempo per decidere. E se nel tempo ordinario l’amministrazione procedente non ha svolto l’istruttoria, è difficile immaginare che la medesima attività possa essere svolta entro un termine dimezzato, sol perché espletata dal titolare dei poteri sostitutivi.

Ugualmente complessa è la questione del cd. “secondo tempo” dell’amministrazione che si sostanzia nel potere di autotutela. Il legislatore si è premurato di assicurarne il contenimento entro un termine massimo (dodici mesi), quando eventualmente incidente su provvedimenti attributivi di vantaggi economici⁵⁷. Tuttavia, anche in questo caso non è detto che garantire il privato sia la soluzione migliore per l’interesse della collettività⁵⁸.

Nell’esaminare il valore del tempo per il privato si registra, dunque, la tendenza ad attribuirvi prevalenza e rilevanza nella logica del mercato e delle scelte economiche: così che l’iniziativa economica che si esprime attraverso la domanda di un atto ampliativo è stata tutelata in ogni modo possibile. Si inaugura, così, la “stagione” dell’atto ampliativo al cui regime corrisponde una iperprotezione degli interessi pretensivi⁵⁹. Ma ci si interroga molto sulle risposte giuridiche da dare all’inerzia, molto meno sulle diseconomie che tali risposte, quando non adeguate, possono generare⁶⁰.

Se ci si pone nella prospettiva della qualità della decisione amministrativa quale corollario indefettibile del diritto ad una buona amministrazione,

⁵⁷ Specifica attenzione a tale profilo è dedicata dallo studio di M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 3-2016, 321 ss.

⁵⁸ Si vedano, se si vuole, S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e “paura di amministrare”*, in *Nuove autonomie*, 3-2020, 725 ss; ID., *Dialogo*, cit.

⁵⁹ Per gli ulteriori riferimenti sul tema sia consentito il rinvio a S. TUCCILLO, *Dialogo con le amministrazioni e neutralizzazione del potere*, Napoli, 2023. Con riguardo ai procedimenti ad iniziativa ufficiosa e agli strumenti di tutela azionabili dai privati interessati alla loro conclusione si rinvia allo scritto di F. FOLIERI, *o. cit.*

⁶⁰ Significativamente sul punto, A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO, A. SCOGNAMILGIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31 ss., spec. 34, «È, infatti, del tutto giustificato il fastidio che il ceto politico, ma più in generale la Comunità nazionale, manifesta nei confronti dell’incapacità delle Amministrazioni pubbliche di provvedere tempestivamente e di provvedere con soluzioni dotate di stabilità nel tempo. Nell’inerzia o nella lentezza delle decisioni pubbliche e nella loro costante instabilità si individua non a torto una delle principali ragioni di ostacolo alla crescita economica, allo sviluppo dell’iniziativa privata, all’attrazione degli investimenti anche stranieri [...]. Quello che pare dubbio è che si possa rimediare a tale problema imboccando quella che pare una scorciatoia, ma che è in realtà un vicolo senza uscita: la strada della semplificazione a mezzo della semplice eliminazione o estinzione del potere pubblico».

non può non venire in rilievo che il diritto ad una buona amministrazione⁶¹ postula la necessità che l'amministrazione decida motivatamente, che provveda, che medi tra gli interessi per arrivare alla soluzione sì tempestiva, ma ponderata, del problema amministrativo⁶². E il problema amministrativo ha portata multipolare, essendo sovente coacervo di diritti ed interessi: diritto alla salute, all'incolumità personale, all'ambiente, sono in molti casi parte della valutazione del soggetto pubblico (o dei soggetti pubblici) in comparazione con le pretese del privato. Sono anzi quei diritti, anche fondamentali, che compongono l'interesse pubblico a presidio dei quali si giustifica l'esistenza stessa del potere autoritativo⁶³.

Quando può definirsi buona la decisione amministrativa? Al pari di qualsivoglia decisione, quando essa è pensata ed è maturata. E la conferma di questa affermazione può trarsi dal principio del risultato⁶⁴ posto in apertura

⁶¹ S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione* (Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «Síndic de Greuges» della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009), in *www.irpa.eu*, 2009, specifica che la buona amministrazione nell'accezione di principio "ha valore "programmatico", costituisce un obiettivo fissato dalla Costituzione e diretto al legislatore. Ha, quindi, una valenza limitata e interna all'apparato statale". Nell'accezione di diritto "si proietta all'esterno della cerchia dello Stato, nella comunità. Conferisce diritti ai quali fanno riscontro obblighi della pubblica amministrazione". Essa è dunque una nozione "gruccia" "alla quale sono legati contenuti diversi". Sul tema, si veda lo studio di A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" a una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012. La buona amministrazione è interpretata come dovere nello studio di G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953 che la definisce quale sintesi di imparzialità e buon andamento: «quando si sostiene la necessità di una buona amministrazione non si vuole far riferimento ad un criterio medio, né precisare che, nello svolgimento di una funzione di qualsiasi natura essa sia, il relativo titolare deve uniformarsi ad un prototipo di buon amministratore ad agire come questo si comporterebbe normalmente, ma si vuole sostenere che quello deve, attraverso la sua attività perseguire i fini che della funzione formano oggetto ed ancora che ciò deve realizzare in maniera quanto più e quanto è meglio possibile in quanto soltanto mediante una buona amministrazione si può ottenere il soddisfacimento del fine insito nella funzione, la tutela cioè di un particolare interesse».

⁶² Secondo la ben nota espressione di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss. e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 333 ss.

⁶³ E si richiede per le manifestazioni di potere destinate ad incidere su tali interessi l'adozione di un provvedimento espresso. Sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, 9 gennaio 2024, n. 414, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1 - 2014, 25 ss.

⁶⁴ «Art. 1. (Principio del risultato). 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità,

del novello codice dei contratti, che guarda alla tempestività come ad un mezzo, non come ad un fine. Ma il pensiero meditato richiede tempo⁶⁵. E anche in un’epoca in cui la macchina amministrativa è immaginata sempre più informatizzata e digitalizzata, essa conserverà, auspicabilmente anche in un futuro meno prossimo, una riserva di umanità⁶⁶: dobbiamo dunque proteggere l’idea che a decidere sia l’uomo e che a quell’uomo occorran tempo e fiducia⁶⁷.

trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva». Per un commento a tale disposizione v. M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. CALABRÒ, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, A. CONTIERI, A. DE SIANO, P. FORTE, M. INTERLANDI, LIGUORI, S. PERONGINI, A. RALLO, R. SPAGNUOLO VIGORITA, M. R. SPASIANO, M. TIBERII, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 11 ss.

⁶⁵ Interessanti le suggestioni che possono trarsi dallo scritto di D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2011, che ha indagato in maniera specifica il tema dei diversi percorsi logico cognitivi che contraddistinguono i “pensieri lenti” e i “pensieri veloci” delle persone e, pur non menzionando il processo decisionale degli apparati complessi, fornisce spunti per distinguere le possibili modalità di elaborazione del pensiero e le diverse conseguenze che possono scaturirne. Ne discende una valorizzazione del pensiero “lento”, che reagisce all’impulso esterno con minore prontezza, ma con minor margine di errore.

⁶⁶ G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell’automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023.

⁶⁷ Sempre nel d.lgs. 36 del 2023, all’articolo 2, è significativo che si trovi codificato il principio della fiducia a tenore del quale «1. L’attribuzione e l’esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Nell’ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l’omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell’attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell’agente pubblico in base alle specifiche competenze

Sarebbe allora forse tempo che al “tempo” dell’amministrazione fosse dedicata attenzione specifica non nel tentativo di diminuirne l’incidenza sulle situazioni individuali che frangono in via diretta l’esercizio del potere. O meglio, non solo. Ma anche nell’ottica di rendere possibile l’assunzione di una decisione espressa, utile e ponderata, considerando la rinuncia alla decisione come una vera e propria lesione di un diritto⁶⁸.

Non è superfluo in tale prospettiva interrogarsi sull’utilità della decisione tardiva. Un caso recente ha portato, infatti, all’attenzione, anche mediatica⁶⁹, il possibile conflitto tra valori costituzionali che può determinarsi, in ipotesi particolari, accedendo alle logiche della decadenza del potere in maniera netta: è il caso della decadenza del potere sanzionatorio dell’Antitrust per effetto del superamento del termine di 90 giorni per la conclusione del procedimento di accertamento dell’infrazione di cui all’articolo 14 della legge n. 689 del 1981. In tale vicenda non era in valutazione *sic et simpliciter* la violazione del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio da parte dell’Authority⁷⁰, ma anche la definizione di quale fosse il corretto bilanciamento tra posizioni contrapposte, assumendo quali termini del rapporto non il diritto di difesa di cui all’articolo 24 Cost. e la tempestività della decisione avente contenuto afflittivo, ma il medesimo diritto di difesa in contrapposizione alla tutela della concorrenza. A tal proposito si osserva che «se il diritto di difesa viene declinato in solitudine, s’apre la strada alla tirannia dei valori paventata da Carl Schmitt, quindi a una deriva autoritaria

e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all’articolo 15, comma 7». In tema, per tutti, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell’articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. CALABRÒ, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, A. CONTIERI, A. DE SIANO, P. FORTE, M. INTERLANDI, LIGUORI, S. PERONGINI, A. RALLO, R. SPAGNUOLO VIGORITA, M. R. SPASIANO, M. TIBERII, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, cit., 43 ss. Il concetto è ripreso anche da Corte Cost., n. 132 del 2024, cit., che valorizza la presa di posizione del codice dei contratti che nel segno dei principi del risultato e della fiducia ha scelto di ridurre la “quota di rischio” a carico dei dipendenti pubblici.

⁶⁸ Secondo G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, Napoli, 2000, 198 e ss., i termini sono la quarta ed ultima nota del tempo giuridico dopo il decorso, la quantità e la misura. Il tempo giuridico è il termine che misura la quantità del decorso necessaria e sufficiente alla produzione di una conseguenza giuridica e ha i termini come nota «determinante».

⁶⁹ Cfr. l’articolo di M. AINIS, *I tempi lunghi dell’Antitrust*, in *Repubblica*, 6 maggio 2023.

⁷⁰ Come invece nel precedente arresto, Cons. Stato, sez. VI, n. 584 del 2021 cit.

del sistema»⁷¹. La complessità della vicenda trae conferma dal fatto che mentre l’articolo 14 della Legge 689/1981 impone all’AGCM di avviare il procedimento istruttorio entro un termine decadenziale di 90 giorni, in relazione alle procedure antitrust condotte a livello europeo la Corte di Giustizia ha, invece, statuito l’obbligo per la Commissione di concludere il procedimento entro un termine *ragionevole*, dando rilevanza alla sostenibilità effettiva delle tempistiche procedurali che caratterizzano istruttorie complesse⁷². Più di recente, in virtù della riferita discrasia tra ordinamenti, il Tar Lazio⁷³ ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione «se l’art. 102 Tfeue, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell’azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall’applicazione dell’art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all’Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l’accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l’Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell’illecito». Di rilievo è la considerazione del Collegio remittente secondo cui l’applicazione meccanicistica dell’art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 «determina che l’eventuale sforamento (anche solo di un giorno) del termine di contestazione si traduce nell’annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento dell’Autorità. Difatti, sebbene l’art. 15 legge 10 ottobre 1990, n. 287, chiarisca che la principale conseguenza dell’accertamento dell’infrazione sia l’intimazione a rimuovere la stessa (essendo la sanzione pecuniaria comminata solo per i casi più gravi), l’unicità dell’atto e, soprattutto, del procedimento determinano che il tardivo avvio di quest’ultimo infici inevitabilmente il provvedimento finale adottato. Pertanto, la pronuncia del giudice investe sia la sanzione pecuniaria, sia eventuali ulteriori disposizioni (es. ordini di cessazione o obblighi di astensione), ponendo sostanzialmente nel nulla l’operato dell’Agcm». La definizione delle tempistiche procedurali deve dunque

⁷¹ M. AINIS, *loc. ult. cit.*

⁷² Il tema dell’adeguatezza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi è affrontato in maniera analitica da S. DE NITTO, *L’incerta durata dei procedimenti. Un’analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3-2021, 783 ss.

⁷³ Sez. I, ord. 1 agosto 2023, n. 12962, in www.giustizia-amministrativa.it. In attesa della decisione del giudice europeo anche in altre questioni in cui è stata eccepita la tardività dell’esercizio del potere sanzionatorio il Tar Lazio ha sospeso il proprio giudizio: si tratta dell’ordinanza del 15 novembre 2023, n. 17065 e del 14 novembre 2023, n. 16971.

essere sostenibile. Bisogna, tuttavia, pur sempre intendersi sul tipo di funzione esercitata nel caso specifico.

3. Il tempo del “terzo” nelle maglie della semplificazione: un problema sostanziale o solo processuale?

Se poi si procede ad esaminare la posizione del cd. “terzo” rispetto ai procedimenti ai quali si applicano le misure di semplificazione “temporalmente orientate”, ci si avvede di una ulteriore lacuna di sistema che si annida laddove la disciplina del “tempo celere” legittima un vero e proprio “baratto” tra interessi, che si traduce in una scelta di prevalenza “a monte” dell’interesse del privato rispetto a quello dei consociati incisi dall’attività da questi avviata.

Un esempio ben noto al dibattito dottrinario e giurisprudenziale è sicuramente rappresentato dalla segnalazione certificata di inizio attività, con riguardo alla quale il conflitto tra interesse del segnalante alla definizione in tempi rapidi e certi della sua legittimazione allo svolgimento dell’attività e l’esigenza di tutelare le situazioni giuridiche del terzo eventualmente da essa compromesse ha rappresentato un problema di difficile soluzione. Circa le tempistiche entro le quali l’amministrazione è tenuta ad esercitare i poteri di controllo ed inhibitoria *ex post*, siano essi doverosi o eventuali, anche all’esito delle pronunce della Corte costituzionale n. 45 del 2019 e n. 153 del 20 luglio 2020⁷⁴, sembra si sia raggiunta una appagante uniformità interpretativa. Ma per l’individuazione del termine entro il quale il terzo può articolare le proprie contestazioni avverso l’avvio dell’attività intrapresa dal segnalante e soprattutto sul contenuto che la pronuncia del giudice può avere rispetto al momento in cui vengono sollecitate le verifiche, ancora non sembra raggiunto un approdo definitivo, al punto che la stessa Corte costituzionale ha sollecitato l’intervento chiarificatore del legislatore⁷⁵.

Infatti, il terzo può attivare la tutela di cui all’articolo 31 c.p.a. fintanto che sia ancora esercitabile per l’amministrazione il potere di controllo laddove, decorsi i termini di quest’ultimo, gli unici poteri sollecitabili sono quelli sanzionatori. In particolare, per superare la questione della eventuale non satisfattività della pronuncia del giudice che intervenga allorché sono

⁷⁴ Su cui. F. LIGUORI, *L’azione amministrativa*, cit., spec. 106 ss.

⁷⁵ Cfr. sul punto la ricostruzione di G. STRAZZA, *Focus la s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Principi e regole dell’azione amministrativa*, cit., 393 ss.

spirati i termini per l’amministrazione, posto che la sollecitazione del terzo non sospende il decorso dei termini, si segnala che secondo una attenta lettura, è sufficiente che il terzo solleciti le verifiche tipizzate nei commi 3 e 4 dell’art. 19 quando ancora la p.a. è titolare del potere di porle in essere, potendo il giudice, a quel punto, ordinarne l’esercizio in caso di inerzia anche in un momento successivo al loro decorso⁷⁶.

È chiaro che a destare perplessità sia la difficile conoscibilità per il terzo dell’avvio di un’attività previa presentazione della s.c.i.a., specie se si considera che il termine di sessanta giorni è ridotto a trenta nel settore edilizio. In sostanza, in tale caso, l’amministrazione e il terzo sono entrambi “vittime” del decorso del tempo: l’amministrazione deve agire tempestivamente per sfruttare appieno i poteri tipici della cd. “parentesi amministrativa”⁷⁷ e il terzo deve sollecitare quegli stessi poteri nei medesimi termini e con altrettanta tempestività per poter ottenere una risposta (sia amministrativa sia eventualmente giurisdizionale) che sia utile.

La questione si è incentrata prevalentemente sul piano della adeguatezza o meno della tutela processuale, ma la riflessione non può prescindere dalla presa in considerazione della sostenibilità del termine sotto il profilo sostanziale, quantomeno nella disciplina della s.c.i.a. edilizia.

A prescindere dall’esempio su illustrato, su un piano generale lo stesso ragionamento potrebbe farsi per tutte le ipotesi in cui viene utilizzato il silenzio assenso. E’, anzi, forse anche superfluo evidenziare come ogniqualevolta si accolga l’idea che per effetto della consumazione del tempo dato il silenzio possa sostituire la decisione espressa, si accetta di rinunciare ad un significativo portato di garanzie, collegate *in primis* alla motivazione, che determina l’impossibilità di verificare *ictu oculi* le ragioni per le quali l’amministrazione ha ritenuto che una istanza, o un progetto di provvedimento sottoposto da altra autorità competente, possano ritenersi assentibili⁷⁸. Il contesto nel quale opera oggi l’amministrazione richiede probabilmente una diversa sensibilità verso concetti quali flessibilità e differenziazione che non possono non confluire tra i parametri di valutazione delle misure più adeguate da introdurre per la semplificazione dei processi decisionali, al pari di proporzionalità e ragionevolezza⁷⁹.

⁷⁶ F. LIGUORI, *La “parentesi amministrativa” della s.c.i.a. e le tutele del terzo*, in *Riv. Giur. Ed.*, 4, 2019, 281 ss.

⁷⁷ Secondo la definizione di Corte cost., n. 45 del 2019.

⁷⁸ Sul punto si rinvia ancora alle considerazioni di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell’azione amministrativa*, cit.

⁷⁹ Cfr. Corte cost. 132 del 2024, cit., nt. 46.

4. Conclusioni. Il difficile compromesso tra decisione giusta e decisione tempestiva riletto nel prisma della stabilità della decisione

Nel fascio di valori collegati al tempo c'è anche la stabilità della decisione. Ma la domanda che su tale profilo occorrerebbe porsi è se una “non decisione” o una decisione sommariamente assunta⁸⁰ siano idonee a resistere al tempo o, meglio, al “secondo tempo” dell'amministrazione. Tralasciando in questa sede l'approfondimento delle criticità che circondano i provvedimenti succintamente motivati (o immotivati) assunti nella logica del “purché si faccia”, occorre porre l'attenzione sulla “tenuta” del provvedimento tacito, che è considerato (non senza perplessità) il vero rimedio all'inerzia.

Come noto, il riferimento alla possibilità di agire in autotutela è espressamente sviluppato nei rinvii presenti sia nell'articolo 20 sia nell'articolo 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990. Nella prima ipotesi, l'amministrazione può riesaminare la decisione in forma tacita, nei termini e alle condizioni di cui agli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*; nella seconda disposizione menzionata, invece, è richiamato esclusivamente l'articolo 21-*nonies* nella misura in cui la decisione tardiva viene investita dalla sanzione dell'inefficacia e pertanto, evidentemente, è consentito un intervento successivo alla consumazione del termine per provvedere soltanto in caso di illegittimità del provvedimento formatosi silenziosamente.

Inutile tacere che la soluzione dell'inefficacia, per quanto sia condivisibile la logica sottesa all'intervento normativo che l'ha elaborata - e cioè quella di indurre l'amministrazione al rispetto delle tempistiche prescritte (attraverso la, invero, meno condivisibile tecnica dissuasiva della “minaccia” della neutralizzazione del potere⁸¹) riconoscendo al contempo la tutela piena dell'affidamento del privato titolare dell'interesse pretensivo - su un piano pratico si pone come un ulteriore fattore di “instabilità” (e di incertezza) e conferma la mancanza di coerenza del legislatore rispetto alla gestione del problema dell'inerzia amministrativa. Anche perché tra le ipotesi richiamate dal comma 8-*bis* rientrano anche fattispecie in cui la decisione tardiva si inserisce nel delicato meccanismo della decisione pluristrutturata in cui non è l'interesse del privato ad essere compromesso in via prioritaria, bensì gli interessi pubblici di cui sono portatrici le altre amministrazioni coinvolte, sui quali si “scaricano” le conseguenze dell'inefficacia.

⁸⁰ Su cui si rinvia, per tutti, allo studio di S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017.

⁸¹ S. TUCCILLO, *Dialogo*, cit.

Affermare che la determinazione tardiva sia inefficace non significa né assumere che sia illegittima, né tantomeno che non esista. Malgrado la linea interpretativa prevalente ricostruisca l’ipotesi dell’atto inefficace in termini di nullità⁸², non può negarsi che la diversa categoria dell’inefficacia incida sulla produzione degli effetti⁸³, ma non sia idonea a decretare l’inesistenza dell’atto dal mondo giuridico⁸⁴. E anche la salvezza del potere di annullamento è una eloquente indicazione in senso contrario.

Sul punto è necessario un chiarimento. Se il legislatore avesse voluto assicurare definitivamente gli effetti prodotti dal decorso del tempo, avrebbe potuto qualificare direttamente l’atto emanato fuori termine come nullo o inesistente e non sarebbe stato necessario ribadire l’applicabilità del potere di cui all’articolo 21-*nonies*, a mo’ di clausola di salvezza di una disposizione probabilmente percepita come troppo ardita per gli interessi non direttamente correlati alla pretesa del privato. Ciò in quanto l’articolo 20, comma 3, già facoltizza l’amministrazione all’esercizio del riesame, analogamente a quanto avviene nelle altre fattispecie che ricadono nell’ambito di applicazione del comma 8-*bis* dell’articolo 2. Il riferimento al potere di annullamento d’ufficio nel contesto di tale disposizione può allora essere interpretato in due modi differenti: o come riferito alla stessa determinazione inefficace, al precipuo scopo di eliminarla definitivamente dal mondo giuridico suggellando l’intangibilità degli effetti del tempo, ovvero alla fattispecie cristallizzatasi attraverso il silenzio. Ma, evidentemente, in quest’ultimo caso ci troveremmo al cospetto di una precisazione ultronea perché è la stessa disciplina del silenzio assenso, richiamata nella disposizione generale e nelle altre disposizioni settoriali, a prevedere la

⁸² M. CALABRÒ, *L’inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co-8 bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso. Primi passi nell’ottica della certezza del diritto*, cit.; M. MACCHIA, *L’inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto-legge “Semplificazioni”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, 173 ss.; G. CORSO, *Silenzio assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, 9 ss.

⁸³ Su cui, in senso specifico, C.P. SANTACROCE, *o.cit.*

⁸⁴ Diversamente opinando si forzerebbe il significato letterale del termine scelto dal legislatore. Come ricordato da N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020, «Tutto nel diritto è parola; nulla, nel diritto e per il diritto, può uscire fuori della parola: parole, dette o scritte, di leggi, decisioni giudiziarie, accordi fra privati e via seguitando. Il problema del diritto s’identifica appieno con il problema del linguaggio». Per F. MERUSI, *Discrezionalità*, cit., 225, l’utilizzo del riferimento al concetto di inefficacia è «un consapevole tentativo del “nuovo” legislatore di descrivere un fenomeno giuridico usando un non linguaggio “specialistico”, ma un linguaggio corrente nella descrizione di fenomeni determinati dalla – o comunque collegati alla – rivoluzione economica comunicativa, nei quali “gli attori” non sono più necessariamente degli “specialisti”».

possibilità di attingere al riesame. Potrebbe allora essere plausibile l'idea che, invocando nuovamente la permanenza del potere di autotutela, il legislatore abbia voluto richiamare l'attenzione dell'amministrazione sul percorso da seguire per emendare l'errore valutativo commesso attraverso l'inerzia e palesato dalla decisione tardiva. Quest'ultima, seppure sia stata resa inopponibile al destinatario della decisione, a tutela dei valori di tempestività, stabilità e certezza, si traduce, in ogni caso, in un indizio inequivocabile della cattiva gestione del potere di amministrazione attiva da parte del decisore e pertanto potrà diventare una fonte di responsabilità per il funzionario e per l'amministrazione cui appartiene.

Da quanto argomentato emerge che la stabilità della decisione ha un "prezzo", determinabile attraverso le logiche del giudizio di responsabilità e contenibile preservando la possibilità per l'amministrazione di fruire di un momento di ripensamento. Potrebbe essere allora valorizzabile la dimensione "sospensiva" del tempo, anche in collegamento con il potere di riesame, come modalità per scongiurare gli effetti pregiudizievoli di una decisione illegittima.

Come è stato ricordato⁸⁵, nel diritto romano al decorso del tempo veniva attribuita una finalità sospensiva: serviva ad «allontanare o stemperare le "prove di forza" che possono accompagnare le relazioni tra gli uomini». L'istituto della sospensione, previsto e disciplinato dall'articolo 21-*quater* della legge n. 241 del 1990, assolve proprio allo scopo di evitare che il perdurare dell'efficacia dell'atto illegittimo o inopportuno possa arrecare danno agli interessi su cui esso è destinato a incidere⁸⁶. All'istituto l'amministrazione attinge quando paventi un pregiudizio grave dall'esecuzione di un proprio atto e doverosamente se ne avvale per un periodo di tempo limitato ad appurare quale siano le sorti che detto atto deve seguire. Le potenzialità applicative della sospensione sarebbero allora da ripensarsi proprio con riguardo a quei provvedimenti assunti all'esito di procedimenti "accelerati" dai percorsi della semplificazione⁸⁷. D'altronde nella disciplina dei contratti pubblici, per scongiurare i pregiudizi

⁸⁵ M. IMMORDINO, *o.cit.*, 58-59.

⁸⁶ Sull'istituto, cfr. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012; M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016; G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, *Commento dell'art. 21 quater. L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2016, 859 ss. e, in generale, F. SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino, 2003.

⁸⁷ In questi termini, S. VILLAMENA, *o. ult. cit.*, spec. 283 ss.

eventualmente scaturenti dall’accertamento giurisdizionale dell’illegittimità dell’aggiudicazione è stato tipizzato l’istituto dello *stand still*, per effetto del quale si prevede legislativamente un tempo di sospensione per la stipulazione del contratto⁸⁸.

Sempre con riguardo alla decisione nel tempo e quindi alla stabilità, al di là del profilo del riesame, emerge il legame col principio del legittimo affidamento: basti pensare ai provvedimenti con i quali vengono riconosciuti incentivi economici per un certo periodo di tempo e ritirati per effetto di una nuova decisione perché il risultato è già stato raggiunto. In tali casi la decisione di interrompere il regime incentivante frustra le legittime aspettative correlate alla stabilità del provvedimento nel tempo⁸⁹. Per evitare di “monetizzare” la lesione arrecata al privato potrebbe trovare spazio l’affermazione del diritto alla rinegoziazione delle condizioni preordinate al rilascio dell’incentivo, ma tale riflessione condurrebbe il ragionamento troppo oltre.

O, ancora, maggiore rilevanza potrebbe riconoscersi al principio di programmazione⁹⁰ che, valorizzato per il perseguimento degli obiettivi di cui al PNRR, assicura la certezza delle scelte e il contenimento dei costi. La calcolabilità del tempo⁹¹ diviene, pertanto, uno snodo centrale nell’apparato di garanzie poste a tutela dell’attività di programmazione che guarda tanto al privato quanto all’amministrazione.

Un’ultima suggestione viene dalle disposizioni settoriali ove è possibile una transazione tra cittadino e pubblica amministrazione sul bene tempo. Il privato può rinunciare al tempo inteso come celerità a fronte di una decisione stabile nel tempo e, dunque, ad esempio, nella scelta tra s.c.i.a.

⁸⁸ In generale, si veda, G. SEVERINI, *Tutela cautelare e standstill*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, vol. V, *Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019.

⁸⁹ Sul punto, con specifico riferimento al regime degli incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, v. M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell’affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Giustiziainsieme*, 2021.

⁹⁰ Su cui, in generale, R. DIPACE, *L’attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. e soc.*, 2017.

⁹¹ Come notato da M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *Federalismi.it*, 18-2022, 151, «Il rilievo del tempo, in questa programmazione per obiettivi, trova la sua chiave costituzionale nel principio di buon andamento: il migliore uso dei mezzi disponibili (efficienza) deve servire al maggior grado di soddisfazione della domanda della società (efficacia). È questa la lettura da dare alla c.d. “logica di risultato”. Non mera questione di organizzazione degli uffici, ma risposta al bisogno di prestazioni essenziali (art. 117, 2° comma, lettera m), Cost.) in una fase socioeconomica in cui assume primaria importanza l’azione propulsiva dei poteri pubblici».

e permesso di costruire (art. 22, comma 7, DPR n. 380 del 2001), può optare per la presentazione di un'istanza formale per il rilascio di un titolo abilitativo espresso, piuttosto che affidarsi alla soluzione senz'altro più celere, ma probabilmente più aleatoria, che lo strumento di liberalizzazione (semplificazione) pare offrire⁹².

Nel quadro su delineato emergono, al netto di tutti i numerosi interrogativi, due considerazioni: la prima è che sul piano della tutela processuale (e parzialmente anche su quello sostanziale) il bene tempo non è ancora adeguatamente tutelato e che, dunque, il privato è ancora esposto alla sua eventuale frustrazione senza poter disporre di rimedi idonei ad impedirne o a ristorarne la lesione; la seconda è che in questa incessante ricerca di soluzioni per far fronte alle esigenze dell'economia si sia dato troppo rilievo al tempo inteso come celerità piuttosto che al tempo declinato in termini di durata e stabilità degli effetti della decisione. Alla luce di quanto detto, forse, siamo al cospetto di un errato bilanciamento tra i valori in gioco – e cioè tra decisione giusta e decisione tempestiva – che necessita di un ripensamento modulato su tutte le possibili variabili del complesso rapporto tra amministrazione e cittadino⁹³.

⁹² Sul tema i riferimenti sono copiosissimi. Per il rilievo svolto in questo passaggio specifico, che stigmatizza la paradossale preferibilità di “fuggire” le misure di semplificazione/liberalizzazione, oltre agli Autori già citati, si rinvia a F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.- s.c.i.a.*, in *Dir.proc. amm.*, 4-2015, 1223 ss.; se si vuole, a S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. Giur. edil.*, 1-2/2016, 141 ss. e a M. CALABRÒ, *Silenzio assenso*, cit., spec. 62-63, che rileva, in particolare, che «al cittadino, in definitiva, deve essere riconosciuta la possibilità di far prevalere il valore della certezza, intesa come prevedibilità della stabilità del bene della vita conseguito, su quello della semplificazione. Quanto prospettato, si badi, comporterebbe solo apparentemente un “passo indietro” rispetto alle politiche di liberalizzazione e semplificazione che ormai da tempo caratterizzano l'evoluzione ordinamentale del nostro Paese. Rendere facoltativo il regime del silenzio assenso, infatti, da un lato, non violerebbe in alcun modo i principi e le regole europee che sovrintendono la tutela della libertà dell'iniziativa economica e della concorrenza, nella misura in cui andrebbe ad operare su fattispecie non liberalizzate, bensì comunque ancora assoggettate ad un regime autorizzatorio; dall'altro lato, si porrebbe nella scia della corretta attuazione di politiche di semplificazione “misurate” non in ragione della mera riduzione degli oneri burocratici o dei tempi procedimentali, bensì nell'ottica del risultato che esse sono in grado di garantire in termini di efficienza dell'azione amministrativa e tutela degli interessi del privato».

⁹³ Su cui si rinvia, ancora, alle considerazioni di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo”*, cit.

SENTENZE E ATTUALITÀ

Giorgio Capra*, Antonio Persico**

*V.Inc.A. e silenzio-assenso endoprocedimentale:
tra garantismo e creazionismo giurisprudenziale
(Nota a CGA, 4 marzo 2024, n. 172)****

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il caso *sub judice* – 3. La ricostruzione in generale del silenzio-assenso operata dal CGA – 4. Il rapporto tra conferenza di servizi e art. 17-*bis* della legge n. 241/1990: alternatività univocamente e non reciprocamente escludente? – 5. Il contrasto dell'art. 14-*ter* l. 241/1990 con l'art. 6 direttiva habitat (non *self-executing*). Profili di (il)legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117, co. 1, Cost. – 6. L'interpretazione “comunitariamente orientata” dell'art. 14-*ter* l. 241/1990 – 7. L'inerzia dell'Amministrazione preposta alla V.Inc.A. nella conferenza di servizi simultanea: una nuova ipotesi di silenzio-dissenso, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14-*ter* l. 241/1990?

1. *Introduzione*

La sentenza in commento¹ pone fine al contenzioso relativo alla legittimità della determinazione conclusiva della conferenza di servizi che ha consentito gli interventi di manutenzione straordinaria da realizzarsi presso la stazione per le trasmissioni radio navali di Niscemi (c.d. NRTF Niscemi), situata all'interno del sito di interesse comunitario (SIC) denominato “Sughereta di Niscemi” e concessa in uso agli Stati Uniti d'America in forza di accordi stipulati nell'ambito della NATO.

Il contenzioso, instaurato su impulso del Comune rimasto inerte in sede di conferenza di servizi, tocca nel vivo le varie dinamiche procedurali e provvedimentali contemplate dalla legge 241/1990.

* Dottore di ricerca in Discipline giuridiche presso l'Università degli Studi Roma Tre.

** Dottorando di ricerca in Discipline giuridiche presso l'Università degli Studi Roma Tre.

*** Il presente scritto è frutto di una riflessione condivisa tra i due autori. I paragrafi 1 e 2 sono stati scritti congiuntamente dai due autori, i paragrafi 3 e 4 sono da attribuirsi a Giorgio Capra mentre i successivi paragrafi da 5 a 7 sono da attribuirsi ad Antonio Persico.

¹ La pronuncia è stata commentata anche da V. FALCO, *Il silenzio delle amministrazioni nell'ambito della Conferenza di Servizi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2024, 4, 499-510.

Il motivo per cui tale pronuncia si ritiene meriti un approfondimento è, invero, duplice.

Da un lato, infatti, risaltano le considerazioni di ordine generale sull'operatività del silenzio-assenso in generale e all'interno della conferenza di servizi. A riguardo, colpiscono, particolarmente, l'impegno sistematico e l'afflato garantista con cui il CGA procede alla ricostruzione del sistema, sia pur addivenendo a conclusioni talvolta opinabili.

Dall'altro lato, invece, sorprende la creatività dell'itinerario seguito dal Giudice di appello siciliano, che è giunto a ravvisare, sulla base di una discutibile interpretazione dell'ordinamento euro-unitario e dei rapporti di quest'ultimo con quello nazionale, una nuova ipotesi di silenzio-dissenso in sede di conferenza di servizi decisoria non espressamente prevista dall'art. 14-ter l. 241/1990.

Anche in ragione della rilevanza dei profili 'di sistema' sottesi alla pronuncia e della sua ricchezza argomentativa e contenutistica, nelle pagine che seguono l'analisi si concentrerà su ciascuno di tali profili, a valle della sintesi dei passaggi argomentativi principali dell'arresto in esame.

2. *Il caso sub judice*

Al fine di meglio inquadrare la fattispecie concreta, è rilevante osservare che gli interventi da realizzare riguardavano opere ricadenti all'interno di un sito facente parte della rete Natura 2000 e, quindi, necessitavano, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. 357/1997, lo svolgimento della Valutazione di Incidenza Ambientale (c.d. V.Inc.A). Coerentemente, quindi, tra le Amministrazioni invitate dal Ministero della Difesa a partecipare alla conferenza di servizi simultanea per l'approvazione degli interventi in parola figurava anche il Comune di Niscemi, competente ai sensi della legge regionale siciliana n. 13/2017 al rilascio della V.Inc.A.

In seguito ad alcune riunioni della conferenza di servizi – nell'ambito delle quali il Comune aveva richiesto i pareri dell'Ente Gestore della Riserva Naturale Orientata e della Soprintendenza, ritenuti necessari ai fini della V.Inc.A. – veniva convocata dal Ministero della Difesa un'ulteriore riunione, cui – però – il Comune preannunciava non avrebbe partecipato dal momento che non aveva ancora ricevuto i pareri richiesti. Senonché, a tale ultima riunione, il Ministero della Difesa adottava una determinazione conclusiva della conferenza di servizi di segno positivo, *inter alia* ritenendo acquisito l'assenso incondizionato del Comune di Niscemi in ragione della

mancata partecipazione alla riunione e della mancata espressione di alcuna determinazione.

Il Comune agiva così per l'annullamento della determinazione dinanzi al competente TAR, che accoglieva il ricorso² ritenendo applicabile alla fattispecie l'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990 e, quindi, non formato il silenzio-assenso del Comune per mancato decorso del termine di novanta giorni previsto dal comma 3 del citato art. 17-*bis*.

Avverso la pronuncia di accoglimento, il Ministero della Difesa proponeva appello dinanzi al CGA, lamentando l'erroneità della sentenza nella parte in cui aveva affermato l'applicabilità al caso di specie del silenzio-assenso orizzontale di cui all'art. 17-*bis* anziché dell'art. 14-*ter* l. 241/1990.

La sentenza in commento, nell'accogliere l'appello, ha ritenuto non applicabile, nella vicenda sottoposta al suo esame, l'art. 17-*bis* l. 241/1990. Sorprendentemente, però, il CGA non ha seguito il tenore letterale dell'art. 14-*ter*, escludendo la possibilità di ravvisare, a fronte dell'inerzia del Comune, un silenzio significativo di assenso. Piuttosto, il Collegio ha equiparato tale silenzio a un dissenso e ne ha quindi predicato la superabilità, da parte dell'Amministrazione procedente, in nome di motivi imperativi di rilevante interesse pubblico. Secondo il Giudice di appello siciliano, tale conclusione sarebbe in linea con quanto previsto dalla direttiva 92/43/CEE; tuttavia, trattandosi di una soluzione altamente creativa, che difatti pretende di integrare/modificare il testo dell'art. 14-*ter* l. 241/1990, appare doverosa una riflessione in termini di effettiva coerenza con il diritto dell'Unione e con il dettato costituzionale, che riserva alla Corte costituzionale il sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi.

3. La ricostruzione in generale del silenzio-assenso operata dal CGA

Prima di esaminare *funditus* la doglianza sollevata dal Ministero, il CGA ha ritenuto di dover preliminarmente analizzare, in generale, l'istituto del silenzio-assenso³.

² Con sentenza TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 11 novembre 2022, n. 3159.

³ Per un inquadramento generale del silenzio-assenso si vedano: G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedurali della P.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 283 e ss.; nonché C.E. GALLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 272 e ss.; M. D'ORSOGNA e R. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 968 e ss.; E. SCOTTI, *Il silenzio-as-*

Innanzitutto, il silenzio-assenso viene inquadrato in termini di comportamento legalmente tipizzato⁴ cui la legge ricollega la produzione di effetti equivalenti a quelli del provvedimento di accoglimento sicché «*ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo a una domanda non conforme a legge*»⁵.

Secondo il CGA, infatti, non risulterebbe sostenibile la tesi secondo cui il silenzio-assenso potrebbe formarsi unicamente laddove sussistano i requisiti sostanziali per lo svolgimento dell'attività previsti dalla legge: considerare i requisiti di validità del provvedimento formatosi *per silentium* alla stregua di elementi costitutivi finirebbe per frustrare l'esigenza di semplificazione cui l'istituto è riconducibile e comporterebbe la sottrazione di ampie porzioni dell'azione amministrativa dalla disciplina dell'annullabilità. In effetti, la tesi secondo cui sarebbe consentito all'Amministrazione rilevare, senza particolari vincoli, il mancato perfezionamento del silenzio-assenso frustrerebbe l'interesse del privato e l'obiettivo di semplificazione che, invece, «*si realizza precludendo l'esercizio del potere (primario) di provvedere col decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi silenziosamente formatosi*»⁶.

Secondo il CGA, peraltro, tale soluzione risulterebbe confermata da numerose disposizioni della legge n. 241/1990 e, in particolare: a) dall'art.

senso, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 654 e ss.. Sul tema, si vedano anche: M. CALABRÒ, *Silenzio-assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10, 21-63; L. GIANI, *Art. 20. Silenzio-assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 411 e ss.; M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti "semplificazioni"*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2022, 1, 38-52. In argomento, restano un riferimento le riflessioni di F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, 715 ss; nonché AA.VV., *Il silenzio della pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 23-25 settembre 1982*, Milano, 1985.

⁵ Sulla concezione del tempo sottesa all'istituto del silenzio-assenso in termini di tempo 'celere' e sull'opportunità, invece, di perseguire e garantire un tempo 'certo' e 'giusto' dell'azione amministrativa, si vedano gli scritti – in questo *Volume* – di M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto" nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo*; e S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa: un percorso di studio*.

⁴ Cfr. § V.1. della sentenza in commento, specie il passaggio in cui si legge: «*L'istituto del silenzio-assenso risponde ad una valutazione legale tipica di equiparazione schiettamente effettuale in forza della quale l'inerzia equivale a provvedimento di accoglimento*».

⁵ Cfr. § V.1. della sentenza in commento.

⁶ Cfr. § V.1. della sentenza in commento.

21-*nonies* nella parte in cui prevede il potere di annullare d'ufficio anche il provvedimento formatosi *per silentium*, con ciò confermando che «*la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto*»⁷; *b*) dall'art. 2, comma 8-*bis*, che sanzionando con l'inefficacia i provvedimenti adottati dopo la formazione del silenzio-assenso consente esclusivamente l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio; *c*) dall'art. 20, comma 2-*bis*, laddove prevede che l'Amministrazione è tenuta a rilasciare su richiesta del privato un'attestazione circa il decorso del termine per provvedere e, quindi, della formazione del silenzio-assenso; *d*) dall'abrogazione dell'art. 21, comma 2, che disponeva l'applicazione delle sanzioni previste per il caso di esercizio in difetto o in difformità dal titolo autorizzativo anche per chi avesse dato avvio all'attività in forza dell'intervenuta formazione del silenzio-assenso ma in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente; *e*, infine, *e*) dall'art. 21, comma 1, che in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni, non ammette la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli 19 e 20, da cui si desumerebbe che «*in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque*»⁸.

Tanto premesso in linea generale sull'istituto del silenzio-assenso, la sentenza prosegue con la disamina delle eccezioni normativamente previste all'operatività di tale meccanismo sia nell'ipotesi sottesa all'art. 20 della legge n. 241/1990, relativa ai rapporti tra Amministrazione e privato, sia nel diverso caso di silenzio-assenso nei rapporti tra pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 17-*bis*. Sul punto, il CGA osserva che tanto nell'ipotesi di silenzio-assenso verticale quanto nell'ipotesi di silenzio-assenso orizzontale (oltre che nell'ipotesi di conferenza di servizi semplificata di cui all'art. 14-*bis*) il meccanismo non possa operare qualora il diritto dell'Unione Europea richieda l'adozione di provvedimenti espressi. Viceversa, in presenza di c.d. interessi sensibili, il meccanismo del silenzio-assenso è escluso unicamente per l'ipotesi di cui all'art. 20 laddove, nel caso di rapporti tra pp.AA., è unicamente previsto un termine maggiore – novanta giorni anziché gli ordinari trenta – entro cui l'Amministrazione co-decidente deve esprimersi.

L'opera di interpretazione sistematica degli articoli 2, 20, 21 e 21-*nonies* della legge n. 241/1990 portata avanti dal Collegio merita qualche

⁷ Cfr. § V.2. della sentenza in commento.

⁸ Cfr. § V.2. della sentenza in commento.

considerazione.

La ricostruzione del CGA ha il pregio di consolidare l'indirizzo 'garantista'⁹ che vede unicamente nella sussistenza dei c.d. 'requisiti formali' il presupposto per la formazione del silenzio-assenso¹⁰. L'unico profilo che risulta distonico rispetto all'adesione alla tesi 'garantista' è quello in cui il CGA sembra affermare, sia pure implicitamente, che il provvedimento non possa formarsi *per silentium* nel caso di dichiarazioni false o mendaci.

Invero, com'è stato giustamente osservato¹¹, l'attuale tenore dell'art. 21 co. 1 più che indicativo della volontà di attribuire all'Amministrazione il potere di intervenire *ex post* sul provvedimento formatosi *per silentium* con un potere ulteriore e diverso rispetto a quello di annullamento d'ufficio, sembra frutto di una svista del Legislatore. Con il d.l. n. 35/2005 è stato, infatti, espunto dall'art. 20 il riferimento alla possibilità di procedere alla 'sanatoria' dei vizi del provvedimento formatosi in virtù del meccanismo del silenzio-assenso. Venuto meno il riferimento alla 'sanatoria' del provvedimento formatosi in forza del meccanismo del silenzio-assenso, a rigore, l'art. 21 co. 1 dovrebbe essere ritenuto privo di un'autonoma portata precettiva con l'effetto che dovrebbe sempre essere «*ricondata al paradigma dell'art. 21-nonies anche la reazione alla falsità e mendacio di cui all'art. 21, comma 1, non riguardando quest'ultima disposizione poteri ulteriori rispetto a quelli di intervento ex post alle condizioni dell'art. 21-nonies l. n. 241*»¹².

⁹ In giurisprudenza si segnalano, *ex multae*: Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746, con nota di A. PERSICO, *Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità*, in *www.giustiziainsieme.it*, 6 ottobre 2022; Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2661; Cons. St., sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7774, con nota di C. COMMANDATORE, *Le trappole delle semplificazioni: il silenzio-assenso*, in *Urb. e app.*, 2023, 6, 742 e ss.; TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, 17 ottobre 2023, n. 319; Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383; e Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11203. In dottrina, da ultimo: M.A. SANDULLI, *Silenzio-assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 2022, 1, e ivi ulteriori richiami; e M. CALABRÒ, *Silenzio-assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10.

¹⁰ *Contra*, di recente: Cons. St., sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8489; TAR Sicilia, Catania, sez. V, 16 agosto 2023, n. 2532; TAR Lazio, Roma, sez. IV-ter, 26 ottobre 2023, n. 15918; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 5 gennaio 2024, n. 124; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 17 gennaio 2024, n. 61.

¹¹ Sul punto, si vedano: G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A. cit.*, 318 e M. CALABRÒ, *Silenzio-assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione cit.*, 47.

¹² Così G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A. cit.*, 318.

4. *Il rapporto tra conferenza di servizi e art. 17-bis della legge n. 241/1990: alternatività univocamente e non reciprocamente escludente?*

Dopo aver analizzato l'istituto del silenzio-assenso e le eccezioni previste alla sua operatività, la sentenza passa ad affrontare la diversa questione dei rapporti tra gli istituti della conferenza di servizi¹³ e del silenzio-assenso tra pubbliche Amministrazioni¹⁴.

Infatti, come accennato, il TAR Palermo aveva annullato il provvedimento del Ministero della Difesa autorizzatorio in contestazione sul presupposto che non si fosse formato il silenzio-assenso del Comune per mancato decorso del termine di novanta giorni previsto dall'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990.

Il CGA osserva immediatamente che le differenti discipline recate dagli articoli 14 e ss. e 17-*bis* «sono indicative di due differenti ed autonomi istituti di semplificazione procedimentale nell'ambito dei quali il silenzio-assenso opera secondo regole in parte distinte»¹⁵ e, quindi, procede ad analizzare separata-

¹³ In generale, sulla conferenza di servizi si v. S. TRANQUILLI e G.B. CONTE, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 511 e ss.; C.E. GALLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 275 e ss.; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 706 e ss.; S. BATTINI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016.

¹⁴ Sul silenzio-assenso tra pubbliche Amministrazioni si vedano: F. APERIO BELLA, *Il silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17-bis della l. n. 241 del 1990)*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016, 257 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio-assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, 2015, 20, 1-11; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 283 e ss.; C.E. GALLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 263 e ss.; G. MARI, *Il silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 854 e ss.; P. MARZARO, *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *www.giustamm.it*, 30 settembre 2021; Id., *Certezze e incertezze sul silenzio-assenso tra amministrazioni*, in *www.giustamm.it*, 30 dicembre 2015; Id., *Silenzio-assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 2016, 19; G. SCIULLO, *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 30 maggio 2016; E. SCOTTI, *Il silenzio-assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 e ss.; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di silenzio tra pubbliche amministrazioni*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare*, Napoli, 2017, 185 e ss..

¹⁵ Cfr. § VIII.3. della sentenza in commento.

mente le ipotesi di conferenza di servizi e di c.d. silenzio-assenso orizzontale.

L'istituto della conferenza di servizi – in entrambe le sue modalità semplificata, di cui all'art. 14-*bis*, e simultanea, di cui all'art. 14-*ter* – è volto alla coordinata e celere gestione di procedimenti in cui è necessario ottenere atti di assenso comunque denominati da parte di più pubbliche Amministrazioni, anche competenti in materia di interessi sensibili. In particolare, prosegue la sentenza, la conferenza di servizi c.d. semplificata è caratterizzata dalla fissazione di termini perentori entro cui le Amministrazioni partecipanti debbono richiedere integrazioni istruttorie e pronunciarsi con riferimento alla decisione oggetto della conferenza.

In caso di Amministrazioni deputate alla tutela degli interessi sensibili, è previsto che le relative determinazioni possano essere rese nel termine di novanta giorni anziché nell'ordinario termine di quarantacinque giorni. Peraltro, ai sensi del comma 3 dell'art. 14-*bis*, le determinazioni delle Amministrazioni partecipanti, oltre che motivate, debbono essere rese in termini di assenso o di dissenso e indicare in modo chiaro e analitico le condizioni o prescrizioni necessarie ai fini dell'assenso, specificando se tali "prescrizioni o condizioni" sono riconducibili a un vincolo normativo o derivante da un atto amministrativo generale o, ancora, sono discrezionalmente apposte. Sicché, ai fini della conclusione della conferenza, si avrà assenso dell'Amministrazione partecipante, oltre che nel caso di assenso e salvo che il diritto dell'Unione Europea imponga l'adozione di un provvedimento espresso, anche nelle ipotesi di silenzio, di dissenso immotivato o non motivato ai sensi del comma 3 (art. 14-*bis*, co. 4).

A differenza dell'ipotesi precedente, precisa il CGA, la conferenza c.d. simultanea è caratterizzata dalla fissazione di una riunione cui le Amministrazioni sono tenute a partecipare, sicché se ne intenderà acquisito l'assenso incondizionato, oltre che nell'ipotesi di un voto espresso in tal senso, anche in caso di omessa partecipazione alla riunione, di astensione o di omessa espressione o di espressione di un dissenso non pertinente in quanto riferito a questioni non costituenti oggetto della conferenza.

L'istituto del silenzio-assenso tra pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 17-*bis* è ritenuto 'similare' a quello della conferenza di servizi c.d. semplificata poiché anch'esso contraddistinto «*dall'assegnazione di un termine entro il quale le Amministrazioni interpellate potranno richiedere chiarimenti e dovranno comunicare il proprio assenso, concerto o nulla osta all'Amministrazione procedente*»¹⁶. Nell'ipotesi in cui vengano in rilievo interessi sensibili, il termine entro il quale le Amministrazioni sono tenute

¹⁶ Cfr. § VIII.6. della sentenza in commento.

a pronunciarsi è elevato dagli ordinari trenta a novanta giorni e ciò per la contrarietà del Legislatore all'inerzia amministrativa, punita con «*la più grave delle "sanzioni" ed il più efficace dei "rimedi", ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento*»¹⁷.

Richiamando il parere 13 luglio 2016 n. 1640¹⁸ reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, il CGA opportunamente evidenzia che il campo di applicazione dell'istituto riguarda unicamente la fase decisoria, stante il fatto che l'Amministrazione procedente è tenuta ad inviare all'Amministrazione co-decidente uno 'schema di provvedimento', che – all'evidenza – impone di ritenere che sia stata già svolta un'istruttoria completa.

Inspiegabilmente, a fronte di una corretta individuazione della *ratio* e del campo di applicazione dei due istituti, i rapporti tra conferenza di servizi e silenzio-assenso orizzontale vengono ricostruiti nei non condivisibili termini di una loro concorrenza e, in particolare, di «*rapporto di alternatività univocamente e non reciprocamente escludente*»¹⁹. Nella ricostruzione del CGA, infatti, sarebbe «*possibile il ricorso alla Conferenza di Servizi nei medesimi casi in cui è consentito avvalersi del silenzio-assenso orizzontale di cui all'art. 17-bis*»²⁰. Infatti, alla luce del parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato e stante la natura generale dell'istituto di cui all'art. 17-bis, la formazione del silenzio-assenso orizzontale farebbe venir meno la necessità di procedere alla convocazione della conferenza di servizi che, quindi, in tale ipotesi, avrebbe unicamente la funzione di addivenire al 'superamento' del dissenso espresso sullo 'schema di provvedimento'.

Data la sostanziale equivalenza tra gli istituti, «*la scelta tra la Conferenza di Servizi e l'istituto del silenzio-assenso orizzontale [...] è rimessa alla discrezionalità della Amministrazione procedente*»²¹.

La valutazione discrezionale compiuta dall'Amministrazione dovrà, comunque, tenere in considerazione che il meccanismo di cui all'art. 17-bis prevede la trasmissione di uno 'schema di provvedimento' sicché la presenza di interessi pubblici eterogenei «*dovrebbe indurre l'Amministrazione*

¹⁷ Cfr. § VIII.6.1. della sentenza in commento.

¹⁸ Su cui si v. A. BERTI SUMAN, *Il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17-bis, legge n. 241/90): dovere di istruttoria e potere di autotutela*, in *Foro amm.*, 2016, 6, 1657 e ss., e G. SCIULLO, *Gli "interessi sensibili" nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 30 settembre 2016.

¹⁹ Cfr. § VIII.7.7. della sentenza in commento.

²⁰ Cfr. § VIII.7.2. della sentenza in commento.

²¹ Cfr. § VIII.7.3. della sentenza in commento.

procedente a preferire [...] l'indizione di una Conferenza di Servizi»²².

Nel ragionamento del Collegio, il rapporto di alternatività univocamente e non reciprocamente escludente emergerebbe in considerazione del fatto che, se l'Amministrazione ritiene di utilizzare il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale non perde la possibilità di una successiva convocazione di una conferenza di servizi, laddove l'opzione di utilizzare il modulo della conferenza di servizi sottende «una scelta logicamente irreversibile rispetto all'opzione alternativa offerta dall'art. 17 bis»²³. Senonché, tale affermazione viene immediatamente precisata nel senso che il rapporto di reciprocità escludente opererebbe unicamente tra silenzio-assenso orizzontale e conferenza di servizi semplificata e – sorprendentemente – non anche con riferimento all'ipotesi di svolgimento della conferenza in modalità simultanea²⁴.

Il CGA si sofferma, poi, sulle conseguenze della scelta: conferenza semplificata e silenzio-assenso orizzontale differiscono, oltre che per i termini entro i quali le Amministrazioni sono chiamate a pronunciarsi, anche in relazione ai presupposti per la configurabilità del silenzio-assenso. Infatti, nell'ipotesi di cui all'art. 17-bis anche l'espressione di un dissenso immotivato è idoneo ad impedire la formazione di un implicito assenso, mentre in sede di conferenza di servizi semplificata l'espressione di un dissenso immotivato (o, comunque, non congruamente motivato ai sensi dell'art. 14-bis co. 3) è equiparata all'espressione di un assenso incondizionato.

Così chiariti i rapporti tra conferenza di servizi e art. 17-bis, il CGA afferma l'erroneità della sentenza del TAR: nel procedimento che ha portato all'adozione del provvedimento impugnato, infatti, il Ministero della Difesa aveva optato direttamente per il modulo della conferenza di servizi in modalità sincrona, sicché alla fattispecie risultava applicabile unicamente l'art. 14-ter e non già l'art. 17-bis.

La *ratio decidendi* merita, tuttavia, di essere approfondita.

La decisione del TAR è stata, infatti, ritenuta errata nella parte in cui aveva sostenuto non si fosse determinato il silenzio-assenso del Comune di Niscemi in ragione del mancato decorso del termine di novanta giorni decorrenti dall'integrazione documentale richiesta. In particolare, secondo il CGA la conferenza di servizi sincrona – quand'anche convocata direttamente ai sensi dell'art. 14-bis co. 7 –

²² Cfr. § VIII.7.6. della sentenza in commento.

²³ Cfr. § VIII.7.7. della sentenza in commento.

²⁴ Il CGA ha infatti affermato che «la disciplina dell'art. 14 ter L. n. 241/1990 non si pone in rapporto di concorrenzialità con l'art. 17 bis L. n. 241/1990, potendo assolvere ad una funzione complementare simile a quella intercorrente con l'art. 14 bis L. n. 241/1990», cfr. § VIII.7.9. della sentenza in commento.

sarebbe «*contraddistinta da un unico termine, ossia quello di conclusione del procedimento, e non anche da termini di fase procedimentali per eventuali richieste istruttorie*»²⁵. Sicché, nelle parole del Collegio, «*pur essendo ammissibili in quanto non espressamente escluse, eventuali integrazioni istruttorie potranno essere disposte sempre nel rispetto del predetto termine di conclusione dei lavori [della conferenza, n.d.r.] che non potrà essere superiore a novanta giorni dalla prima riunione*»²⁶.

Tanto la ricostruzione dei rapporti tra gli istituti di cui agli artt. 14 e ss. e 17-*bis* della legge n. 241/1990 in termini di loro generale alternatività, quanto la interpretazione assolutamente restrittiva relativamente al termine di conclusione della conferenza di servizi simultanea sollevano talune perplessità.

Per quanto riguarda il primo profilo, risulta poco convincente l'affermazione secondo cui sussisterebbe una generale equivalenza tra conferenza di servizi e silenzio-assenso orizzontale di talché l'Amministrazione procedente avrebbe – in ogni caso – discrezionalità nello scegliere quale modulo procedimentale seguire.

In effetti, già il parere del Consiglio di Stato n. 1640/2016, pur ammettendone la compatibilità con il dato letterale dell'art. 17-*bis*, aveva evidenziato la criticità di una simile interpretazione, segnalando che l'equivalenza tra conferenza di servizi e silenzio-assenso orizzontale «*pur essendo in linea di principio condivisibile, trova, tuttavia, un ostacolo nella diversa disciplina dei meccanismi per il superamento dei “contrast”*», rispettivamente disciplinata dal comma 2 dell'art. 17-*bis* e dall'art. 14-*quinquies* dello schema di decreto legislativo»²⁷.

Invero, un'interpretazione coerente delle disposizioni degli artt. 14 e ss. e 17-*bis* induce a ritenere che il campo di applicazione della conferenza di servizi e del silenzio-assenso orizzontale debbano essere tenuti ben distinti.

La conferenza di servizi decisoria, come si desume chiaramente dal tenore testuale dell'art. 14 co. 2, si caratterizza come un modulo procedimentale generale, applicabile ogniqualvolta «*la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni*» ovvero «*Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche*». La legge,

²⁵ Cfr. § VIII.8.3. della sentenza in commento.

²⁶ Cfr. § VIII.8.3. della sentenza in commento.

²⁷ Cfr. Cons. St., Commissione speciale, parere 13 luglio 2016, n. 1640.

quindi, impone la convocazione della conferenza di servizi tanto laddove l'attività del privato sia subordinata a distinti provvedimenti abilitativi di competenza di diverse Amministrazioni quanto nel caso in cui siano necessari più atti di assenso a rilevanza endoprocedimentale, prodromici all'emanazione di un unico provvedimento²⁸.

Al contrario, nonostante l'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore nell'art. 17-*bis*²⁹, il campo di applicazione del silenzio-assenso orizzontale appare assai più ristretto di quello della conferenza di servizi. Innanzitutto, il riferimento testuale ad atti di assenso necessari all'adozione di un (unico) provvedimento è stato ritenuto indice idoneo a restringerne il perimetro applicativo agli atti di assenso a rilevanza meramente endoprocedimentale, intesi non «*come frutto di procedimenti autonomi, a sé stanti, separati, capaci di produrre effetti giuridici esterni, bensì strumentali all'adozione di un (unico) provvedimento*»³⁰. Già sotto questo primo profilo appare poco condivisibile l'affermazione del CGA di una equivalenza tra art. 17-*bis* e conferenza di servizi anche laddove debba essere acquisita una V.Inc.A., provvedimento 'autonomo' con rilevanza esterna e adottato all'esito di un procedimento differente e distinto. Peraltro, è stato condivisibilmente osservato che il perimetro applicativo del silenzio-assenso orizzontale dovrebbe essere ulteriormente ristretto: ferma l'esclusione degli atti di assenso costituenti veri e propri provvedimenti autonomi, l'applicabilità dell'art. 17-*bis* anche in caso di interessi sensibili e la sua collocazione nella fase decisoria del procedimento amministrativo suggeriscono di ritenere – pena il contrasto con i limiti all'operatività del meccanismo di semplificazione identificati dalla Corte costituzionale³¹ –

²⁸ S. TRANQUILLI e G.B. CONTE, *La conferenza di servizi* cit., 516.

²⁹ L'ampia formulazione del disposto dell'art. 17-*bis* per F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio-assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della L. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 754; «*rischia di creare più ombre che luci*».

³⁰ Così P. MARZARO, *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso* cit., 1. Per l'A., infatti, l'istituto «*si applicherebbe ai casi di un unico procedimento, nel quale si innestano uno o più subprocedimenti, tipicamente finalizzati a produrre l'effetto di consentire l'adozione del provvedimento finale, e non, invece, a procedimenti connessi, volti all'emanazione di una pluralità di provvedimenti autonomi e tutti collegati dall'essere volti a consentire medesimi attività o intervento*».

³¹ Identificati – da Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196 – nella necessità di una «*compiuta rappresentazione ed esplicita rappresentazione di tali interessi [sensibili] nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative*». In argomento si vedano anche: Corte cost., 1° luglio 1992, n. 307; 13 novembre 1992, n. 437; 12 febbraio 1996, n. 26; nonché, più di recente, 28 novembre 2022, n. 236. Sulla

che il silenzio-assenso orizzontale possa operare «*nei soli casi di cogestione o di potere decisorio complesso affidato a due diversi apparati pubblici entrambi competenti a curare il medesimo specifico interesse*»³². A voler ritenere altrimenti, infatti, si verificherebbe un inammissibile *vulnus* ai principi di specializzazione e competenza delle pp.AA., impropriamente estromettendo le Amministrazioni competenti dallo svolgimento dell'istruttoria e dalla elaborazione della decisione amministrativa di loro competenza.

In tale prospettiva, non potrebbe trovare cittadinanza alcun rapporto di generale alternatività univocamente e non reciprocamente escludente tra conferenza di servizi e silenzio-assenso orizzontale.

In presenza di atti di assenso costituenti provvedimenti autonomi, l'unico modulo procedimentale applicabile è quello della conferenza di servizi; laddove, invece, vengano in rilievo assensi a rilevanza meramente endoprocedimentale, anche a voler ammettere che il numero delle Amministrazioni coinvolte risulti elemento neutro rispetto al problema relativo all'identificazione del modulo procedimentale applicabile³³, una alternatività tra conferenza di servizi e silenzio-assenso orizzontale potrebbe residuare solamente nel caso di coincidenza dell'interesse pubblico tutelato dalle Amministrazioni co-decidenti. Nel diverso caso in cui gli assensi endoprocedimentali debbano essere resi da una pluralità di Amministrazioni deputate alla tutela di interessi non coincidenti, infatti, il modulo procedimentale applicabile dovrebbe essere sempre quello della conferenza di servizi.

Peraltro, oltre a determinare una confusione tra due istituti caratterizzati da un diverso perimetro applicativo, non sembra che rimettere, in via generale, alla discrezionalità dell'Amministrazione la scelta del modulo

criticità del meccanismo del silenzio-assenso tra pubbliche Amministrazioni anche in ragione della giurisprudenza della CGUE e della Corte costituzionale in materia di tutela dell'ambiente si v. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio-assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, 2015, 20, 5-8; nonché G. SCIULLO, *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 30 maggio 2016 e S. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, 2019, 1.

³² In questi termini G. MARI, *"Primarietà" degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio-assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 5, 316.

³³ Tesi, invero, sostenuta in via principale da Cons. St., comm. spec., 2016, n. 1640, in cui si legge: «*La tesi secondo cui l'art. 17-bis trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi da parte di più Amministrazioni opera la conferenza di servizi, rappresenta in effetti, quella che fornisce il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa*».

procedimentale da seguire qualora siano coinvolte più pp.AA. possa dirsi scelta coerente con il principio di imparzialità. E ciò, si badi, non tanto perché l'Amministrazione non possa, nei limiti previsti dalla legge, decidere di governare il procedimento secondo il proprio ragionevole, proporzionato e logico apprezzamento, quanto perché la scelta del 'modulo' procedimentale incide profondamente – come peraltro evidenziato dallo stesso CGA – sul suo esito. A fronte della medesima vicenda, l'Amministrazione procedente, laddove intenzionata a 'osteggiare' la positiva conclusione del procedimento potrebbe optare per il modulo procedimentale dell'art. 17-*bis*, caratterizzato dal fatto che anche l'espressione di un dissenso immotivato da parte delle altre Amministrazioni è preclusivo rispetto alla positiva conclusione dell'*iter* procedimentale. Se, invece, tendenzialmente 'favorevole', l'Amministrazione procedente potrebbe convocare direttamente una conferenza di servizi, in cui per aversi un esito sfavorevole l'eventuale diniego da parte delle altre Amministrazioni non potrà essere immotivato ma dovrà rispettare i più rigorosi limiti previsti dall'art. 14-*bis* co. 3 (per il caso in cui la conferenza si svolga in modalità semplificata) ovvero dall'art. 14-*ter* co. 3 (per il caso di conferenza simultanea).

Per quanto riguarda, invece, l'interpretazione assolutamente rigida del termine di conclusione della conferenza di servizi simultanea, occorre evidenziare che l'orientamento propugnato dal CGA, se applicato anche alle conferenze di servizi avviate a seguito di istanza di parte, rischia di determinare degli effetti gravemente pregiudizievoli per il privato. Infatti, l'affermazione della sentenza secondo cui – pur essendo possibile per le Amministrazioni partecipanti formulare eventuali richieste istruttorie – la conferenza di servizi decisoria dovrebbe in ogni caso concludersi entro l'originario termine, rischia di trasformare quello che dovrebbe essere uno strumento a favore dell'amministrato contro il rischio della 'frammentazione' della decisione e di comportamenti inerti e dilatori delle Amministrazioni in una 'trappola'³⁴. A voler accogliere tali coordinate

³⁴ L'espressione è tratta da M.A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in www.giustiziainsieme.it, 2 giugno 2020. In generale, sulla *ratio* delle misure di semplificazione non può non condividersi quanto osservato dall'A. in M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 270, dove si legge che «le misure di semplificazione e liberalizzazione sono, sì, volte a rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa, ma sono altrettanto inequivocabilmente finalizzate a garantire i diritti dei singoli costituzionalmente tutelati e di volta in volta coinvolti nel procedimento amministrativo attivato e non possono quindi provocarne un sostanziale indebolimento».

interpretative, infatti, laddove non sia possibile – magari anche dal punto di vista tecnico – riscontrare le eventuali richieste di supplemento istruttorio effettuate dalle Amministrazioni partecipanti alla conferenza entro gli stringenti termini previsti dagli art. 14 e ss., il privato vedrà verosimilmente concludersi la conferenza con una determinazione negativa. Sul punto, deve peraltro segnalarsi che – condivisibilmente – in via di prassi alcune Amministrazioni consentono, previa manleva per gli eventuali danni derivanti dal superamento del termine di conclusione del procedimento, il ‘rinvio’ della riunione della conferenza di servizi anche oltre il termine previsto dalla legge per la sua conclusione, così da permettere all’amministrato di supplire all’eventuale *deficit* istruttorio e ottenere una determinazione conclusiva della conferenza di segno positivo.

5. Il contrasto dell’art. 14-ter l. 241/1990 con l’art. 6 direttiva habitat (non self-executing). Profili di (il)legittimità costituzionale, in relazione all’art. 117, co. 1, Cost.

Affermata, dunque, l’applicabilità alla fattispecie dell’art. 14-ter della legge n. 241/1990, il Collegio dubita della coerenza della disciplina nazionale in tema di conferenza dei servizi simultanea con il diritto dell’Unione europea. Nello specifico, il dubbio si pone in quanto l’art. 14-ter l. 241/1990, a differenza degli articoli 14-bis³⁵ e 17-bis³⁶, non fa salvi «i casi in cui disposizioni del diritto dell’Unione europea richiedono l’adozione dei provvedimenti espressi», sorgendo così l’interrogativo se possa ritenersi acquisito, ai sensi del 7° comma dell’art. 14-ter, l’assenso incondizionato dell’Autorità preposta alla V.Inc.A. (nel caso di specie, il Comune di Niscemi) la quale abbia omesso di manifestare, nel corso della conferenza, la propria posizione sull’oggetto del procedimento.

Difatti, leggendo tra le righe della pronuncia in commento, s’intuisce che la risposta affermativa al quesito appena prospettato striderebbe con la direttiva 92/43/CEE (cd. direttiva habitat), e in particolare con il suo art. 6, il cui par. 3 impone l’assoggettamento a una specifica valutazione di incidenza (V.Inc.A.) per qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso o necessario alla gestione di un sito (anche solo proposto) della Rete Natura 2000, ma in grado di avere incidenze significative sul sito

³⁵ Si veda, per l’esattezza, il comma 4 di tale articolo.

³⁶ Si veda, anche in questo caso, il comma 4 dell’articolo menzionato nel testo.

stesso, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti³⁷. In base a tale normativa, affinché non sia compromesso il raggiungimento degli obiettivi di conservazione del sito in questione, l'intervento pianificatorio o progettuale potrà essere realizzato – di regola – solo in caso di V.Inc.A. favorevole, allorché le Autorità nazionali competenti, alla luce del principio di precauzione, abbiano acquisito la certezza circa l'assenza di effetti pregiudizievoli per l'integrità del sito³⁸.

Invero, la necessità di svolgere in ogni caso una V.Inc.A. completa e accurata è stata ribadita dalla Corte di Giustizia, la quale ha evidenziato che «*la valutazione effettuata ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva «habitat» non può pertanto comportare lacune e deve contenere rilievi e conclusioni completi, precisi e definitivi atti a dissipare qualsiasi ragionevole dubbio scientifico in merito agli effetti dei lavori previsti sul sito protetto*»³⁹. Inoltre, anche laddove lo Stato membro intenda far leva sul par. 4 dell'art. 6 dir. habitat, e quindi invocare la sussistenza di motivi imperativi di rilevante interesse pubblico atti a giustificare l'autorizzazione dell'intervento nonostante il rischio di un significativo pregiudizio per l'integrità del sito, la Corte ha precisato che gli effetti del piano o del progetto devono essere comunque previamente analizzati, conformemente alle disposizioni del cenato par. 3⁴⁰. Tali approdi ermeneutici risultano, peraltro, coerenti con l'idea

³⁷ La V.Inc.A. è necessaria anche nelle ipotesi in cui l'intervento pianificatorio o progettuale ricada all'esterno del territorio del sito protetto e dunque della Rete Natura 2000, purché vi sia un rischio di incidenze significative su tale sito: cfr. Corte di Giustizia, Sez. II, 26 aprile 2016 in causa C-142/16, punto 29, richiamata altresì dalla Commissione nella comunicazione C(2018) 7621 final del 21 novembre 2018 (*Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* 25.01.2019 - (2019/C 33/01) recante il documento dal titolo «Gestione dei siti Natura 2000 - Guida all'interpretazione dell'articolo 6 della direttiva 92/43/CEE». Coerentemente con il principio di precauzione, un piano o progetto può essere esentato dalla V.Inc.A. solo laddove possa essere escluso, sulla base di elementi obiettivi, che esso, da solo o in combinazione con altri piani o progetti, pregiudichi significativamente il sito in questione: cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 7 settembre 2004, in causa C-127/02, punti 44 e 45, richiamata dalla giurisprudenza successiva. In dottrina, sui presupposti applicativi della V.Inc.A. si vedano M. BROCCA, *La valutazione di incidenza*, in N. FERRUCCI (a cura di), *Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo*, II ed., Pioltello (Mi), 2018, 147 ss.; A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Milano, 2014, 737 ss.

³⁸ Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 7 settembre 2004, in causa C-127/02, punti 55-58, richiamata dalla giurisprudenza successiva.

³⁹ Cfr. Corte di Giustizia, Sez. VI, 16 luglio 2020 in causa C411/19, punto 49, nonché gli ulteriori richiami giurisprudenziali ivi indicati.

⁴⁰ Cfr. Corte di Giustizia, Sez. VI, 16 luglio 2020 in causa C411/19, punti 51 e 52,

di sviluppo sostenibile consacrata nell'art. 11 TFUE, secondo cui le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente devono essere sempre valutate e valorizzate nella definizione e nell'attuazione delle decisioni e delle azioni pubbliche⁴¹.

Tornando quindi alla pronuncia in commento, essa perviene alla condivisibile considerazione per cui il procedimento di V.Inc.A, nel rispetto della direttiva habitat, deve concludersi con un provvedimento formale espresso, e tale provvedimento deve essere corredato di una adeguata motivazione in grado di dar conto delle complesse valutazioni svolte nel procedimento e, se del caso, degli "accorgimenti" ai quali subordinare la realizzazione dell'intervento. A chiare lettere, poi, si afferma che un simile onere motivazionale è incompatibile con una pronuncia tacita⁴².

Appurato quindi che la direttiva habitat osta a un regime procedimentale in virtù del quale possa intendersi tacitamente acquisita la V.Inc.A. a fronte dell'inerzia dell'Autorità preposta, il CGA passa a valutare se la disciplina in tema di conferenza di servizi simultanea si ponga effettivamente in contrasto con la direttiva europea.

In limine, non pare superfluo a chi scrive ricordare che, in un ordinamento di *civil law* come quello italiano, l'interpretazione giuridica della legge si configura come un'attività cognitiva (e non volitiva) che implica l'ascrizione di significato ad enunciati normativi (significanti): interpretare, dunque, non è mai creare⁴³. D'altro canto, anche a voler seguire la nota distinzione di crisafulliana memoria⁴⁴ tra disposizione e norma, resta pur sempre fermo che, una volta ricavata dalla disposizione la norma, l'attività interpretativa cessa e l'interprete non può certo spingersi a emendare la norma stessa, pena la violazione dell'art. 101, comma 2, Cost.⁴⁵.

laddove si afferma altresì che «La conoscenza di tale incidenza, con riferimento agli obiettivi di conservazione relativi al sito in questione, costituisce infatti un presupposto imprescindibile ai fini dell'applicazione dell'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva «habitat», dato che, in assenza di tali elementi, le condizioni di applicazione di tale disposizione derogatoria non potrebbero essere valutate».

⁴¹ In argomento, tra i contributi più recenti, si veda F. ROLANDO, *L'attuazione del principio di integrazione ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in DPCE online, Sp-2/2023; ID., *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020; R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 1/2021, 12 ss.

⁴² Cfr., in particolare, i §§ VII.3 e IX.4.1. della pronuncia in commento.

⁴³ Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, Enc. Dir., IX, Milano, 2016, 391 ss.

⁴⁴ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.

⁴⁵ Sul tema della soggezione del Giudice (amministrativo, in particolare) alla legge si veda A. COIANTE, *La soggezione del Giudice «soltanto alla legge» e le più recenti tendenze creative della giurisprudenza amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'a-*

Ciò premesso, pare evidente che a giudizio del Collegio, il paventato contrasto, tra l'art. 14-ter, co. 7, l. 241/1990 (che prevede, senza eccezioni, l'acquisizione dell'assenso incondizionato dell'Amministrazione rimasta inerte in sede di conferenza di servizi) e la direttiva habitat (che impone, in ogni caso, l'effettivo svolgimento della V.Inc.A.), effettivamente sussista⁴⁶, giacché il menzionato limite alla formazione del silenzio-assenso previsto dagli artt. 14-bis, co. 4 e 17-bis, co. 4, della legge n. 241/1990 non viene ritenuto operante nell'ambito della conferenza simultanea per una serie di convergenti ragioni, puntualmente elencate. Innanzitutto, perché il silenzio-assenso è la regola e i limiti alla sua formazione sono le eccezioni: non può farsi applicazione analogica delle eccezioni alla regola, dal momento che ciò integrerebbe una violazione dell'art. 14 preleggi. In secondo luogo, s'invoca l'argomento *ubi voluit, dixit*. Da ultimo, ma non per importanza, v'è il rilievo sistematico per cui la disciplina della conferenza di servizi simultanea mira ad assicurare un apprezzamento congiunto e contestuale degli interessi pubblici coinvolti, consentendo di addivenire a una sintesi degli stessi sulla base di un giudizio qualitativamente diverso e più intenso rispetto a quello proprio della conferenza di servizi semplificata: di qui la diversa disciplina di cui all'art. 14-ter (rispetto a quella di cui all'art. 14-bis), la quale trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di sanzionare e contestualmente porre rimedio alla condotta di qualsiasi Amministrazione inerte che si sottragga al dialogo istituzionale volto ad assicurare la corretta e ponderata valutazione degli interessi in rilievo.

Pertanto, sulla base di queste convergenti argomentazioni, non sembra dubbio che il Collegio abbia ravvisato il paventato contrasto tra l'art. 14-ter e gli obblighi promananti dalla dir. habitat.

Orbene, a parere di chi scrive, l'attività interpretativa si arresta qui. Infatti, una volta acclarato, sulla base di una pluralità di argomenti, che il significato dell'art. 14-ter, ovvero, se si preferisce, che la norma che da esso si ricava, è nel senso di considerare come assenso l'inerzia di qualsiasi Amministrazione convocata alla conferenza simultanea che si sottragga al dialogo istituzionale, ivi inclusa l'Autorità preposta alla V.Inc.A., non resterebbe che prendere atto del contrasto della normativa interna con la direttiva europea e sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto dell'art. 14-ter con l'art. 117, co. 1, Cost.. D'altronde, è proprio il Collegio a escludere che la questione possa essere autonomamente risolta attraverso la diretta applicazione dell'art. 6 dir. habitat e la speculare non

zione amministrativa, IX ed., Milano, 2023, 105 ss.

⁴⁶ Cfr. il punto IX.3. della pronuncia in commento.

applicazione dell'art. 14-ter, co. 7, l. 241/1990⁴⁷, sul rilievo che non si è in presenza di una (norma di) una direttiva *self-executing*.

La Corte costituzionale, a sua volta, se fosse stata investita della questione e la avesse ritenuta fondata, avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità del comma 7 dell'art. 14-ter attraverso una c.d. «*pronuncia lessicalmente additiva volta a operare una riduzione normativa*»⁴⁸ del predetto articolo nella parte in cui prevede l'operatività del silenzio-assenso nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

Tuttavia, la sentenza prosegue.

6. L'interpretazione "comunitariamente orientata" dell'art. 14-ter della legge n. 241/1990

Il CGA reputa di poter risolvere il delineato contrasto autonomamente, attraverso un'interpretazione "comunitariamente orientata" dell'art. 14-ter della legge n. 241/1990.

A sostegno di tale opzione, il punto IX.4.2. della pronuncia menziona innanzitutto la sentenza "Marleasing" della Corte di Giustizia⁴⁹, la quale riafferma i principi di diritto già enunciati nella precedente sentenza 10 aprile 1984, resa in causa C-14/83, secondo cui «*l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali*», derivandone che «*nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme*

⁴⁷ Condivisibilmente, il Giudice amministrativo siciliano d'appello rileva sul punto che la direttiva Habitat non è *self-executing* e che dunque è inidonea a spiegare efficacia diretta in caso di omesso o erroneo recepimento.

⁴⁸ Cfr. C. LAVAGNA, *Sulle sentenze "additive" della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, II, Milano, 1970, 1131 ss., il quale, in realtà, comunque nega che le pronunce cd. additive possano produrre nuovi effetti normativi non imputabili al Legislatore, dal momento che esse produrrebbero pur sempre effetti riduttivi delle conseguenze normative di singoli atti legislativi; per una diversa prospettiva, secondo cui le pronunce additive correggono l'ordinamento secondo Costituzione e sono espressione di un'attività di produzione normativa si v. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.

⁴⁹ Corte di Giustizia, Sez. VI, 13 novembre 1990, in causa C-106/89.

precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato»⁵⁰.

Senonché, dal momento che la soluzione cui addiviene il CGA (come a breve di vedrà) fa leva proprio sul dovere di leale collaborazione gravante sugli Stati membri ai sensi dell'art. 4, par. 3 TUE, è bene precisare che la decisione "Marleasing" non ha di certo inteso imporre il raggiungimento "a ogni costo" degli obiettivi delle direttive europee inidonee a produrre effetti diretti, attraverso la disapplicazione giudiziale della normativa interna contrastante⁵¹.

Invero, la Corte ha affermato l'obbligo per il Giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, ma tale obbligo, evidentemente, non si estende al punto di imporre al Giudice nazionale di non applicare comunque

⁵⁰ I riferimenti normativi sono riferiti al Trattato CEE e vanno evidentemente "aggiornati" ai corrispondenti articoli del TUE e del TFUE, ovvero, rispettivamente, all'art. 4, par. 3, TUE e all'art. 288, par. 3, TFUE.

⁵¹ Il giudizio *a quo* era stato instaurato dalla società Marleasing la quale domandava l'accertamento giudiziale della nullità dell'atto costitutivo della società per azioni convenuta per essere stata quest'ultima costituita senza causa (lecita) e comunque al fine esclusivo di frodare i creditori. Ciò avrebbe comportato la violazione degli artt. 1261 e 1275 del *código civil* in tema di validità ed efficacia dei contratti in generale, uniche norme invocabili data l'assenza, nel diritto spagnolo all'epoca vigente, di previsioni specifiche in ordine ai requisiti di validità e di efficacia dei contratti associativi di società per azioni. Di contro, la convenuta eccepiva il carattere tassativo dell'elenco di cui all'art. 11 dir. 68/151/CEE, concernente le ipotesi di nullità applicabili alle società per azioni, elenco il quale non prevedeva la mancanza di causa (lecita). Il Giudice del rinvio aveva dunque investito la Corte del quesito «*se l'articolo 11 della direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, che non è stata attuata nel diritto interno, sia direttamente applicabile al fine di impedire la dichiarazione di nullità di una società per azioni per una causa diversa da quelle elencate in detto articolo*». Orbene, la sentenza "Marleasing" da un lato esclude che la direttiva possa esser fatta valere direttamente nei rapporti tra privati, e dall'altro sembra suggerire che la nullità prospettata *sub specie* di mancanza di causa (lecita) possa "corrispondere" all'ipotesi di cui all'art. 11, par. 2, lett. b) dir. 68/151/CEE, a condizione che l'oggetto della società venga considerato per come descritto nel contratto associativo e non sia invece valutato alla stregua dell'attività effettivamente posta in essere. Vale a dire, è come se la Corte avesse indicato, quale interpretazione conforme alla direttiva, quella per cui il vaglio sulla liceità della causa deve essere ristretto alla valutazione della liceità dell'attività che costituisce l'oggetto sociale per come descritto dall'atto costitutivo o dallo statuto, senza valutare l'attività *ex post* realizzata; se così non fosse, d'altronde, non si capirebbe perché mai la Corte si soffermi sulla previsione di cui all'art. 11, par. 2, lett. b) dir. 68/151/CEE, una volta esclusa la possibilità di farne applicazione diretta tra le parti.

la normativa interna ovvero di emendare il diritto positivo nazionale, presupponendo invece che sia possibile fornire, di una previsione interna la cui compatibilità comunitaria sia dubbia, un significato coerente con gli obblighi promananti dalla direttiva⁵². A ogni modo, a fugare ogni dubbio (derivante dall'ambigua formulazione letterale di una pronuncia frutto di una stesura evidentemente frettolosa) è la giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia, la quale, nel citare il caso *Marleasing*, specifica che «*il principio del primato del diritto dell'Unione impone, in particolare, ai giudici nazionali, al fine di garantire l'effettività dell'insieme delle disposizioni del diritto dell'Unione, di interpretare, per quanto possibile, il loro diritto interno in modo conforme al diritto dell'Unione*»⁵³. L'espressione “per quanto possibile” non lascia invero adito a dubbi circa il fatto che il Giudice nazionale non debba disapplicare o emendare la normativa interna a fronte di disposizioni non *self-executing* contenute in direttive non recepite o mal recepite. In definitiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia non impone affatto ai Giudici nazionali uno sforzo teso a garantire l'effetto utile delle direttive – inattuate o mal recepite – “a ogni costo”, dal momento che proprio la giurisprudenza euro-unitaria presuppone che esista un significato della normativa nazionale compatibile con gli obblighi promananti dalla direttiva, limitandosi dunque a richiedere di prediligere tale significato. Nel caso di specie, al contrario, quello che sorprende è che, dopo essere giunto a predicare l'impossibilità di fornire un'interpretazione dell'art. 14-ter l. 241/1990 compatibile con la direttiva *habitat* sulla base della normativa nazionale, ostandovi il chiaro tenore di tale articolo unitamente al divieto di applicazione analogica delle regole eccezionali scolpito nell'art. 14 preleggi, il Giudice nazionale (il CGA) s'interroghi su come poter aggirare questo divieto, e in definitiva su come poter interpolare l'art. 14-ter, co.7, in modo da renderlo compatibile con l'obbligo di effettivo svolgimento della V.Inc.A. imposto dall'art. 6 dir. *habitat*⁵⁴.

⁵² Sul punto, le conclusioni dell'Avvocato generale Van Gerven, in larga misura accolte dalla Corte, specificavano che «*L'obbligo di fornire un'informazione conforme alla direttiva si impone ogni volta che la disposizione di legge nazionale può, in qualche misura, essere soggetta ad interpretazione. Il giudice nazionale deve allora, tra i metodi di interpretazione in vigore nel suo sistema giuridico, dare la precedenza al metodo che gli consente di dare alla disposizione di diritto nazionale di cui trattasi un significato compatibile con la direttiva*».

⁵³ Corte di Giustizia, Sez. VIII, 4 maggio 2023, in causa C-78/22.

⁵⁴ Invero, il CGA non tenta neppure la strada di valorizzare il rinvio mobile effettuato dall'art. 1 della legge 241/1990 ai «*principi dell'ordinamento comunitario*». In argomento, vds. G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., 133 ss.

La pronuncia in commento, per suffragare la possibilità di risolvere, autonomamente, l'antinomia riscontrata in ordine alla compatibilità euro-unitaria all'art. 14-ter l. 241/1990 (anche in relazione all'art. 117 Cost.) cita altresì le sentenze della Corte costituzionale n. 356/1996 e n. 190/2000: la prima specifica che *«le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»*, di talché è inammissibile una q.l.c. avente ad oggetto una norma suscettibile di interpretazione costituzionalmente orientata; la seconda, usando le parole del CGA che a sua volta richiama quelle della Corte, *«adatta il medesimo principio ai rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, affermando che, così come l'interpretazione conforme a Costituzione deve essere privilegiata per evitare il vizio di incostituzionalità della norma interpretata, analogamente l'interpretazione non contrastante con le norme comunitarie vincolanti per l'ordinamento interno deve essere preferita, dovendosi evitare che lo Stato italiano si ritrovi inadempiente agli obblighi comunitari»*.

Tuttavia, anche questi richiami appaiono fuori asse. Infatti, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 190/2000, ritiene possibile un'interpretazione conforme a Costituzione e al diritto comunitario della disposizione scrutinata sulla base di argomenti testuali e sistematici. Non è superfluo ricordare, invece, che, proprio sulla base di argomenti testuali e sistematici (vds. il precedente § 5), nel caso di specie, il CGA, era giunto ad affermare la generale operatività del silenzio-assenso, senza eccezioni, in sede di conferenza di servizi simultanea, quale sanzione e rimedio all'inerzia di qualsiasi Amministrazione chiamata a partecipare attivamente al dialogo istituzionale tipico di tale modulo procedimentale. Del pari, nella sentenza n. 356/1996, *«la Corte aveva di fronte un contrasto giurisprudenziale, sul quale il remittente non aveva preso chiara posizione»*⁵⁵, mentre nel caso esaminato dal CGA non vi è un contrasto giurisprudenziale che sottende una pluralità di interpretazioni astrattamente possibili dell'art. 14-ter per quanto concerne il profilo della formazione del silenzio-assenso a fronte dell'obbligo di adozione di provvedimenti formali espressi imposto dal diritto dell'Unione; inoltre, per usare ancora le parole di autorevole dottrina, il criterio dell'interpretazione conforme *«opera già nella fase dell'identificazione degli esiti interpretativi possibili, ma ovviamente entro il campo semanticamente definito dal tenore letterale della norma, che non può essere scavalcato nemmeno facendo*

⁵⁵ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 129.

*valere l'esigenza armonizzante sottesa all'interpretazione conforme*⁵⁶, pena «la torsione del sindacato [accentrato] di costituzionalità verso la sua diffusione», conseguendone che «al testo della legge si fa dire quel che non permetterebbe di dire, così determinandosi l'esercizio da parte dei giudici comuni del potere di ripristinare la legalità costituzionale violata, che non posseggono»⁵⁷.

Difatti, è significativo che il Collegio si spinga a formulare una conclusione che, ragionevolmente, avrebbe richiesto una pronuncia “additiva” della Corte costituzionale: occorre “estendere” in coda all’ultimo periodo dell’art. 14-ter, co. 7, l. 241/1990 la clausola di esclusione (“*Fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell’Unione europea richiedono l’adozione di provvedimento espressi*”) prevista dall’art. 14-bis co. 4 della legge n. 241/1990.

Ma non è tutto.

Ancor di più sorprende il passaggio che precede questa conclusione, il quale esprime la modalità in cui il CGA è concretamente pervenuto alla citata “interpretazione comunitariamente orientata”.

Orbene, la sentenza dichiara di aver disapplicato l’articolo 14 delle preleggi, che prevede il divieto di applicazione analogica di norme d’eccezione, per rilevato contrasto con l’art. 4 del TUE nella parte in cui sancisce il dovere per gli Stati membri di adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle Istituzioni dell’Unione Europea.

Fermo quanto sopra detto a proposito della portata della giurisprudenza “Marleasing”, è sufficiente segnalare ora i seguenti dubbi circa la correttezza di una simile soluzione.

Innanzitutto, si rileva che l’art. 4 TUE diverrebbe, così opinando, il grimaldello per fare applicazione diretta di tutte le direttive europee inattuate, a prescindere dalle caratteristiche proprie delle relative disposizioni (carattere *self-executing*), sfumando in definitiva la distinzione con i regolamenti.

In secondo luogo, ammesso e non concesso che si possa disapplicare nel caso di specie l’art. 14 preleggi in quanto contrastante con l’art. 4 TUE, osterebbe comunque alla conclusione raggiunta l’art. 12 preleggi, letto alla luce degli artt. 70, co.1, Cost. («*La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*») e 101, co. 2, Cost. («*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*»).

Come noto, l’art. 12 preleggi contempla, al comma 2, il criterio dell’interpretazione analogica, *sub specie di analogia legis* (in caso di

⁵⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 93.

⁵⁷ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 138 s.

lacuna si applicano le disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe) e di *analogia iuris* (la quale prevede il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato). Il presupposto applicativo dell'art. 12, co. 2, preleggi, come si evince dal suo incipit («*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione*») è che vi sia una lacuna ordinamentale, un vuoto di disciplina che sia effettivamente tale e non invece l'omissione intenzionale del Legislatore di reiterare, per alcune fattispecie, previsioni altrove sancite, di talché «*non semplicemente perché una disposizione normativa non preveda una certa disciplina, in altre invece contemplata, costituisce ex se una lacuna normativa, da colmare facendo ricorso all'analogia ai sensi dell'art. 12 preleggi*»⁵⁸.

In altri termini, non è ammissibile una «*analogia abrogans*», la quale porti in via ermeneutica alla modifica di una disciplina frutto di precise scelte del Legislatore.

Sul punto, è emblematico che proprio la pronuncia in commento evidenzi che «*in virtù del criterio interpretativo letterale, se il Legislatore avesse voluto rendere operativo il predetto limite anche nell'ambito della Conferenza di Servizi decisoria simultanea o "sincrona" lo avrebbe, di certo, previsto. E poiché nell'ambito dell'art. 14 ter L. n. 241/1990 non ve ne è menzione alcuna, deve ritenersi che il silenzio-assenso ivi previsto al co. 7 operi anche nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione Europea prevedano l'adozione di provvedimenti espressi*».

7. *L'inerzia dell'Amministrazione preposta alla V.Inc.A. nella conferenza di servizi simultanea: una nuova ipotesi di silenzio-dissenso, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14-ter l. 241/1990?*

Avendo escluso che la condotta omissiva del Comune di Niscemi possa equivalere ad assenso, il CGA s'interroga infine su quale valenza debba essere riconosciuta all'inerzia serbata dall'Ente locale nella conferenza di servizi decisoria in modalità sincrona, culminata nella determinazione conclusiva favorevole alla realizzazione degli interventi straordinari presso la NRTF di Niscemi. Infatti, riaffermata l'impossibilità di ritenere tacitamente acquisita una V.Inc.A. positiva, il Giudice di appello siciliano deve definitivamente decidere se il gravame ministeriale possa essere accolto, o se piuttosto vada ribadita la fondatezza del ricorso introduttivo presentato dal Comune,

⁵⁸ Cass. SS.UU. 6 dicembre 2021, n. 38596.

teso a far valere l'illegittima obliterazione della propria posizione da parte dell'Amministrazione procedente.

Orbene, il CGA ritiene che l'inerzia del Comune non possa essere priva di valenza significativa, e dunque esclude che si tratti di un caso di silenzio-inadempimento, trattandosi piuttosto di un'ipotesi di silenzio-dissenso. A tale conclusione il Collegio addivene sulla base di una interpretazione "costituzionalmente orientata", in base alla quale il principio di buon andamento consacrato nell'art. 97 Cost., al quale sono ispirati tutti gli istituti di semplificazione amministrativa (ivi inclusa la conferenza di servizi), osterebbe a una soluzione che ostacoli la celere definizione di procedimenti complessi, contraddistinti dalla necessità di contemperare i molteplici e rilevanti interessi pubblici intercettati, in relazione ai quali le Amministrazioni interpellate sono tenute a garantire una partecipazione attiva ai lavori della conferenza. Nello stesso senso, il CGA invoca il dovere di collaborazione tra le Amministrazioni coinvolte in tali procedimenti, che costituisce declinazione del principio di imparzialità e buon andamento della pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 Cost., nonché proiezione applicativa dei principi di solidarietà e buona fede. Inoltre, la pronuncia in commento trae un ulteriore argomento dalla circostanza che l'art. 14-ter l. 241/1990 assegna comunque valenza significativa all'inerzia delle Amministrazioni interpellate, da cui si evincerebbe che l'ordinamento non tollera atteggiamenti non collaborativi e pertanto il silenzio deve essere sempre valutabile ai fini della solerte conclusione della conferenza. Insomma, il CGA accoglie l'appello, predicando l'operatività del silenzio-dissenso in un'ipotesi non espressamente prevista dalla legge.

E, ancora una volta, la soluzione raggiunta desta perplessità.

Il Collegio, infatti, nega che si tratti di un silenzio-inadempimento, sostenendo al contrario che il silenzio in questione abbia valenza significativa di diniego. Ciò sebbene tale qualificazione non sia prevista dalla legge e sia quantomeno dubbio che il Giudice amministrativo possa attribuire effetti legali tipici a un mero fatto qual è il silenzio. La dottrina, dal suo canto, ha da tempo chiarito che laddove la legge non riconosca al silenzio valenza significativa (in termini di assenso o dissenso), esso costituisce un mero fatto che vale come "inadempimento" dell'obbligo di provvedere⁵⁹.

⁵⁹ Così già A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1977, 169 ss. In tempi più recenti, in tema di rapporti tra silenzi significativi e non significativi si v. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio-inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., 275 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano 1996.

A tale soluzione, il Collegio è stato spinto dall'avvertita esigenza di dover salvaguardare il buon andamento dell'azione amministrativa, conformemente all'art. 97 Cost., nonché di contrastare condotte omissive od ostruzionistiche di Enti che, pur convocati in conferenza, omettano di parteciparvi in violazione dei principi di leale collaborazione e di buona fede. In sostanza, è come se la pronuncia stigmatizzasse l'inerzia in grado di compromettere la celere definizione del procedimento attraverso la "comminatoria" della significatività del silenzio e il conseguente esaurimento del potere dell'Amministrazione inerte⁶⁰.

Tali approdi denotano, tuttavia, un'evidente e ingiustificata sfiducia negli specifici rimedi predisposti dal Legislatore avverso il silenzio-inadempimento della p.A. che, proprio in quanto violazione dell'obbligo di provvedere legalmente sancito, non può considerarsi estrinsecazione legittima dell'attività amministrativa. In quest'ottica, non risulta affatto persuasiva l'affermazione contenuta in sentenza per cui la valenza non significativa del silenzio legittimerebbe condotte dilatorie o ostruzionistiche in conferenza di servizi. Il silenzio-inadempimento, da un punto di vista ordinamentale, non è affatto una condotta "neutra", poiché a essa si associa un innegabile disvalore attestato da svariati indici normativi. Basti considerare gli articoli 2 e 2-*bis* della legge n. 241/1990⁶¹.

La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente⁶². Inoltre, l'inerzia è in generale rimediabile attraverso l'esercizio di poteri sostitutivi, attivabili a richiesta dell'interessato o d'ufficio⁶³. Ancora, l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento può dar luogo al risarcimento del danno ingiusto che ne derivi⁶⁴.

⁶⁰ In quest'ottica, la pronuncia in commento afferma che l'ordinamento interno non tollera atteggiamenti non collaborativi delle Amministrazioni interpellate in conferenza di servizi, e pertanto il silenzio non può ritenersi quale condotta neutra o "*a-significativa*". Diversamente opinando – ritiene il Collegio – si legittimerebbero condotte dilatorie e ostruzionistiche che potrebbero essere superate soltanto mediante la proposizione di un apposito ricorso ai sensi dell'art. 117 c.p.a. da parte dell'Amministrazione procedente.

⁶¹ In argomento, si v. G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2023.

⁶² Cfr. art. 2, co. 9, l. 241/1990.

⁶³ Cfr. art. 2, co. 9-*bis*, l. 241/1990.

⁶⁴ Cfr. art. 2-*bis*, co. 1, l. 241/1990.

Ma soprattutto, se è vero che all'inizio del secolo scorso l'esigenza di configurare in via giurisprudenziale un diniego in caso di silenzio serbato sul ricorso gerarchico si giustificava in nome dell'effettività della tutela giurisdizionale, onde consentire l'accesso a un sistema di giustizia amministrativa rigidamente imperniato su logiche impugnatorie, oggi la situazione ordinamentale è profondamente mutata. In particolare, il ricorso avverso il silenzio (inadempimento) *ex art. 117 c.p.a.* dà avvio a un giudizio svolto in camera di consiglio, connotato da particolare celerità e deciso con sentenza in forma semplificata, la quale può recare altresì la nomina di un commissario *ad acta*⁶⁵.

A ogni modo, il Collegio ritiene che la valenza denegatoria del silenzio sia in linea con il diritto dell'Unione, sul rilievo che la direttiva habitat vuole garantire la tutela ambientale e il silenzio-diniego si pone in questa direzione in quanto il silenzio viene equiparato a una decisione protettiva del bene ambiente. Senza togliere però che, in virtù della medesima direttiva e della relativa disciplina nazionale di recepimento contemplata dall'art. 5 del D.P.R. 357/1997, l'Amministrazione procedente possa (come nel caso di specie) superare la V.Inc.A. negativa adducendo motivi imperativi di rilevante interesse pubblico.

Neppure questa conclusione persuade. Infatti, nel precedente § 5, si è avuto modo di ricordare come, a giudizio della Corte di Giustizia, la V.Inc.A. debba essere svolta in maniera completa e accurata sul versante tecnico-scientifico, anche laddove vengano in rilievo motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, con la precisazione che la conoscenza dell'incidenza dell'intervento costituisce il «*presupposto imprescindibile*» per far valere le deroghe consentite dall'art. 6. par. 4, dir. habitat. A ben vedere, poi, la conclusione raggiunta sembra altresì smentire le premesse interpretative da cui la sentenza era partita, allorché ai punti VII.3 – VII.5 evidenziava che il procedimento di V.Inc.A. deve culminare in un provvedimento espresso «*adeguatamente motivato*».

In conclusione, la qualificazione del silenzio come dissenso è il risultato della tendenza creativa che connota la pronuncia in questione.

⁶⁵ Sul ricorso avverso il silenzio, senza pretesa di esaustività, si v. N. POSTERARO, *Il giudizio avverso il silenzio-inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Napoli, 2024, 713 ss.; S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della p.a.: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., 309 ss.; N. PAOLANTONIO, *Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in G. MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, 494 ss.; G. MARI, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 219 ss.

È, tuttavia, curioso osservare che il risultato raggiunto, dopo una lunga motivazione, paradossalmente conduca a conseguenze pratiche – nel caso di specie – sovrapponibili a quelle che sarebbero derivate dal riconoscere al silenzio la valenza di assenso: in presenza di motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, l'Amministrazione procedente può approvare il progetto sostanzialmente disinteressandosi del contenuto della V.Inc.A.; conclusione, questa, che invero non sembra affatto in linea con la *ratio* della dir. habitat, per come interpretata dalla Corte di Giustizia.

CONTRIBUTI

Clara Napolitano

*Il tempo nella decisione amministrativa complessa: dissensi tra Amministrazioni, semplificazioni e accelerazioni**

SOMMARIO: 1. Premessa: in dialogo sul tempo – 2. Complessità e semplificazione: *τόποι* del diritto amministrativo – 3. La conferenza di servizi quale emblema procedimentale dell'accelerazione – 4. Dissensi tra Amministrazioni e strategie di semplificazione: l'art. 17-*bis* e l'art. 2, comma 8-*bis*, l. n. 241/1990 – 5. Il fraintendimento della semplificazione sul versante processuale – 6. Conclusioni: il tempo tra inadeguatezze procedimentali e vuoti di tutela.

1. Premessa: in dialogo sul tempo

Questo contributo nasce con l'intenzione di ragionare sul tempo dell'azione amministrativa – e, soprattutto, sui relativi fraintendimenti –, in dialogo con riflessioni presenti in questo *Volume*¹, le quali hanno analizzato il tema sotto il profilo procedimentale e processuale.

Se chi scrive non è in errore, il crinale che accomuna le riflessioni in parola – ma anche quelle che qui seguiranno – è la constatazione che l'utilizzo di questa variabile temporale da parte delle Amministrazioni è ormai fuori dal loro controllo² – stanti le sempre più numerose fattispecie normative nelle quali l'infruttuoso decorso del termine (per procedere e) per provvedere determina la decadenza dal potere di farlo – ma non dalla loro responsabilità³, le fattispecie di silenzio significativo (peraltro sempre

* Le riflessioni contenute in questo contributo sono più ampiamente articolate in C. NAPOLITANO, *Amministrare il dissenso. Sui limiti della semplificazione nel superamento dei conflitti fra Istituzioni*, Napoli, ES, 2024.

¹ Ci si riferisce ai contributi di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo*, e S. TUCCILLO, *Le declinazioni del “tempo” nell'azione amministrativa: un percorso di studio*.

² Mi riferisco a S. TUCCILLO, *Le declinazioni*, cit., quando osserva che «il tempo dell'amministrazione è stato sottratto al suo dominio».

³ Il riferimento qui è M. CALABRÒ, *Il tempo*, cit., laddove rileva che il tempo è usato dal legislatore e dalla giurisprudenza come «misura di un effetto sanzionatorio» proprio

più nel senso dell'assentire alla richiesta del privato) costituendo una "sanzione" in capo alle Amministrazioni che non rispettino i termini loro assegnati, ormai letti come perentori.

Questa declinazione, che intende conferire al tempo dell'Amministrazione i crismi della celerità e della certezza, soprattutto a garanzia del privato che con essa s'interfaccia a seguito di proprie istanze, soffre tuttavia – come rilevato nei contributi citati – di incertezze applicative ancora molto significative, progressivamente soggette a tentativi chiarificatori da parte della giurisprudenza che si fa – a volte faticosamente – strada tra norme di principio e disposizioni dettate dall'emergenza, nate in prospettiva settoriale e limitata nel tempo e poi, man mano, ampliate nel loro ambito d'applicazione e che finiscono, appunto, per determinare una evoluzione dei principi stessi.

Sicché il fattore temporale è collocato in un continuo stridìo tra le leve dell'Amministrazione – che ne parrebbe essere fattore di rallentamento – e quelle del privato – che, al contrario, ne pretenderebbe l'accelerazione: ricadendo così nell'equivoco per cui "fare presto" equivalga a – o addirittura sia preferibile rispetto a – "fare bene".

Questa dicotomia pubblico-privato restituisce un quadro complessivamente inadeguato a dar risposta alle esigenze – esistenti senza dubbio – di accelerare e semplificare l'apparato amministrativo e burocratico del nostro Paese: inadeguatezza dovuta anche al fatto che quella delle esigenze del privato dinanzi all'Amministrazione pubblica è l'unica prospettiva – affetta da una certa parzialità – che il legislatore pare aver adottato per affrontare il problema. Gradualmente trasformando, così, il potere pubblico nel mezzo per la soddisfazione di interessi privati (spesso molto impattanti a livello finanziario ed economico) e tralasciando, al contempo, il compito primario dell'Amministrazione che lo esercita: la protezione dell'interesse pubblico e il suo necessario, attento, temperamento con quello privato. Compito ancor più arduo quando, per la loro complessità, le decisioni amministrative – frutto dell'esercizio di quel potere pubblico – intercettano plurimi interessi pubblici e richiedono dunque fitte forme di cooperazione e coordinamento tra le Amministrazioni per giungere al "risultato": che non va inteso solo come decisione celere, ma soprattutto come decisione ponderata, meditata, rispettosa anzitutto degli interessi pubblici e, con essi, di quelli privati.

La prospettiva qui indagata vuol fornire, dunque, un apporto ulteriore al dialogo già fruttuosamente avviato dai due contributi qui citati,

nell'istituto del silenzio assenso.

provando a delineare le incertezze della declinazione del tempo nell'attività amministrativa, sotto il profilo procedimentale e sotto quello processuale, quando la sua necessitata celerità interferisca *non* sul rapporto tra Amministrazione e privato, bensì sul rapporto *tra* Amministrazioni, e dunque tra interessi *pubblici*, analizzando l'istituto procedimentale tipico del procedimento amministrativo complesso o c.d. pluri-strutturato: la conferenza di servizi.

Si proverà cioè a far emergere le compressioni, spesso indebite, di interessi pubblici anche sensibili, sacrificati sull'altare del tempo celere, tramite meccanismi normativi tesi a dequotarli, mettendo tutte le Amministrazioni chiamate a decidere su istanze e progetti complessi di fronte alla stessa "sanzione": quella dell'assenso senza condizioni (decorso infruttuosamente il termine per esprimersi), che poi confluirà nel provvedimento conclusivo, adottato dall'Amministrazione procedente mediante il criterio della prevalenza.

2. Complessità e semplificazione: τόποι del diritto amministrativo

Come già detto in altra sede⁴, quello della complessità può intendersi come uno dei τόποι del diritto⁵ – amministrativo in particolare⁶. Alla dottrina e alla giurisprudenza, invero, si deve un incessante lavoro ricostruttivo e critico di discipline procedimentali che – ciclicamente mosse da interessi pubblici d'occasionale rilevanza⁷ – hanno (forse corrvamente)

⁴ Sia consentito il rinvio al più approfondito C. NAPOLITANO, *Tips on complex administrative decisions: multiplicity of interests and elimination of dissent*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2023, pp. 33 ss.

⁵ V. la voce di A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, pp. 201 ss., nella quale si apprezza lo stretto legame intercorrente tra società e diritto, laddove a una crescente complessità sociale fa da contraltare un diritto altrettanto complesso ma che ha il dovere di essere non-caotico, ordinato e lineare.

⁶ Si leggano a questo proposito, da ultimo, le riflessioni di P. FORTE, *Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche*, in *Aa.Vv.*, *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Vol. III, Napoli, 2020, pp. 2141 ss.

⁷ Ne sono un esempio le imperative esigenze di «massima incentivazione dello sviluppo economico» – M. MORDENTI, P. MONEA, *Ora l'impresa risparmia sui tempi e il Comune riorganizza gli uffici*, in *Guida agli Enti locali*, n. 3/1999, pp. 37 ss., spec. p. 40 – che avevano già a fine anni '90 del secolo scorso sollecitato l'emanazione del regolamento sullo sportello unico, nel quale per la prima volta emergeva il c.d. modello conferenziale: cfr. P.L. PORTALURI, *Il procedimento «semplificato» (mediante conferenza di servizi) per la realiz-*

affrontato il problema della inevitabile strutturazione (alla quale ci si riferirà qui col lemma «sistema»⁸) delle relazioni e delle attività amministrative con un approccio *analitico*, tipico dei sistemi *complicati* e orientato alla semplificazione, piuttosto che con il più appropriato metodo *sintetico*, che invece serve a comprendere nel suo insieme un sistema *complesso*⁹. Ciò, specie nell'ambito della razionalizzazione delle fonti del diritto rispetto all'agire pubblico, ha condotto a incauti interventi di semplificazione normativa dall'effetto controproducente: una «semplificazione complicante»¹⁰.

zazione di impianti produttivi nel regolamento sullo sportello unico, in E. STICCHI DAMIANI, G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F.F. TUCCARI, *Localizzazione di insediamenti produttivi e semplificazione amministrativa. Lo sportello unico per le imprese*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 39 ss.. Già allora l'A. manifestava perplessità sull'effettiva capacità unificatrice – e dunque semplificatrice – del modello conferenziale. Le medesime incertezze vigono ancor oggi, nel tempo del PNRR, dove l'interesse economico-produttivo, letto nella lente della sostenibilità, impera, ma i moduli procedurali restano poco compositivi: P.L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021.

⁸ La teoria dei sistemi complessi, che trova applicazione anche in ambito giuridico, interseca i più svariati campi tematici, dalla matematica all'ingegneria alla biologia. Si v. a questo proposito già la ricostruzione operata da A. FALZEA, *Complessità*, cit., spec. pp. 207-208.

La teoria dei sistemi complessi ha raggiunto peraltro una feconda applicazione nell'ambito filosofico e sociale: v. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano, 2013 (2ª ed.). Si v. anche la voce di N. LUHMANN, *Complessità sociale*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1992.

⁹ H. ATLAN, *L'organisation biologique et la théorie de l'information*, Paris, 1972, poi 1992; poi Seuil, 2006, distingue: «Un sistema complicato è un sistema di cui comprendiamo la struttura e i principi di funzionamento: di principio nulla impedisce che con tempo e denaro si possa giungere ad averne una conoscenza integrale. Al contrario, il sistema complesso sarebbe quello di cui abbiamo una percezione globale, nei termini della quale possiamo identificarlo e qualificarlo, pur sapendo di non comprenderlo nei suoi dettagli». Sicché, adottare un approccio analitico su un sistema complesso porta sempre a perderne qualcosa. Così G. ZANARINI, *Complessità e causa complessa*, in Aa.Vv., *Caos e complessità*, a cura di SISSA, Napoli, 1996, p. 8: «Ciò che è complicato, una volta spiegato, può venire reso semplice; ciò che è complesso, invece, non può venire ricondotto agli elementi semplici che lo costituiscono senza che si perda, irrimediabilmente, qualcosa di essenziale. La parola complesso fa infatti riferimento all'intreccio, al tessuto. È il tessuto, pur essendo costituito di parti (i fili, la trama, l'ordito), possiede caratteristiche che le singole parti non hanno, e che solo limitatamente possono venire «spiegate» disfacendo l'intreccio».

¹⁰ M. AINIS, *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*, n. 18/2014. Spiega bene l'approccio metodico alla complessità giuridica M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2015, pp. 985 ss., spec. pp. 1018-1019.

L'ineffettività di questi interventi¹¹ poggia su un equivoco di fondo: e cioè che la complessità sia di per sé un fenomeno ingovernabile e, dunque, da eliminare. Sicché, l'approccio semplificatorio mira a troncare, elidere, sottrarre: norme, procedimenti, effetti, interessi. Specialmente – per quel che qui rileva – interessi.

Eppure è abbastanza evidente che la sottrazione di un “pezzo” del sistema non semplifica quest'ultimo, poiché le relazioni tra gli elementi del sistema non sono lineari, sicché eliminare uno degli ingranaggi dalla macchina non raggiunge l'obiettivo di ridurli creando una catena più breve, proprio perché una catena (intesa come unione lineare di elementi) non esiste: potrebbe, forse, il sistema, ri-adattarsi in modo meno complesso, laddove la sua intelaiatura reggesse alla sottrazione; ma è solo una delle ipotesi, diremmo la più remota.

Viceversa, la complessità del sistema ordinamentale – in generale ma, per quel che qui interessa, del sistema del diritto amministrativo – va intesa come *presupposto esistenziale* della sua stessa vita: non essendo essa una caratteristica da eliminare, bensì da tenere ferma quale punto di partenza dell'osservatore, gli interventi semplificatori non devono limitarsi alla mera riduzione aritmetica delle componenti del sistema, bensì devono estendersi alla comprensione delle relazioni tra essi e, dunque, alla considerazione *complessiva* del funzionamento del sistema medesimo.

Il mutamento di approccio è funzionale al seguire le corrispondenti metamorfosi della società, la quale – richiedendo costantemente di venir ordinata¹² – non può che essere destinataria di regole che – quantomeno – provino ad attagliarsi alle sue caratteristiche cangianti nel tempo: anzitutto per ciò che concerne l'arricchimento degli interessi che sono colpiti dalle vicende di vita.

Tornano, immote nel tempo, le parole di Giannini sulla convivenza necessaria tra interessi primari e secondari¹³: uno dei fattori di aumento della complessità dell'ordinamento sta proprio nei mutamenti degli interessi pubblici e privati che affollano le fattispecie da regolare (e sulle quali le Amministrazioni devono decidere). Se, infatti, per un verso, gli interessi pubblici aumentano a ritmo convulso, generando statuti differenziati di

¹¹ Tra i fallimenti della semplificazione nel diritto procedimentale amministrativo si annoverano proprio le disposizioni in materia di conferenza di servizi: v. M. AINIS, *La semplificazione*, cit., *passim*, per un *excursus* sintetico ed efficace.

¹² Il diritto è notoriamente un fenomeno sociale, lo riporta nelle sue argomentazioni A. FALZEA, *Complessità*, cit., p. 204-207.

¹³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939 (nonché ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 49).

loro regolazione e protezione, per altro verso l'interesse privato sfugge alla dinamica classica della sua contrapposizione allo Stato; esso si arricchisce e si moltiplica, assumendo non di rado un ruolo sinergico con il pubblico se non, addirittura, trainante il medesimo.

E in una società a «complessità aumentata»¹⁴, nella quale crescono anche le capacità d'analisi, gli strumenti decisionali dei singoli, i saperi, le cc.dd. *expertises*, le cc.dd. *capabilities*, non possono che aumentare anche le relazioni tra le situazioni giuridiche soggettive, che sfumano costantemente tra la categoria dei diritti e quella degli interessi¹⁵, e sono sempre più reticolari.

Questo quadro dovrebbe, a rigor di logica, nelle situazioni nelle quali si faccia questione di uno o più interessi pubblici, decretare l'importanza del ruolo dell'Amministrazione nel suo processo decisionale: più ampia è la portata – nel senso della loro caratura, ma anche della loro numerosità – degli interessi, più essenziale si fa la componente del potere amministrativo, nella specie discrezionale, qualificatosi necessario tramite tra generalità e astrattezza della norma, da un lato, e situazione di fatto ricca di variabili non previste (e magari non prevedibili) dall'altro.

E invece, come affermato in esergo, l'approccio scelto dal legislatore tende a procedere in direzione opposta: alla complessità del sistema – e dunque alla molteplicità irriducibile degli interessi – egli risponde cioè con una costante elisione *sub specie* di semplificazione procedimentale, superamento del dissenso e degli atti oppositivi delle Amministrazioni in sede conferenziale e di confronto, tutti in ossequio a una «logica del risultato»¹⁶ che non guarda a esso come la sintesi più bilanciata tra gli interessi, bensì al loro sacrificio in favore di un solo interesse egemone: la celere realizzazione di un'opera, di un progetto o di un intervento.

¹⁴ P. FORTE, *Complessità*, cit., spec. p. 2150.

¹⁵ Sempre P. FORTE, *Complessità*, cit., spec. pp. 2168 ss.

¹⁶ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012: pp. 117 ss., spec. p. 134 e 135. Dello stesso A., v. ancor prima, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, nonché, da ultimo, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in AA.VV. *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, pp. 4845 ss.; v. anche M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo, Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, pp. 233 ss. V. infine un ultimo studio sul principio di effettività, inteso come teleologicamente orientato al risultato: G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022.

3. *La conferenza di servizi quale emblema procedimentale dell'accelerazione*

Ciò premesso, l'analisi si deve concentrare sullo strumento procedimentale, semplificatorio e acceleratorio “per fusione di interessi”, egemone: ci si riferisce, ovviamente, alla conferenza di servizi. Qui, il tentativo del legislatore del 1990¹⁷ è stato diretto a ridurre i costi – indubbiamente esosi – della composizione degli interessi pubblici¹⁸, introducendo un modulo organizzativo volto al loro esame parallelo allo scopo di favorire il coordinamento tra le Amministrazioni e la contestualità della trattazione di uno stesso affare da parte di più pp.AA., ciascuna di esse competente in relazione a un particolare profilo, concentrando così in un'unica sede il confronto degli interessi pubblici coinvolti in uno o più procedimenti, e di giungere così alla conclusione del procedimento in tempi più rapidi.

L'istituto ha mostrato sin da subito lacune nel funzionamento pratico rispetto all'intento teorico. Risultava infatti necessario che le Amministrazioni coinvolte si facessero esse stesse parti attive della conferenza, partecipando fattivamente alle riunioni indette (anzitutto, per il vero, lì presentandosi). Inoltre, difficoltoso era il coordinamento tra le esigenze di semplificazione e quelle di tutela degli interessi sensibili, all'interno della conferenza: il punto di equilibrio – precario – fu trovato nel rendere infungibile la partecipazione delle Amministrazioni preposte alla tutela di interessi primari (ambientali, paesaggistico-territoriali, culturali, o comunque inerenti alla salute dei cittadini), perché – a differenza di quanto accadeva per le altre – ad esse, se fossero rimaste assenti, non si sarebbe applicata alcuna presunzione di assenso. Questo accorgimento – se meritevole d'essere valorizzato per tutelare interessi più sensibili – di fatto, però, spingeva le Amministrazioni a non partecipare alla conferenza: si escludeva il silenzio assenso e queste mantenevano intatte le loro prerogative e competenze.

La conferenza di servizi nella legge generale sul procedimento amministrativo è stata, dunque, oggetto di una serie continua di interventi¹⁹,

¹⁷ Ci si riferisce ovviamente alla disciplina della conferenza di servizi contenuta nella l. n. 241/1990 agli artt. 14 ss.

¹⁸ Lo conferma Cons. Stato, comm. spec., parere 7 aprile 2016, n. 890.

¹⁹ L'istituto di cui agli artt. 14 ss., l. n. 241/1990, è stato modificato più volte e parzialmente riformato dalla legge n. 127/1997 (artt. 9-15) che ha novellato la citata legge generale sul procedimento amministrativo. Successivamente, modifiche di rilievo sono state apportate dalla legge n. 15/2005 (artt. 8-13), dalla legge n. 69/2009 (art. 9), dal d.l. n. 78/2010 (art. 49), dal d.l. n. 70/2011 (art. 5), dal d.l. n. 179/2012 (art. 33-*octies*) e dal d.l. n. 133/2014 (art. 25), fino alla più organica riforma attuata con d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, delegato dalla l. n. 124/2015.

ciascuno indirizzato a un obiettivo specifico, emergente da una lacuna settoriale, con un risultato complessivo frammentario e disorganico²⁰.

Fino a che la l. n. 124/2015 ha delegato il Governo a riformare organicamente l'istituto, tramite tre direttrici principali: semplificazione, accelerazione, accentramento.

Il legislatore delegato del 2016 – d.lgs. n. 127 – ha dunque introdotto una conferenza semplificata e asincrona come modalità *ordinaria* di svolgimento per le questioni non ritenute di particolare complessità, ciò rendendo meno difficoltose le riunioni, così rarefatte e limitate a casi più difficoltosi; tutti i termini, istruttori e decisorio, sono ridotti e a essi corrispondono scadenze o silenzi-assensi; si prevede, poi, la figura del rappresentante unico delle Amministrazioni afferenti a ciascun livello territoriale; i poteri unilaterali dell'Amministrazione procedente sono rafforzati; ne è uscita tuttavia depotenziata la tutela degli interessi sensibili. Lo strumento – a seguito dell'intervento del 2016 – sembra aver perduto il tratto caratterizzante di “riunione” per la “discussione contestuale” su temi di interesse comune tra le amministrazioni coinvolte, riducendosi così a una collazione di assensi nel caso in cui la conferenza si svolga in modalità asincrona²¹, vale a dire senza lo svolgimento di una riunione alla quale partecipano fisicamente i rappresentanti delle Amministrazioni coinvolte.

Si tratta di meccanismi semplificatori e acceleratori che rivelano lo scostamento del legislatore dal principio di leale collaborazione, che dovrebbe informare di sé le sedi di confronto tra Amministrazioni, specie laddove esse rappresentino livelli territoriali di governo diversi, come non di rado accade in conferenza di servizi.

Questo perché, se la conferenza – e, più in generale, il modello procedimental-consensuale – è il luogo di confronto tra Amministrazioni che rappresentano interessi pubblici, specie quando essa coinvolge livelli territoriali di governo differenti, dev'essere guidata da un principio pluralistico: essere, insomma, uno strumento di veicolazione di interessi e tutele.

E tuttavia, la conferenza di servizi è il risultato di un bilanciamento tra le esigenze di semplificazione e quelle del pluralismo²²: le prime, riconosciute decisamente prevalenti sulle seconde. Risponde alla logica semplificatoria, per esempio, l'accrescimento del ruolo dell'Amministrazione procedente,

²⁰ Lo sottolinea il Consiglio di Stato nel citato parere n. 890/2016.

²¹ A. TRAVI, *Pubblica Amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, 2022, spec. pp. 122-123.

²² E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016.

la quale indice la conferenza e determina, in sostanza, se superare o meno i dissensi espressi in quella sede (o al di fuori²³) e adottare la conseguente deliberazione della conferenza stessa. Sarà poi, eventualmente, l'Amministrazione dissenziente – solo ove questa tuteli interessi sensibili ed esprima, pertanto, un dissenso a dir così “qualificato” – a dover investire della questione il Consiglio dei ministri tramite giudizio d'opposizione, in un lasso di tempo peraltro molto breve.

Emerge qui la reale natura della conferenza: lo strumento è talmente orientato alla semplificazione da rischiare di «neutralizzare il pluralismo, attraverso meccanismi autoritativi e sostitutivi, di soluzione dei conflitti procedurali e di conclusione positiva della conferenza»²⁴.

A ciò si sono aggiunti anche i meccanismi decadenziali automatici per le Amministrazioni che non esprimano il loro dissenso in conferenza o non lo facciano motivatamente e in senso costruttivo: si sono così affermati effetti di assenso tacito, *ex lege*, letti come «abbandono di interessi rimessi dalla legge alla cura dell'amministrazione»²⁵.

Il tema che qui emerge concerne gli interessi sensibili, inevitabilmente. Il dissenso in conferenza di servizi – specie laddove espresso da Amministrazioni qualificate – è foriero di molteplici incertezze, a seguito soprattutto del passaggio normativo²⁶ dal principio dell'unanimità a quello della maggioranza e, infine, a quello della prevalenza.

Peraltro, non solo le disposizioni relative alla conferenza di servizi, ma anche quella di cui al silenzio assenso tra Amministrazioni – l'art. 17-*bis* – legittimano la prevalenza di questo meccanismo semplificatorio sul “peso” degli interessi di tal fatta. Tanto che le fattispecie nelle quali il mancato dissenso *non equivale* ad assenso sono riconducibili a norme speciali²⁷.

²³ V'è consolidata giurisprudenza che – anche prima della riforma del 2015-2016 sull'istituto – ritiene che l'Amministrazione convocata in conferenza di servizi sia tenuta a esprimere il proprio dissenso in quella sede, pena l'illegittimità per incompetenza del parere negativo. Per esempio, Tar Sicilia, Catania, I, 18 ottobre 2022, n. 2732; Tar Basilicata, I, 17 gennaio 2015 n. 54, o anche Cons. Stato, V, 6 novembre 2018, n. 6273. Nondimeno, si segnala un indirizzo giurisprudenziale che fa salvi i pareri espressi in modo irrituale da Amministrazioni che tutelano interessi sensibili: per esempio, Cons. Stato, VI, 10 marzo 2014, n. 1144.

²⁴ E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra pluralismo e unilateralismo costituzionalmente orientato (a proposito di Corte cost. n. 9/2019)*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019, p. 4.

²⁵ Sempre E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, cit., p. 5.

²⁶ R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016.

²⁷ Per esempio, l'art. 52, d.lgs. n. 42/2004, che disciplina i procedimenti relativi a opere che incidono su beni culturali. Cfr. in proposito Tar Puglia, Lecce, I, 19 ottobre 2020, n. 1128.

Questa lettura acceleratoria è rafforzata vieppiù dal comma 8-*bis* dell'art. 2, l. n. 241/1990²⁸, secondo il quale le determinazioni tardive in conferenza sono irrilevanti in quanto *prive di effetti* nei confronti dell'autorità procedente.

4. Dissensi tra Amministrazioni e strategie di semplificazione: l'art. 17-bis e l'art. 2, comma 8-bis, l. n. 241/1990

Notoriamente, la collocazione dei moduli conferenziali nell'ambito dei procedimenti autorizzatori è cruciale per ovviare ai «pantani procedurali»²⁹ che investono i progetti d'impianti produttivi che hanno un impatto rilevante su territorio, paesaggio e ambiente: pantani che sono derivati soprattutto da un atteggiamento (stratificato nel tempo) delle Amministrazioni preposte (per lo più) alla tutela del paesaggio (*id est*, le Soprintendenze) “massimalista” e “di chiusura” rispetto alla localizzazione degli impianti³⁰; da Amministrazioni procedenti (la Regione o la Provincia delegata, per lo più) che hanno optato per prassi di “scarica barile” pur di non assumere decisioni contrastanti proprio con le Soprintendenze³¹; da una giurisprudenza che ha prestato spesso ossequio alle valutazioni tecniche delle Amministrazioni paesaggistiche, negando che il paesaggio sia un bene i cui interessi devono essere bilanciati con altri pur ugualmente rilevanti³².

È per lo più nella giurisprudenza su queste casistiche, che si evidenziano le perplessità sull'efficacia dell'impianto normativo della conferenza di servizi. Perplessità che, peraltro, si sono rivelate fondate alla luce delle innovazioni normative dal 2016 in poi: anzitutto con l'elaborazione della conferenza di servizi semplificata o asincrona (nella quale, come rilevato *supra*, è evidente che il valore principale non è la contestualità delle valutazioni, bensì la loro espressione – pur frammentata e parallela – ma comunque in tempi *brevi e certi*); e, in secondo luogo, con le innovazioni

²⁸ Introdotto dall'articolo 12, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. n. 76 del 2020.

²⁹ L'espressione è di S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2022, pp. 261 ss., spec. p. 273.

³⁰ Così S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, n. 1/2023, pp. 59 ss.

³¹ In tal senso sia S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili*, cit.; sia S. AMOROSINO, *La “dialettica”*, cit.

³² S. AMOROSINO, *La “dialettica”*, cit., pp. 270-271.

procedimentali che “sanzionano” qualunque espressione di dissenso postumo con il silenzio assenso senza condizioni.

Anzitutto, nella conferenza asincrona le Amministrazioni, convocate e invitate a rendere il proprio parere, devono farlo rigorosamente nel termine di legge (quarantacinque giorni dall’indizione della conferenza; novanta per le Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili³³): per certa giurisprudenza, ciò vale anche quando esse abbiano ricevuto in tempi non immediati la documentazione utile sulla quale esprimersi³⁴. È evidente che, per il Giudice amministrativo, il termine assegnato alle Amministrazioni per esprimersi è tutto congegnato a favore del privato: «La perentorietà dei termini e la formazione del silenzio assenso incondizionato in caso di mancata resa tempestiva del parere di competenza vanno lette in un’ottica di semplificazione amministrativa e di tutela dell’interesse del privato ad una conclusione effettiva del procedimento – spesso avviato su domanda di parte – in un termine sicuro e predefinito»³⁵. Quest’affermazione, tuttavia, è piuttosto *tranchante*: vero è che la certezza del termine per provvedere è una garanzia per il privato, e che il suo rispetto da parte delle Amministrazioni è l’espressione più fulgida del principio della certezza del diritto; ma è altrettanto vero che – in sede normativa – la quantificazione del termine procedimentale è funzionale *soprattutto* alla corretta valutazione degli interessi da parte dell’Amministrazione. Non avrebbe, altrimenti, alcun senso la differenziazione dei termini a seconda dell’Amministrazione chiamata a esprimere la propria valutazione (sia essa provvedimentale o endoprocedimentale). È dunque piuttosto pericoloso per l’equilibrio degli interessi concepire il termine procedimentale solo a favore del privato³⁶: probabilmente il dato normativo non aiuta – non è infatti prevista la sospensione del termine per esprimersi in caso di integrazione istruttoria – e tuttavia basterebbe un richiamo al più generale principio del buon andamento per statuire che l’Amministrazione chiamata a esprimersi con un parere ha bisogno di tutto l’arco di tempo che la norma le assegna almeno dal momento in cui ha a disposizione la documentazione necessaria per farlo³⁷.

³³ Art. 14-*bis*, co. 2, lett. c), l. n. 241/1990.

³⁴ Tar Lazio, Latina, II, 29 novembre 2023, n. 823.

³⁵ Tar Lazio, Latina, n. 823/2023, cit.

³⁶ M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. app.*, n. 7/2016, pp. 758 ss., spec. p. 766.

³⁷ Nella fattispecie di cui alla sentenza Tar Lazio, Latina, n. 823/2023, cit., il Giudice ha ritenuto che fosse stata l’Amministrazione procedente, col suo ritardo nell’invio della documentazione all’Amministrazione consultiva, a comportarsi contrariamente ai canoni di cor-

Nondimeno, la sanzione giuridica del silenzio assenso riservata alle Amministrazioni inerti in sede co-decisoria (tramite l'espressione di pareri non puramente consultivi, bensì aventi valenza decisoria, dunque vincolanti), anche nell'ambito della conferenza di servizi, ha trovato un ulteriore fondamento normativo nel già citato art. 17-*bis*, l. n. 241/1990.

Siano qui sufficienti – per evidenti ragioni di brevità – le poche linee evolutive di quest'ultima disposizione e le loro ricadute anche sui meccanismi di confronto conferenziale all'interno del procedimento amministrativo complesso.

Quando la disposizione fu introdotta³⁸, il Consiglio di Stato si esprime con il parere n. 1640/2016 in merito ad alcune questioni interpretative relative alla sua applicazione, tra le quali – per i profili che qui interessano – rilevano l'ambito di applicazione oggettivo e i suoi rapporti con la conferenza di servizi.

In quell'occasione il Collegio chiarì che l'articolo ha una portata generalizzata e che dunque si applica a tutti i procedimenti amministrativi che implicano l'esercizio di un potere decisorio condiviso tra più Amministrazioni (cc.dd. procedimenti pluristrutturati), senza alcuna distinzione tra tipologie provvedimentali escluse e incluse (come invece accade per l'art. 20, l. n. 241/1990, che si applica ai provvedimenti di tipo solo autorizzatorio); e che, soprattutto, esso è applicabile, per espresso dettato del suo comma 3, anche ai procedimenti di competenza delle Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili³⁹.

Quanto, poi, ai rapporti tra l'art. 17-*bis* e la conferenza di servizi, il Collegio, pur sottolineando la necessità di un migliore coordinamento tra

rettezza. Ciononostante, la decisione giurisdizionale, nel sancire la perentorietà del termine e l'illegittimità del parere – tempestivo rispetto al termine prorogato, tardivo rispetto al termine primigenio – ha finito col far recedere – dichiarando formato il silenzio assenso – la tutela dell'interesse (peraltro sensibile) tutelato proprio dall'Amministrazione consultiva. La quale avrebbe dovuto, quindi, esaminare la fattispecie sottoposta al suo vaglio in molto meno tempo rispetto a quello che, invece, avrebbe dovuto esserle garantito per legge.

³⁸ Si rammenta che l'art. 17-*bis* è stato interpolato nella l. 241 dalla l. n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia), con modifiche ai commi 1 e 2 apportate dal d.l. n. 76/2020.

³⁹ Questo nonostante la giurisprudenza costituzionale ed europea siano *tendenzialmente* contrarie all'applicazione dei meccanismi semplificatori del silenzio assenso agli interessi sensibili: v. in proposito anche P.L. PORTALURI, *Tutela dell'ambiente e poteri amministrativi*, in *Jus*, n. 1/2016, pp. 49 ss., spec. p. 56, nonché F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, per il quale il contrasto tra le misure semplificatorie e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE è *netto*.

le due discipline⁴⁰, chiarì che il silenzio assenso tra Amministrazioni può convivere con il meccanismo conferenziale, non potendosi dire limitato ai procedimenti che coinvolgono due sole pp.AA.

Questo fondamento interpretativo ha consentito alla giurisprudenza amministrativa – pur dopo una prima resistenza⁴¹ – di applicare l’istituto del silenzio assenso orizzontale anche al parere vincolante reso dalla Soprintendenza in sede di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica⁴² sul presupposto del suo ruolo sostanzialmente co-decisorio. Anche quando essa sia coinvolta nel procedimento in conferenza di servizi⁴³.

Ciò in quanto, secondo il Giudice amministrativo, l’impianto normativo di cui agli artt. 14-*bis* e 17-*bis* è interamente votato a garantire la semplificazione procedimentale e a sanzionare le inerzie delle Amministrazioni chiamate a co-decidere in procedimenti pluristrutturati, senza per questo danneggiare gli interessi da esse protetti, anche laddove sensibili⁴⁴: «la competenza della Soprintendenza resta garantita sia pure entro termini stringenti entro i quali deve esercitare la propria funzione. Cionondimeno, in caso di mancata attivazione entro i termini, resta ferma la possibilità della Soprintendenza di poter agire in autotutela secondo il principio del *contrarius actus*. [...] Tale conclusione trova, del resto, con riferimento alla fattispecie della conferenza di servizi, un riconoscimento espresso nell’art. 14-*quater*, comma 2, l. 241 del 1990 [...]»⁴⁵.

Infine, sempre relativamente alle misure procedimentali innovative di tipo generale che hanno ricadute sul dissenso postumo in conferenza, non ci si può esimere dal soffermarsi sul già citato comma 8-*bis* dell’art. 2, l. n. 241/1990.

La lettera della disposizione si riferisce anche alle determinazioni tardive in conferenza di servizi: con ciò suggerendo che queste sono *irrilevanti* perché prive di effetti nei confronti dell’Autorità procedente⁴⁶, la quale,

⁴⁰ Soprattutto per quel che concerne il superamento del disaccordo tra le Amministrazioni tramite il coinvolgimento del Consiglio dei Ministri, suggerimento comunque finora non accolto.

⁴¹ Per esempio, Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2640.

⁴² G. DELLE CAVE, *I “silenzi paesaggistici”: riflessione sul rapporto tra parere soprintendentizio e art. 17-bis, l. n. 241/1990*, in *Ambientedititto.it*, n. 1/2023.

⁴³ Cons. Stato, IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

⁴⁴ A. BONOMO, *Gli assensi ambientali e il contagio da virus semplificatorio: riflessioni critiche*, in *Ambientedititto.it*, n. 1/2021.

⁴⁵ Sempre Cons. Stato, n. 8610/2023, cit.

⁴⁶ Ricorda S. AMOROSINO, *La “dialettica”*, cit., p. 274, che «Il ricorso, da parte del legislatore, alla categoria dell’inefficacia per qualificare giuridicamente la determinazione

pertanto, non ha più l'obbligo di tenerne conto o – meglio – non può neanche più legittimamente farlo⁴⁷.

Questa limitazione include anche le determinazioni sulle materie oggetto di interessi sensibili (ambiente, paesaggio, etc.): anzi, si può affermare che il dispositivo di cui al comma 8-*bis* trae la sua genesi proprio nell'intento di superare la *querelle* ermeneutica sul valore del dissenso postumo della Soprintendenza, privando l'Autorità che si determina tardivamente del potere di incidere sulla decisione finale⁴⁸.

Tanto da sancire ormai il principio giurisprudenziale per cui «il parere della Soprintendenza reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi è *tamquam non esset*»⁴⁹.

5. Il fraintendimento della semplificazione sul versante processuale

Anche sotto il profilo della tutela processuale la semplificazione e l'accelerazione della conferenza di servizi mostrano le loro incertezze: ciò implica che le disfunzioni del tempo celere e certo che si proiettano sul giudizio amministrativo instaurato dal privato⁵⁰ rischiano di diventare realtà anche nelle liti tra Amministrazioni, realizzando un vuoto di tutela degli interessi pubblici.

Non è affatto raro – lo testimonia, anzi, un cospicuo contenzioso – che le Amministrazioni, insoddisfatte *sia* dalle regole fisiologiche sanzionate del silenzio assenso senza condizioni, *sia* dalle regole che governano in via amministrativa i conflitti *post*-conferenziali (la sollecitazione di un procedimento in autotutela o l'instaurazione del giudizio di opposizione in Presidenza del Consiglio dei ministri), scelgano di tutelare i propri

tardiva ha dato luogo a varie interpretazioni discutendosi se – nella fattispecie normativa – essa sottenda la sopravvenuta carenza, in capo all'Amministrazione “ritardataria”, del potere di pronunciarsi nel caso specifico, oppure, più semplicemente, l'irrelevanza dell'atto tardivo nel procedimento amministrativo nel quale avrebbe dovuto inserirsi (entro il termine prescritto)».

⁴⁷ V. in proposito le osservazioni di C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2022, pp. 53 ss.

⁴⁸ Lo ricorda S. AMOROSINO, *La “dialettica”*, cit., p. 274.

⁴⁹ Cons. Stato, n. 8610/2023, cit.

⁵⁰ Analizzate in aspetti differenti e complementari da M. Calabrò e S. Tuccillo, in questo *Volume*.

interessi – pubblici – dinanzi al G.a.: l'agone giurisdizionale diventa la sede elettiva di composizione del conflitto, sia per le Amministrazioni dissenzienti che hanno dovuto soccombere nel giudizio di prevalenza, sia per quelle che sono state sanzionate dal meccanismo dell'assenso tacito senza condizioni, sia infine per quelle che hanno esplicitamente preferito ricorrere alla tutela giurisdizionale piuttosto che alla composizione politico-amministrativa in Consiglio dei ministri.

Questa tendenza porta con sé alcune considerazioni circa l'ampliamento della legittimazione attiva dinanzi al Giudice amministrativo nei confronti delle Amministrazioni che vi facciano ricorso sia a tutela delle proprie attribuzioni, sia a tutela degli interessi da esse protetti⁵¹.

Sul punto, è noto che l'archetipo⁵² del processo amministrativo di stampo impugnatorio vede, quale parte ricorrente, un soggetto privato che agisce a tutela di un proprio interesse asseritamente leso dall'Amministrazione intimata.

Nelle fattispecie che qui ci interessano, la struttura processuale è antitetica all'archetipo così descritto sotto due profili: anzitutto, parte ricorrente è una pubblica Amministrazione e non un privato; di conseguenza – secondo profilo – l'interesse a tutela del quale essa ricorre non è privato ma ha natura pubblica.

Ora, quanto al primo profilo, non di rado la natura pubblica della

⁵¹ M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2021, pp. 47 ss. e in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2020-2021*, Roma, 2022, pp. 55 ss., spec. pp. 73-74.

In realtà si profila anche una seconda questione che qui resta sullo sfondo: la possibile sovrapposizione tra due giudizi in realtà molto diversi tra loro per struttura e funzione, ovvero il processo dinanzi al Giudice amministrativo e il giudizio per conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale ex art. 134 Cost. In proposito, v. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2019, p. 5. Sui profili critici della tendenza delle Amministrazioni a fare un utilizzo "fungibile" tra il giudizio costituzionale e quello amministrativo per dirimere i contrasti, v. S. TRANQUILLI, *Ai più importanti bivi, non c'è segnaletica. I conflitti stato-regioni tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021; nonché ID., *I conflitti*, cit., spec. pp. 363 ss.; v. anche, sul punto, M. MACCHIA, *Quando lo Stato fa causa allo Stato*, cit. e, da ultimo, ID., *Il governo in bikini. Fisionomia del potere governativo tra norma e prassi*, Milano, 2024.

⁵² F. SAITTA, *Interessi diffusi e legittimazione a ricorrere: una questione da rivedere*, in AA.VV., *Riprendiamoci la città. Manuale d'uso per la gestione della rigenerazione urbana*, IFEL-Fondazione ANCI, 2023, pp. 233 ss.

Nonché V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2014, pp. 341 ss.

parte ricorrente ha suscitato interrogativi circa l'influenza sulla struttura processuale e sulla conseguente torsione della giurisdizione amministrativa da soggettiva a oggettiva: ciò è accaduto in conseguenza dell'attribuzione *ex lege* della legittimazione processuale attiva alle *Authorities* quali, per esempio, ANAC⁵³ e AGCM⁵⁴.

Tuttavia, accanto a questo fenomeno ve n'è un altro – quello che qui maggiormente ci interessa – non troppo dissimile dal primo ma probabilmente meglio inquadrabile nei principi generali che regolano il processo amministrativo, ovvero l'esercizio dell'azione davanti al G.a. da parte di enti pubblici rappresentativi di collettività territoriali (Comuni, Province) avverso atti dello Stato, o di altri enti pubblici, a tutela di interessi generali delle collettività stesse⁵⁵: si tratta di un fenomeno diffuso e risalente nel tempo. In questo caso la legittimazione ad agire non deriva da espressa attribuzione legislativa, ma dalla posizione istituzionale del soggetto agente. Nondimeno, il filtro della proponibilità dell'azione rientra in quelli ordinari del giudizio amministrativo, dato che la situazione soggettiva di un ente pubblico che ricorra al Giudice per la tutela di un interesse pubblico configura comunque una situazione d'interesse legittimo determinata dall'esercizio di un potere amministrativo che con esso collide⁵⁶.

Quanto poi, più specificatamente, al secondo profilo sopra menzionato, nelle fattispecie relative all'utilizzo di strumenti conferenziali e consensuali di decisione, nelle quali si evidenzia profondamente la frammentazione amministrativa e la moltiplicazione dei centri decisionali, il potenziale conflitto fra le Amministrazioni e fra gli interessi da esse protetti pone il tema ineludibile dell'individuazione della posizione sostanziale che fonda la legittimazione processuale dell'Amministrazione, sì da determinare in che cosa consista la lesione dell'interesse che ne giustifica

⁵³ Tra gli studi in proposito v. S. TUCCILLO, *La Legittimazione processuale delle Autorità indipendenti. Il caso ANAC*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, pp. 197 ss.

⁵⁴ V., tra gli altri, R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis, l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012.

⁵⁵ Per L.R. PERFETTI, *La legittimazione processuale come parte della teoria del diritto di azione. Il problema della limitazione della tutela dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione e ritorno*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, pp. 226 ss., si tratta di ipotesi di sostituzione processuale che costituiscono eccezione alla struttura soggettiva del processo amministrativo, il quale deve garantire sempre a ciascun individuo la tutela delle «proprie» situazioni giuridiche laddove essere siano «in sofferenza».

⁵⁶ Così M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, pp. 207 ss.

l'azione giurisdizionale.

Se pensiamo ai procedimenti cc.dd. unici, caratterizzati da un uso massivo della conferenza di servizi e dalla sostituzione – con un unico provvedimento – degli atti di assenso di tutte le pp.AA. interessate, e guardiamo alla possibilità che ad adire l'Autorità giurisdizionale siano gli enti territoriali, specie quelli locali, non di rado pretermessi nelle decisioni caratterizzate dalla peculiare concentrazione procedimentale asservita alle ragioni di celerità ed efficacia dell'azione amministrativa per la soddisfazione di interessi strategici nazionali, possiamo senz'altro fare riferimento alla giurisprudenza che analizza il tema della loro legittimazione.

È principio pretorio consolidato quello secondo il quale gli enti territoriali, in quanto «esponenziali di una determinata collettività di cittadini, istituzionalmente legittimati a curarne e a difenderne gli interessi e a promuoverne lo sviluppo, sono legittimati ad agire contro tutti gli atti ritenuti in qualche modo lesivi di quegli interessi»⁵⁷. Gli enti territoriali devono ritenersi perciò legittimati a ricorrere⁵⁸: ciò anche quando facciano proprie le osservazioni di comitati e associazioni a tutela di interessi diffusi sul loro territorio⁵⁹. Ciò consente – anche nelle ipotesi in cui difficilmente, o comunque non pacificamente, si riconosca legittimazione *procedimentale*⁶⁰ e poi *processuale*⁶¹ a questi soggetti – di portare a conoscenza dell'Autorità

⁵⁷ Tar Lazio, II-*bis*, 16 novembre 2018, n. 11460; Id., III, 9 dicembre 2022, n. 16488.

⁵⁸ Sotto questo profilo, si segnala la posizione avvertita di M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione*, cit., spec. pp. 85 ss., per i quali, invece, la legittimazione in questi casi non va data per scontata, essendo anzi imbevuta d'incertezza a causa della naturale eterogeneità e disomogeneità degli (e naturale conflittualità tra gli) interessi di una comunità territoriale: ciò che impedirebbe all'ente pubblico di “selezionarne” uno tramite criteri scevri da un impenetrabile fattore politico, così indebolendo le basi giuridiche della propria legittimazione.

⁵⁹ Non bisogna infatti sottovalutare l'impatto – (prima) sul procedimento e (poi) sul contenzioso – del dissenso sociale rispetto ai progetti che impattano sul territorio. Il tema, in questa sede non esplorato perché eccentrico rispetto al *core* del dissenso istituzionale tra Amministrazioni, è piuttosto scivoloso, ma può dirsi che esso ha sostanzialmente due strade di sviluppo: una di tipo procedimentale, attraverso l'arricchimento dei meccanismi partecipativi; l'altra di tipo processuale, attraverso le strategie ermeneutiche giurisprudenziali di ampliamento della legittimazione ad agire nei confronti di associazioni e comitati.

⁶⁰ V. in proposito, L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2012, pp. 850 ss.; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2010, pp. 459 ss.; più di recente, V. FANTI, *L'autonomia sostanziale e processuale degli interessi procedimentali quali diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2023, pp. 233 ss.

⁶¹ Ci si riferisce qui al tema – vicino ma non coincidente con quello che si sta trattando

giurisdizionale la lesione di interessi che altrimenti rischierebbero di restare adespoti e non adeguatamente protetti.

Infatti, si riconosce agli enti territoriali la legittimazione ad agire anche in assenza di una specifica competenza amministrativa: la tutela è azionabile anche a difesa di interessi non propriamente dell'Amministrazione dissenziente, bensì di interessi "altri", riconducibili alla collettività territoriale di riferimento. Ne deriva, come efficacemente è stato affermato, che la proposizione del ricorso avverso la determina conclusiva della conferenza di servizi è un atto che disvela la sua natura politica⁶².

Il formante pretorio si è posto la questione circa la sussistenza di questi requisiti anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione ricorrente sia stata presente alla conferenza di servizi, esprimendo il proprio dissenso; o, addirittura, se in essa abbia prestato assenso. In altre parole, in che rapporto sono il profilo procedimentale e quello processuale?

Permane una profonda divaricazione tra le posizioni proposte in ordine all'eventuale attribuzione della legittimazione attiva anche in capo alle Amministrazioni partecipanti alla riunione conferenziale e diverse dall'Amministrazione procedente.

Sul punto, una risalente giurisprudenza degli anni '90⁶³ aveva negato con fermezza la sussistenza della legittimazione a ricorrere a favore dei soggetti pubblici che avessero preso parte alla conferenza e che avessero in essa manifestato una posizione di dissenso. Questa impostazione, criticata in dottrina⁶⁴, è stata poi superata da una giurisprudenza di segno opposto⁶⁵.

Nondimeno, vi sono ancora contrasti giurisprudenziali con riferimento all'eventuale attribuzione della legittimazione attiva in capo all'Am-

– della legittimazione processuale attiva delle associazioni, dei comitati e dei *cives* in generale, in difesa degli interessi diffusi. Sul punto v'è una corposissima dottrina, la quale riferisce anche dei contrasti in letteratura e giurisprudenza. V. in proposito P.L. PORTALURI, *Immagini da un futuro possibile: il paradigma della legittimazione ad agire*, in *Ceridap.eu*, n. 2/2023, pp. 226 ss., e, più estesamente, Id., *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021. Ma v. anche B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020, nonché la sezione monografica dedicata al tema della legittimazione ad agire nella Rivista *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019.

⁶² S. TRANQUILLI, *I conflitti*, cit., p. 390.

⁶³ Tar Piemonte, Torino, II, 7 ottobre 1991, n. 324; Tar Puglia, Bari, I, 23 settembre 1995, n. 950.

⁶⁴ F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 255 ss., spec. p. 281.

⁶⁵ Cfr., tra le tante, Cons. Stato, IV, 16 ottobre 1991, n. 837; Id., 29 settembre 1992, n. 754; Id., 6 ottobre 2001, n. 5296.

ministrazione silente, all'amministrazione assente pur se convocata, o, ancora, nei confronti dell'ente partecipante e assenziente.

Quanto al ricorso giurisdizionale proposto avverso la determinazione conclusiva della conferenza da parte delle Amministrazioni, regolarmente convocate, che restano silenti e per le quali scatta il meccanismo del silenzio assenso senza condizioni, il principio maggiormente condiviso in giurisprudenza è quello per cui l'Amministrazione in questione è senz'altro legittimata a ricorrere in giudizio poiché la "situazione legittimante" – ovvero la protezione dell'interesse cui essa è preposta, che può essere anche quello della sua comunità laddove si parli di un ente territoriale – non viene certo meno a causa dell'espletamento della conferenza di servizi alla quale quell'Amministrazione ha partecipato senza esprimere il dissenso. Il principio è applicato anche a fattispecie nelle quali l'Amministrazione ricorrente, regolarmente convocata in conferenza, sia rimasta assente e abbia solo dopo la determina manifestato il proprio dissenso⁶⁶.

Il Giudice amministrativo, dunque, in genere, non si pronuncia nel senso dell'inammissibilità del ricorso: al contrario, l'atto introduttivo del giudizio da parte dell'Amministrazione silente in conferenza è ammissibile e dunque le sue censure vanno esaminate nel merito⁶⁷. Certo è che, in questo caso, sarà difficile che l'Amministrazione possa vedere accolte le proprie doglianze, sovvertendo così – in sostanza – la determinazione conferenziale alla quale essa stessa ha contribuito col suo silenzio: probabilmente sarà più agevole tentare la strada della sollecitazione del potere di autotutela, pur alle stringenti condizioni ormai dettate dall'art. 14-*quater*, comma 2, l. n. 241/1990, il quale consente – per le Amministrazioni rimaste inerti – solo la sollecitazione del potere di annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies*.

Proprio sulla base di questa possibilità normata, una recente giurisprudenza⁶⁸ ha sanzionato con l'inammissibilità il ricorso dell'Amministrazione rimasta silente in conferenza. Val la pena di riportarne i passaggi cardine perché forieri di alcune riflessioni.

Anzitutto, secondo questa giurisprudenza, l'Amministrazione rimasta inerte in conferenza per non avervi partecipato o non essersi pronunciata con dissenso espresso, non solo – in ossequio all'art. 14-*bis*, co. 4, l. n. 241/1990 – ha prestato – *per fictio* – il proprio assenso senza condizioni; ma le sarebbe altresì impedito di ricorrere avverso la determina conclusiva

⁶⁶ Tar Lazio, Roma, III, n. 16488/2022, cit.

⁶⁷ Tar Lazio, Roma, III, 4 dicembre 2023, n. 18141.

⁶⁸ Tar Campania, Napoli, I, 11 aprile 2024, n. 2407.

della conferenza di servizi per contrasto «con il principio di buona fede e leale collaborazione, previsto dall'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990, nonché con il meccanismo semplificatorio rappresentato dal silenzio assenso previsto dall'art. 14-*bis*, comma 4»⁶⁹. Impedire all'Amministrazione inerte di ricorrere alla tutela giurisdizionale per ragioni di semplificazione amministrativa suscita qualche perplessità, se non altro per la inevitabile confusione che si crea tra piano procedimentale e piano processuale; nello stesso errore si ricade richiamando i principi di buona fede e di non contraddizione, i quali possono senz'altro valere rispetto al solo piano procedimentale, ma non sono tali da consentire una deroga così incisiva al diritto di azione costituzionalmente tutelato agli artt. 24 e 113 Cost.

Questa giurisprudenza, inoltre, sembra avere un più ampio respiro, giungendo ad affermazioni che potrebbero dirsi di principio, negando altresì la legittimazione processuale attiva a *tutte* le Amministrazioni in qualche misura coinvolte in conferenza, dunque anche a quelle dissenzienti.

Per il Giudice, l'ordito normativo degli artt. 14 ss., l. n. 241/90, mirando essenzialmente alla (esclusiva) semplificazione del procedimento, impedirebbe a *qualsivoglia* Amministrazione coinvolta nella conferenza di servizi – sia essa assenziente o dissenziente – di accedere alla tutela giurisdizionale: poiché gli artt. 14-*quater* e 14-*quinqies* forniscono alle Amministrazioni rimedi *procedimentali e sostanziali* di contestazione della determina conclusiva della conferenza (la sollecitazione del potere di autotutela e, per le sole Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, la proposizione dell'opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri), allora non sarebbe loro consentito di ricorrere all'Autorità giurisdizionale, e cioè di accedere alla tutela *processuale*.

In altri termini, poiché l'istituto della conferenza di servizi è stato elaborato in funzione semplificatoria del procedimento amministrativo, ciò escluderebbe la tutela processuale delle Amministrazioni – e degli interessi da esse protetti – ivi coinvolte: le quali avrebbero a disposizione «esclusivamente»⁷⁰ il potere sollecitatorio dell'autotutela.

Questa lettura si conferma foriera di una confusione tra il *procedimento amministrativo* e il *processo*, la quale conduce a una indebita compressione della legittimazione attiva delle Amministrazioni partecipanti

⁶⁹ Corsivo di chi scrive. Così prosegue il Giudice: «[...] consentire l'impugnazione, da parte del soggetto inerte, del provvedimento finale, [...] rischierebbe di rimettere in discussione tutta la vicenda, frustrando il meccanismo organizzativo della conferenza di servizi che è ispirato ad un rapido confronto tra amministrazioni capace di far emergere le posizioni giuridiche prevalenti».

⁷⁰ Parole della sentenza, alla cui integrale lettura si rinvia per ragioni di brevità.

alla conferenza di servizi – così sacrificata sull’altare della semplificazione amministrativa –, nettamente contraria al dettato costituzionale di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost.: profilo, questo della incompatibilità con la Costituzione, che è affrontato in un passaggio piuttosto sfuggente, che non menziona il paradigma costituzionale ma opera una non esattamente perspicua comparazione con l’istituto della SCIA⁷¹. Sembrerebbe cioè che, in qualche misura, negare la legittimazione processuale attiva all’Amministrazione coinvolta nella conferenza di servizi sarebbe in linea con la Costituzione perché, d’altra parte, qualcosa di analogo già esisterebbe nel nostro ordinamento – ovvero la preclusione del ricorso da parte del terzo controinteressato alla SCIA – e sarebbe stato anche avallato dalla Consulta.

Qualora questo fosse il senso di quell’*iter* logico-giuridico, ne nascerrebbero senz’altro delle perplessità: gli istituti – pur entrambi di semplificazione – non sono comparabili né dal punto di vista procedimentale né da quello processuale; inoltre, come noto, nel caso della SCIA, al terzo non è affatto preclusa la proposizione autonoma del ricorso, dunque non gli è stata mai negata la legittimazione processuale – questo, sì, che sarebbe contrario a Costituzione – ma gli è impedito di proporre *l’azione di annullamento ex art. 29 c.p.a.* per la semplice ragione che – si dicono cose notorie, si perdoni la breve digressione – nella SCIA, un provvedimento da impugnare non c’è e – oltretutto – v’è una espressa disposizione normativa – collocata nella l. n. 241/1990 ma con espresso riferimento anche all’art. 31 c.p.a., dunque con effetti diretti sul processo amministrativo – ai sensi della quale il terzo controinteressato, danneggiato dalla SCIA, può «sollecitare l’esercizio delle verifiche spettanti all’amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l’azione di cui all’art. 31, commi 1, 2, e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104»⁷².

⁷¹ Questo il passaggio: «Né tale limitazione [della legittimazione attiva, n.d.r.] può essere vista in contrasto con la Costituzione.

La preclusione a proporre un autonomo ricorso è, ad esempio, alla base della questione relativa alla tutela del terzo controinteressato nella S.c.i.a., che può solo sollecitare le verifiche spettanti all’amministrazione (art. 19, comma 6 ter l. n. 241 del 1990); sistema che, sia pure con qualche perplessità, la stessa Corte costituzionale ha giudicato non in contrasto con la Costituzione (cfr. sentenza n. 45 del 2019).

Peraltro paragonando le due posizioni (autorità amministrativa coinvolta nella conferenza di servizi e terzo controinteressato nella scia), l’autorità amministrativa coinvolta nella conferenza di servizi ha certamente poteri di influire sulla determinazione finale molto più ampi di quelli del controinteressato che normalmente non è coinvolto previamente nell’ambito dell’intervento oggetto di s.c.i.a.».

⁷² Si tratta, come noto, dell’art. 19, comma 6-ter, l. n. 241/1990: nel caso della SCIA,

Difficile, dunque, indurre dalla regolazione della SCIA⁷³ la compatibilità costituzionale dell'indebita restrizione – per la p.A. partecipante alla conferenza di servizi – delle maglie dell'accesso al Giudice amministrativo.

Né si può pensare che, a fronte di istituti procedurali di semplificazione dell'attività amministrativa, bisogna – di pari passo – inaridire il contenzioso: gli istituti di semplificazione procedimentale non nascono con una funzione deflattiva, ma fondano la propria ragione esistenziale sull'abbreviamento dei procedimenti, in un'asserita maggiore efficienza delle Amministrazioni e per questo “costano” la compressione di alcuni passaggi. Ciò implica che, contrariamente alle asserzioni di questa giurisprudenza, la tutela processuale deve *a maggior ragione* essere garantita, proprio per compensare le lacune procedurali che – quasi inevitabilmente – vengono a crearsi, specialmente nei procedimenti più complessi che richiedono, per esempio, appunto, la convocazione di una conferenza di servizi.

Questo vale ancor più per le Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili: come detto, nella pronuncia sembrerebbe, in maniera velata, emergere l'idea che – essendo previsto anche per loro un procedimento *ad hoc* di contestazione della determina finale della conferenza – non vi sarebbe spazio ragionevole per l'accesso al Giudice.

Quasi che la proposizione dell'opposizione alla Presidenza del Consiglio dei ministri debba essere intesa quale presupposto processuale per l'impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento conclusivo.

In realtà, così non è: la mancata proposizione dell'opposizione non determina affatto l'inammissibilità del ricorso da parte dell'Amministrazione dissenziente in conferenza; al contrario, resta comunque in capo a essa la facoltà di accedere alla tutela giurisdizionale⁷⁴.

Non è ammessa interpretazione differente dell'ordito normativo – neanche per apodittiche ragioni di semplificazione amministrativa che, come già detto, nulla hanno a che spartire col diritto alla tutela processuale: laddove si accedesse all'idea che la mancata proposizione dell'op-

dunque, la peculiare sistematizzazione delle azioni esperibili dinanzi al G.a. dal terzo controinteressato risponde non solo agli art. 24 e 113 Cost., ma anche al più generale principio *ex art.* 111 Cost. per il quale il giusto processo è «regolato dalla legge».

⁷³ Con le perplessità che peraltro l'istituto porta con sé sul piano della tutela processuale del terzo, evidenziate da S. TUCCILLO, *Le declinazioni*, cit.

⁷⁴ Tar Toscana, Firenze, II, 6 marzo 2020, n. 286. Semmai, il sistema conduce alla lettura opposta: è la (eventuale) pendenza del giudizio di opposizione, a precludere la proposizione del ricorso al Giudice amministrativo, che dovrà esser dichiarato inammissibile per difetto d'interesse, cfr. Tar Lazio, Roma, I-quater, 7 maggio 2020, n. 4792.

posizione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri preclude l'esercizio dell'azione giurisdizionale, stante il brevissimo termine – dieci giorni – del quale le Amministrazioni possono usufruire per proporla, si dovrebbe dubitare seriamente della compatibilità costituzionale dell'istituto per come congegnato.

6. Conclusioni: il tempo tra inadeguatezze procedurali e vuoti di tutela

Dal quadro qui pur sinteticamente delineato emerge una declinazione del tempo dell'attività amministrativa per lo più indirizzata alla celerità e alla certezza anche nelle fattispecie più complesse, la decisione “giusta”, efficace e ben temperata essendo lasciata soltanto appannaggio dell'Amministrazione procedente a seguito della conclusione della conferenza di servizi.

Questo strumento procedimentale ha perso nel tempo le sue caratteristiche iniziali – *in primis*, la sua funzione di assicurare il coordinamento tra le Amministrazioni partecipanti – per essere sempre più modellato sulle esigenze di celerità e certezza dei tempi della decisione: primeggiando le necessità di semplificare e accelerare, non è più indispensabile che le Amministrazioni si parlino tra loro, bensì che esse – anche separatamente, senza alcun coordinamento – facciano giungere all'Amministrazione procedente assensi o dissensi entro i rigidi termini loro assegnati, pena il silenzio assenso che determina l'inefficacia di qualunque dissenso sopravvenuto.

Questo rende la conferenza uno strumento appetibile senz'altro per le dette ragioni di celerità, ma del tutto inadeguato per garantire che le decisioni complesse siano assistite da meditate soluzioni giuridiche e – prima ancora – tecniche. Non bisogna dimenticare, infatti, che solo le Amministrazioni partecipanti alla conferenza possono esercitare la propria competenza ed esprimere valutazioni di tipo tecnico-discrezionale: all'Amministrazione decidente, invece, è lasciato il criterio pure discrezionale – ma di natura giuridica – della prevalenza. Il che significa che, laddove la decisione complessa da prendere involga profili tecnici e l'Amministrazione competente, in conferenza, sia sanzionata col meccanismo del silenzio assenso senza condizioni, quella decisione resterà scoperta proprio sotto il profilo fondamentale per la sua piena rispondenza agli interessi pubblici.

Il meccanismo del silenzio assenso senza condizioni, infatti, pur

consentendo senz'altro un'accelerazione procedimentale ed evitando alle Amministrazioni di restare ostaggio di comportamenti dilatori, si rivela inadeguato nella sua applicazione a fattispecie così complesse da richiedere l'utilizzo dello strumento procedimentale conferenziale. Non bisogna dimenticare che i procedimenti che impegnano più Amministrazioni sono per loro natura tali da intercettare molteplici interessi e, non di rado, la composizione della decisione finale confluisce in un bilanciamento fra tutti: operazione, questa del bilanciamento, che consente di sacrificare alcuni interessi al cospetto di altri, mantenendone però intatto il nucleo duro. Operazione che non può che essere condotta tramite condizioni e prescrizioni.

Il silenzio assenso in conferenza – è evidente – non consente di introdurre prescrizioni nel provvedimento finale: l'Amministrazione procedente, chiamata a decidere, come detto, non ha infatti alcuna competenza né alcun potere per imporre alcuna prescrizione relativa all'assenso tacitamente acquisito, poiché esso è di competenza di altra Amministrazione, alla quale è per di più precluso esprimersi in via postuma anche solo per dettare le prescrizioni al fine di mantenere intatto il nucleo duro dell'interesse da essa tutelato⁷⁵.

La modalità di superamento del dissenso tramite suo bilanciamento con gli assensi nel c.d. giudizio di prevalenza, invece, nella sua applicazione *secundum legem* dovrebbe essere quella che maggiormente ne tiene conto: come visto, quando l'Amministrazione procedente, all'esito della conferenza, decide di dare rilievo alle posizioni favorevoli e ritenere – motivatamente – recessive quelle dissenzienti, esercita un potere discrezionale controllabile dal Giudice amministrativo secondo i criteri di ragionevolezza e logicità. Nondimeno, l'introduzione di questo criterio decisionale per consentire il superamento del dissenso, prevedendo la sintesi delle posizioni espresse in conferenza da parte della sola Amministrazione decidente, entra in conflitto con il sistema delle autonomie e il principio di competenza esclusiva⁷⁶.

Ulteriori perplessità affliggono, poi, il quadro processuale: laddove dovesse attecchire l'orientamento giurisprudenziale che nega la legittimazione attiva delle Amministrazioni convocate in conferenza di servizi, ne deriverebbe un sostanziale vuoto di tutela per gli interessi pubblici già pretermessi in sede procedimentale.

⁷⁵ In questo senso, A. GIORGIO, *La conferenza di servizi tra semplificazione e coordinamento amministrativo*, in *Annali 2020 – Università degli Studi di Suor Orsola Benincasa*, reperibile al link <https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/annali/article/view/1273>, spec. pp. 95 ss.

⁷⁶ Di questo avviso G. GARDINI, *La conferenza di servizi*, cit., p. 2.

Potrebbe, forse, non esser necessario istituire un collegamento così stretto tra la partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale dell'Amministrazione: una cosa è, infatti, la partecipazione di un soggetto pubblico al procedimento in conferenza, altra la sua eventuale titolarità di una posizione qualificata e differenziata, in ipotesi danneggiata proprio dagli effetti del provvedimento conclusivo della medesima riunione conferenziale⁷⁷.

Qualora effettivamente l'interesse pubblico protetto dall'Amministrazione in conferenza tragga – o possa trarre – un pregiudizio dalla determina conclusiva, non appare giustificabile la compressione della sua tutela giurisdizionale fino a negarle l'accesso al Giudice.

Peraltro, una soluzione così estrema e non in linea col quadro costituzionale non sarebbe neanche utile, dal momento che il dato empirico restituisce cospicua giurisprudenza che, senza mettere in discussione la legittimazione delle Amministrazioni, risolve agevolmente la questione nel merito del ricorso. Scandagliamone le ipotesi.

Anzitutto, l'Amministrazione partecipante e dissenziente potrà certamente ricorrere per impugnare la determina finale eccependone l'illegittimità per eccesso di potere, contestando la cattiva applicazione del criterio di prevalenza da parte dell'Amministrazione procedente⁷⁸.

Laddove a ricorrere sia l'Amministrazione partecipante e altresì assenziente – per inerzia o per aver prestato assenso espresso –, essa potrà esperire il rimedio giurisdizionale, seppur con una probabile rieiezione nel merito⁷⁹.

⁷⁷ Sul tema della correlazione tra partecipazione procedimentale e legittimazione processuale, v. P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, pp. 1-129; v. anche S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, pp. 13 ss., R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)* (ad vocem), in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, pp. 481 ss.

⁷⁸ Non sussistono dubbi, per M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione*, cit., p. 81, circa l'ammissibilità dell'impugnazione del provvedimento finale affetto da illegittimità da parte dell'ente territoriale dissenziente in conferenza.

⁷⁹ A conclusioni parzialmente diverse giungono M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione*, cit., pp. 81-82, per i quali propendono per l'inammissibilità del ricorso in applicazione delle regole sulla c.d. acquiescenza: le quali, tuttavia, sono molto rigide e prevedono un libero, chiaro e univoco atteggiamento di accettazione delle conseguenze del provvedimento (tale dovrebbe essere la posizione dell'Amministrazione assenziente). Stante questa rigidità, a parer di chi scrive, questa lettura potrebbe non trovare applicazione a quelle fattispecie nelle quali ci si trovi davanti a un assenso non chiarissimo o condizionato, o magari a un dissenso carente in motivazione. Nel caso, invece, dell'Amministrazione rimasta inerte, per gli AA. l'esito processuale

Infine, ben più elevate saranno le possibilità di accoglimento del ricorso da parte dell'Amministrazione illegittimamente pretermessa dalle operazioni conferenziali, la quale potrà denunciare tanto vizi del bilanciamento discrezionale quanto violazioni inerenti alle regole procedurali di un procedimento al quale non è stata messa nelle condizioni di partecipare.

In definitiva, dunque, non pare giustificabile l'operazione di collegamento tra la modalità di partecipazione delle Amministrazioni alla conferenza e l'attribuzione della legittimazione attiva: è, al contrario, decisamente più funzionale all'obiettivo di coerenza generale del sistema un'analisi caso per caso della fattispecie concreta, che inquadri la legittimazione dell'Amministrazione ricorrente nei parametri ordinari.

D'altra parte, il sindacato giurisdizionale soffrirà sempre dei suoi limiti, trattandosi di una valutazione esterna alle scelte tecnico-discrezionali dell'Amministrazione procedente che ha provveduto alla sintesi delle posizioni espresse in conferenza: le scelte amministrative tecnico-valutative, ancorché opinabili, sono sindacabili in sede giudiziale «esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, eventualmente anche sotto l'aspetto della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche»⁸⁰.

Sicché, laddove l'Amministrazione dissenziente – o non partecipante, o assenziente – pretendesse di far rivalutare nel merito la decisione complessa maturata all'esito della conferenza di servizi, potrebbe alternativemente sollecitare l'esercizio del potere di autotutela, così però restando incagliata nelle ulteriori incertezze del c.d. "secondo tempo dell'Amministrazione"⁸¹; oppure – se si tratta di p.A. preposta alla tutela di interessi sensibili – esperire il giudizio di opposizione alla Presidenza del Consiglio dei ministri: percorso, questo, che tuttavia sconta una profonda sfiducia delle Amministrazioni nell'accentramento della decisione a livello governativo.

Sono piuttosto evidenti, in definitiva, le inefficienze dell'applicazione di strategie semplificatorie, acceleratrici a tutti i costi, a fattispecie che

dovrebbe esser sempre quello dell'inammissibilità, ma stavolta in applicazione del principio di non contraddizione e del divieto di abuso del processo – sul quale v. anche G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015. L'indirizzo giurisprudenziale che ammette comunque l'impugnativa anche alle Amministrazioni rimaste inerti – le quali sarebbe "sanzionate" solo sul piano procedimentale con il silenzio assenso, ma non certo su quello processuale – potrebbe infatti, secondo gli AA., dar luogo a sempre maggiori comportamenti degli enti territoriali confliggenti con questi principi.

⁸⁰ *Ex multis*, Tar Campania, Napoli, VII, 29 aprile 2024, n. 2838.

⁸¹ Sul quale si sofferma S. TUCCILLO, *Le declinazioni*, cit.

richiedono, al contrario, decisioni complesse che bilancino plurimi interessi pubblici: sul piano procedimentale, queste strategie finiscono per esautorare le Amministrazioni dal loro compito di protezione e veglia sugli interessi pubblici loro affidati; sul piano processuale, c'è il rischio che quegli interessi vadano incontro a un vuoto di tutela non altrimenti colmabile.

Non si tratta, pertanto, di “corse contro il tempo” pregiudizievoli solo per l'equilibrio pubblico-privato: anche i cc.dd. rapporti orizzontali tra Amministrazioni, e gli interessi pubblici a essi sottesi, rischiano gravi compromissioni. Per l'evidente ragione che – come detto in apertura – le decisioni *complesse* non possono essere *semplificate*, “eliminandone” o contingentandone forzosamente gli anelli valutativi in esse concatenati: al contrario, esse vanno ponderate ancor più di quelle semplici⁸²; hanno bisogno, probabilmente, di più tempo; hanno bisogno, senz'altro, di certezza nei termini della loro assunzione; ma hanno bisogno, soprattutto, di meccanismi incentivanti e agevolativi. Agendo (almeno), in via di ipotesi, su un triplice piano: normativo, di progressivo riordino delle disposizioni che le regolano; organizzativo, incrementando il reclutamento nelle Amministrazioni che devono assumerle; procedimentale, incentivandone l'adozione tempestiva con meccanismi premiali e assicurando il coordinamento tecnico-valutativo tra le Amministrazioni coinvolte nei procedimenti conferenziali. Affinché il tempo della decisione possa essere, sì, “certo”; magari anche “celere”; ma anche “giusto”⁸³.

⁸² «Meditate», come rileva S. TUCCILLO, *Le declinazioni*, cit.

⁸³ Il riferimento è alla ricostruzione di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo”*, cit.

Gianmarco Poli

*Ruit hora: garanzia del tempo dell'individuo
e rimedi processuali contro l'inerzia dell'Amministrazione*

SOMMARIO: 1. Il tempo e l'individuo – 2. Situazioni soggettive e mancato esercizio del potere amministrativo. L'azione avverso il silenzio come tutela di un diritto – 3. Interesse a ricorrere nel rito avverso il silenzio – 4. Tutela cautelare e silenzio: i termini di un problema – 5. *Segue*. I principi costituzionali a protezione dei diritti del singolo come bussola per orientarne la soluzione – 6. *Segue*. Tutela cautelare e terzi pregiudicati da una S.C.I.A. – 7. A mo' di conclusione.

1. Il tempo e l'individuo

La comparsa, nel panorama dottrinale attuale, di studi che hanno posto al centro della riflessione “il tempo” dell'azione amministrativa¹, piuttosto che – come da abitudine del passato² (anche recente³) – il suo termine, induce a domandarsi se sia diventato irrimandabile aggiornare il catalogo dei concetti e delle categorie attraverso cui filtrare il diritto delle amministrazioni o se, invece, a uno spostamento nel punto di osservazione di un medesimo fenomeno non sia corrisposta una trasformazione reale dello stesso, rimasto pressoché immutato nei suoi tratti essenziali (e nel

¹ Si allude, in modo particolare, agli scritti di M. CALABRÒ, *Il tempo “certo” ed il tempo “giusto” nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo* e S. TUCCILLO, *Le declinazioni del “tempo” nell'azione amministrativa: un percorso di studio*, entrambi in questo Volume (ma vedi, sullo stesso oggetto di indagine, ID., *Il tempo dell'azione amministrativa come diritto fondamentale*, in *Pers. Amm.*, 2023, 257 ss.; A. NICODEMO, *Il tempo come bene della vita*, Torino, 2024; M. MACCHIA, *Il tempo come bene della vita. Il nesso tra tardività e inefficacia*, in *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, a cura di A. GIORDANO, Milano, 2021, 587 ss.).

² Tra i primi, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

³ Vd., ad es., A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in *Pers. Amm.*, 2017, 313 ss.; D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 779 ss.

modo d'intenderlo), necessitando soltanto di rimeditazione alla luce di un più evoluto modo d'intendere il potere pubblico e il suo ruolo nell'ordinamento costituzionale.

Il dubbio appare tanto più lecito quanto dense di implicazioni si prospettano le conclusioni (consonanti) alle quali queste indagini, sia pur seguendo percorsi differenziati, giungono, eleggendo il tempo del potere (o del suo mancato esercizio) ad autonomo bene della vita⁴, protetto – o da proteggere, con strumenti adeguati alla natura della posizione vantata – come diritto fondamentale dell'individuo⁵.

Si vedrà, però, come l'utilità attualmente riconosciuta dalla normativa sostanziale, che tiene legate l'azione amministrativa e il fattore tempo, lungi dall'essere un'entità aliena e slegata – e, quindi, in questo senso autonoma – rispetto al bene protetto dall'interesse legittimo che preesiste e fronteggia il potere⁶, rappresenta nient'altro che un frammento di quel tutto, unitario e organico, che l'ordinamento tutela quando il cittadino s'imbatte in un potere: la pretesa a un provvedimento conforme alle norme di comportamento che presiedono alla sua adozione.

In questa differente chiave di lettura, la posizione dei soggetti coinvolti nell'episodio di esercizio della funzione non potrà che essere dislocata seguendo la tassonomia del rapporto obbligatorio, e la stessa tempistica dell'azione, quale fattore che contribuisce a delineare e delimitare il patrimonio di obblighi gravanti *ex lege* sull'Amministrazione titolare del potere, proiettarsi nella dimensione del diritto civile e del suo codice, quale sede naturale della disciplina in materia.

E ciò, anche al cospetto dell'attentato più insidioso per il bene tempo in cui l'individuo, per opinione largamente condivisa, può rimanere coinvolto quando si rivolge a un'amministrazione pubblica: ritrovarsi ostaggio di un'inerzia dell'ente, in fattispecie in cui la legge ha fissato una linea temporale certa entro cui il provvedimento debba essere adottato.

Al processo di valorizzazione del tempo dell'azione amministrativa – riscoperto come bene dell'individuo che entra in contatto con un potere

⁴ In questa direzione, muovono le considerazioni di M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto"*, cit., 15.

⁵ È il percorso proposto da S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa*, cit., in partic., 10 ss. e 16 ss.

⁶ Da ultimo, cfr. L. FERRARA, G. MANNUCCI, I. PIAZZA, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 19: «l'interesse legittimo, lungi dall'essere la risultante della trasformazione di un diritto per opera del potere pubblico [...] si afferma come posizione autonoma e originaria, che a quel potere preesiste».

pubblico –, infatti, ha sempre fatto da *pendant* un'attenzione costante, da parte della dottrina, per quel fenomeno, dappprincipio inafferrabile, che è stato il silenzio dell'Amministrazione.

Molti mutamenti hanno percorso il diritto amministrativo da quando, a partire dagli anni Sessanta, si è accettata l'idea che il mancato esercizio di un potere doveroso costituisse un fenomeno giuridico a sé stante, bisognoso di un'autonoma categoria classificatoria (che lo allontanasse da quella, in cui era stato relegato, delle forme di diniego tacito⁷) e, soprattutto, di strumenti dedicati di tutela, attivabili da chi pativa gli effetti di un atteggiamento omissivo dell'Amministrazione⁸.

Da allora, infatti, la natura della posizione soggettiva che sorge in capo ai destinatari del potere mai esercitato è stata indagata a fondo e sostenuti passi in avanti sono stati mossi dalla legislazione processual-amministrativistica, animata dall'intento di perfezionare e calibrare sempre meglio le misure di contrasto all'inerzia, sull'interesse individuale che, di volta in volta, le norme sostanziali hanno inteso proteggere⁹.

Si è così giunti, fino ai giorni nostri, alla edificazione di un ordito di regole – con ruolo di punta nel codice del processo amministrativo – che promettesse di raggiungere quello *standard* di tutela che gli artt. 24 e 113 Cost. chiedono di mettere in campo quando le prerogative dei cittadini sono messe a repentaglio da un *non* (o *male*) *agere* della P.A.

Come si vedrà, tuttavia, osservando tra le pieghe del diritto vivente e le recenti e accreditate riflessioni sul rapporto tra cittadino e potere, resta più di un dubbio che la promessa sia stata mantenuta e che l'obiettivo di un sistema di tutele per l'individuo e il suo tempo – osservato nel prisma

⁷ Superando quella che è stata definita la “finzione di tutela” costitutivo-demolitoria da D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 37 ss.

⁸ Cfr. ad es., Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 1960, n. 727, in *Foro amm.*, 1961, I, 343; Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 1961 n. 65, in *Foro it.*, 1961, III, 41 ss. che, ispirandosi a quanto enunciato da Cons. Stato, Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8 (in *ibid.*, 42: «il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'Amministrazione: il silenzio è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà») in tema di silenzio-rifiuto, hanno aperto le porte a un processo di accertamento circa l'esistenza, in capo all'Amministrazione, di un obbligo di provvedere. Prima di allora, il silenzio era equiparato a un rigetto e, conseguentemente, il giudizio avverso di esso era tarato sullo schema dell'azione di annullamento. Su questi temi e sull'evoluzione della giurisprudenza al riguardo, si veda diffusamente F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.

⁹ Da ultimo, per uno studio organico sul fenomeno dell'inerzia amministrativa, S. VILLAMENA, *Inerzia e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020.

dell'azione avverso l'inerzia amministrativa –, responsivo rispetto al primato dei diritti della persona sancito in Costituzione, sia stato raggiunto appieno.

2. Situazioni soggettive e mancato esercizio del potere amministrativo. L'azione avverso il silenzio come tutela di un diritto

Negli ultimi due decenni, a scuotere dal torpore in cui si era adagiata la dogmatica del diritto amministrativo – appiattita su una ormai consolidata e rassicurante versione del legame tra potestà e interessi dell'individuo –, è comparso sulla scena quel movimento intellettuale che, nel segno di una progressiva conquista della parità tra cittadino e amministrazione (di fronte alla legge), ha decostruito e poi ricomposto, in un diverso ordine, il rapporto che intreccia le norme al potere discrezionale.

Si è compreso, infatti, che eccettuati taluni vincoli normativi al potere posti nel solo interesse pubblico (e, dunque, sprovvisti di una corrispondente pretesa individuale), tutti gli altri, posti a garanzia di un interesse privato, avevano l'effetto di far sorgere in capo al singolo, situazioni soggettive¹⁰ a struttura creditizia¹¹. Dette pretese¹², che hanno la loro disciplina tanto

¹⁰ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 165 ss., che tiene distinte le «regole puntuali che non appaiono riferibili a uno specifico interesse privato alla loro osservanza [e, dunque,] poste nel solo interesse pubblico» (e rispetto alle quali «manca il diritto soggettivo, ma anche l'interesse legittimo tradizionalmente inteso»), dalle regole, «“indeterminate” di comportamento [o] “puntualmente vincolanti”» che possiedono una «rilevanza esterna [che dipende] dalla esistenza di un interesse sostanziale protetto» e la cui violazione rileva in termini di «inadempimento di obblighi inerenti al rapporto» tra Amministrazione e cittadino.

¹¹ Così, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 175 ss. che aveva parlato di un «diritto di credito (avente a oggetto una prestazione consistente in un comportamento – in un atto – dalle caratteristiche pre-determinate)» chiasmaticamente correlato a una obbligazione (di mezzi) della quale è destinataria la P.A. (avvertendo, tuttavia, che sarebbe stato errato identificare il diritto di credito del cittadino con il semplice interesse alla legittimità, se non foss'altro perché «la costruzione proposta, lungi dal postulare un generalizzato “dovere dell'amministrazione di osservare le leggi”, fonda una precisa obbligazione di quest'ultima verso un soggetto determinato» o più soggetti determinati, nel caso in cui si debba fare i conti con eventuali controinteressati (179). Nonché, da ultimo, I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 221 ss.

¹² Le quali «hanno un loro *diverso ed autonomo* oggetto che va pure qualificato come

in norme a contenuto puntuale (regole) quanto in norme a contenuto indeterminato (principi e clausole generali)¹³, trovano nel provvedimento il loro oggetto¹⁴.

Ma si è compreso, soprattutto, che una simile pretesa di provvedimento¹⁵ – complice una recente riforma dei procedimenti a istanza di parte¹⁶ – non rimanesse sempre uguale a sé stessa, vivendo nel rapporto amministrativo

bene della vita», secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 159 nt. n. 232.

¹³ Che «in nulla differiscono [...] da tutte le altre», specie nel «carattere di prescrittività della norma stessa, nella comune qualificazione dei rapporti che ne discendono in termini di diritto-obbligo» (così, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 167).

¹⁴ E il loro momento unificante, secondo la teoria della situazione giuridica soggettiva complessa, su cui vedi G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 26 – 27: «“diritto soggettivo” può essere riferito sia a ciascuna delle prerogative hohfeldiane individualmente considerata, se fondato su una norma specifica, sia ad un insieme più o meno complesso di tali prerogative, se fondato su una norma generica. [...] In questo senso, che potremmo definire statico, la complessità di un diritto è dunque una questione di grado, che dipende dalla quantità di posizioni hohfeldiane connesse tra loro», nonché L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma – Bari, 2007, 67 ss. e 398, ove descrive i diritti come «situazioni molecolari complesse». Con riferimento all'interesse legittimo, cfr., invece, L. FERRARA, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?*, in *Quest. giust.*, 2021, 60, che ragiona di «carattere “complesso” della relativa [all'interesse legittimo] obbligazione»; G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 8, che, con specifico focus sulla tutela dell'affidamento, parla di «obbligazioni strumentali» la cui soddisfazione «dipende da quella della posizione principale, al pari della sua tutela, da costruire ‘all'ombra’ dell'interesse legittimo»; nonché I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., 234 ss. il quale, con riferimento a taluni diritti procedurali – come la pretesa alla neutralità del decisore amministrativo fondata sull'art. 6-bis, l.n. 241/90 e connessa al principio di imparzialità della P.A. –, precisa che essa «tutela un bene (neutralità del decisore) diverso da quello finale» (238).

¹⁵ Al concetto di pretesa si rifà D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 17 (che parla di «situazione giuridica soggettiva a carattere relativo» definibile in termini di «pretesa di provvedimento amministrativo favorevole»). Alla pretesa, sia pure ricostruita in una chiave inedita (di «pretesa che si rivolge direttamente, in termini negativi o positivi, nei confronti della situazione effettuale a cui il potere fa riferimento (l'utilità finale, come mediata dall'adozione del provvedimento)»), che si astraie dalla dinamica classica del rapporto creditorio, si è richiamato, da ultimo, anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, 2020, in partic., 507 ss. e 515 ss., facendone l'oggetto del giudizio amministrativo di condanna ex artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. (520 - 521).

¹⁶ Si tratta, in particolare, dell'art. 12, comma 1, lettera e), del d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla l.n. n. 120/2020, che ha riscritto in larga parte l'art. 10 bis, l.n. 241/90.

con sembianze cangianti, suscettibili di mutare – in consistenza e contenuto – a seconda dell'indole (vincolata o discrezionale) del potere in esercizio o di come l'*iter* procedimentale si è in concreto dipanato.

Mentre, infatti, appartiene ormai alla coscienza collettiva¹⁷ che a un potere interamente vincolato – in cui una e una sola risulti la soluzione conforme a legge – corrisponda sempre e comunque la pretesa (assimilabile a un diritto di credito)¹⁸ a un provvedimento favorevole¹⁹ (che coincide, fatalmente, con il provvedimento legittimo), la divaricazione tra i possibili sviluppi del procedimento discrezionale – a seconda che transiti o meno per il punto di scambio rappresentato dall'art. 10 *bis* della l.n. 241/1990 – ha comportato, dal lato del privato, una diversificazione nell'oggetto di detta pretesa: a un provvedimento legittimo²⁰, ancorché di segno negativo,

¹⁷ E nonostante l'ostinazione del g.a. nel dare continuità al criterio della direzione della norma attributiva del potere vincolato (cfr., di recente, Cons. Stato, sez. III, 05 dicembre 2022, n. 10648, in *Dir. & giust.*, 2023, che, con riferimento alle norme sulla vaccinazione obbligatoria, ha parlato di «potere vincolato che viene esercitato a tutela della salute pubblica, di fronte al quale non necessariamente si contrappone un diritto soggettivo, ma può e deve correttamente configurarsi [...] un interesse legittimo alla corretta esplicazione di detto potere»).

¹⁸ Osserva A. TRAVI, *Lezioni di Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 51, che «almeno sul piano del diritto sostanziale, la distinzione rispetto alle obbligazioni scompare».

¹⁹ Come insegnato, anni orsono, da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 7 ss. che giunge a dimostrare la «necessaria correlazione tra attività vincolata e diritto soggettivo e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario» (45).

²⁰ Che sciolga una *chance* di carattere normativo, secondo la nota prospettazione di L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 643 ss., il quale, rifiutando la nozione di *chance* accolta dalla giurisprudenza (come mera aspettativa collegata al bene della vita e dipendente dall'esercizio del potere), ne propone una lettura in termini di autonomo bene della vita: «la *chance*, cioè, è la (più o meno ampia) *possibilità normativa* di un risultato favorevole» (644). Se questa è la situazione soggettiva vantata dal privato, ne consegue che la P.A., verserà «in una situazione di obbligazione» essendo «vincolata nei confronti del soggetto privato a garantire o dare siffatta possibilità» (651). Cfr., anche C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, 42: «se si ragiona in termini di *chance*, allora non è più vero che l'interesse legittimo non garantisce un risultato: non garantisce un certo bene (il risultato finale) ma garantisce un altro bene (la *chance*). Cade la barriera visibile fra interesse legittimo e diritto soggettivo. Il bene della vita tutelato con la forma dell'interesse legittimo è un bene tutelato anche nei rapporti fra privati a fronte di altrui poteri unilaterali di scelta. E se nel rapporto fra privati si parla di diritto soggettivo perché non altrettanto nel rapporto con la pubblica amministrazione?». In giurisprudenza, ha aderito a questa tesi, Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Dir. proc. amm.*, 1171, su cui vedi, in particolare, la nota di F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un*

quando l'abito normativo del potere non consente di stabilire, a priori, un esito favorevole del procedimento; o a un provvedimento di segno positivo, anche (astrattamente) illegittimo, laddove sia stato attivato il meccanismo di cui all'art. 10 *bis* e dall'indagine procedimentale non siano emerse ragioni per negare l'atto richiesto²¹.

A uscirne trasformata è la figura stessa di interesse legittimo che, reciso ogni legame con l'interesse a un bene della vita (che resta estraneo al nucleo di tutela sottostante alla norma violata), si eleva a situazione soggettiva di teoria generale, appartenente alla famiglia dei diritti di credito, avente nel provvedimento (*secundum ius* o favorevole, a seconda della fattispecie regolativa del potere) l'oggetto della prestazione riconosciuta e tutelata dalla legge.

Il nuovo interesse legittimo, in altri termini, si risolve in una aspettativa²² o *chance* normativa (a un provvedimento conforme a legge)²³, che le più recenti riforme piovute sulla materia hanno reso protagonista di una fattispecie a formazione progressiva²⁴ in cui, al ricorrere di certi

passo avanti e due indietro, ivi, 1236 ss.

²¹ Per L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 584, per l'esattezza, un «diritto soggettivo al bene finale, salvo l'esistenza di un motivo ostativo» oppure, a volerne conservare la natura creditizia, un «diritto di ottenere un provvedimento o favorevole o legittimamente sfavorevole». Sull'argomento, per le ragioni che inducono a propendere per la tesi del diritto a struttura relativa, sia consentito rinviare a G. POLI, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2022 e in *Dialoghi di diritto amministrativo*, a cura di F. Apeiro BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI, Roma, 2022, 327 ss. Da ultimo, sui riflessi di ordine sistematico dell'art. 10-*bis* e del fenomeno preclusivo a esso collegato, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, Torino, 2022, 7 ss., che ha parlato di semplice «correttivo, appunto in chiave preclusiva, riferibile al giudizio di annullamento» (23), privo di effettiva rilevanza quando, esperita l'azione di condanna a un *facere*, il giudizio si estende all'intero rapporto sostanziale (sicché la preclusione legale dell'art. 10-*bis*, viene assorbita e superata da quella, più intensa e a carattere generale, discendente dal giudicato).

²² Con un contenuto che si estrinseca – a differenza dell'aspettativa negoziale, di contenuto esclusivamente conservativo – in facoltà extra processuali attive riconosciute al titolare (come si era illustrato in G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 47 ss., a cui, se lo si desidera, è fatto rinvio).

²³ Cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, loc. cit. (concetto ripreso e sviluppato, specie in chiave di tutela processuale, in ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al *facere**, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 644 ss.).

²⁴ Categoria giuridica su cui cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc.*

presupposti – normativi (la soggezione del potere in esercizio al modulo procedimentale dell'art. 10-*bis*) o circostanziali (come la violazione dell'obbligo di completezza dell'istruttoria) –, possa espandersi in diritto a ottenere un provvedimento favorevole (ancorché non spettante)²⁵.

Questo processo trasformativo avviene secondo un meccanismo non ignoto al diritto, assimilabile a quello che il Codice civile, all'art. 1359, riserva all'aspettativa negoziale, situazione individuale protetta nei termini di diritto a ottenere un altrui comportamento improntato a correttezza e buona fede che diviene, in conseguenza della condotta illecita posta in essere dalla controparte contrattuale, di diritto alla prestazione contenuta nel contratto²⁶.

Nel contratto sottoposto a condizione, infatti, la violazione dell'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione²⁷ – quale specificazione del più generale obbligo di buona fede – determina un'estinzione imperativa del potere di autonomia del contraente inadempiente il quale, nonostante in sede di auto-regolamento dei propri interessi avesse deciso di accogliere gli effetti del contratto concluso solo al verificarsi di una certa condizione, sarà costretto a subirla, *obtorto collo*, anche qualora detta condizione, nella realtà, non si è mai realizzata²⁸.

civ., 1954, 331 ss.; Id., *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

²⁵ Ipotizzava F. VOLPE *Norme di azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 115 e nt. 61, la possibilità che, a fronte di una norma (di relazione), un medesimo fatto ricevesse una doppia qualificazione, produttiva – secondo la logica della fattispecie complessa o a formazione progressiva – sia di un'efficacia preliminare, sia di un'efficacia conseguente.

²⁶ In ordine al contratto sottoposto a condizione e alle situazioni soggettive nascenti tra le parti, P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 762 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1955, 538 ss.; U. NATOLI, *Della condizione del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da D'AMELIO e FINZI, *Libro IV, Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 421 ss. Sull'aspettativa nel diritto civile, oltre agli autori dianzi menzionati, cfr. R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 226 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit.; U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995 e, di recente, M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006; R. LENZI, *Della condizione nel contratto*, in *Comm al cod. civ.*, diretto da GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, III, Torino, 2011, 310 ss.

²⁷ A opera della parte che aveva interesse contrario al suo avveramento.

²⁸ Sul rapporto tra il rimedio previsto dall'art. 1359 c.c. e il canone generale di buona

Ugualmente accade nel procedimento amministrativo assoggettato all'art. 10-*bis*, dove la violazione dell'obbligo di non sollevare ragioni di diniego dell'istanza diverse e ulteriori rispetto a quelle già segnalate nella comunicazione dei motivi ostativi – corollario dell'obbligo di istruire in modo completo il procedimento – determina un'estinzione del potere amministrativo²⁹, con contestuale nascita dell'obbligo in capo all'autorità – quale conseguenza *ope legis* dell'inadempimento – di rilasciare un provvedimento favorevole, ancorché la legge, o una più attante valutazione di opportunità, ne avrebbero osteggiato il rilascio³⁰.

fede (quale speciale applicazione di essa), già S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., 798; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, 49 ss. e 107 ss. M. GRANDI, *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*, in *Contr.*, 2011, 44 ss.

²⁹ Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 578 – 579, il quale osserva come la preclusione che si manifesta in caso di annullamento in giudizio del provvedimento determina, secondo la stessa legge, «la consumazione del potere», con conseguente necessità che si aprano «le porte del giudizio di ottemperanza, non diversamente da quanto avverrebbe in una ipotesi di elusione o violazione del giudicato».

³⁰ Ricostruzione che, allargando lo sguardo, trova una sua coerenza sistematica (e, al contempo, una conferma) sia nel novellato art. 2, comma 8-*bis*, l.n. 241/90 (che sanziona espressamente con l'inefficacia i provvedimenti adottati decorsi quei termini di conclusione del procedimento, posti a garanzia della stabilità di effetti prodotti o situazioni venutesi a creare a vantaggio dell'individuo e su cui cfr. C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 52 ss.), che nel neoinstituito art. 21-*decies*, l.n. 241/90 (il quale consente al privato di chiedere – e ottenere – la riadozione di un atto autorizzativo annullato con sentenza passata in giudicato, tanto da far dire a F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www.federalismi.it*, n. 36/2020, 46, che «è la legge stessa che, ancora una volta, spegne i "focolai discrezionali" originariamente esistenti all'interno del procedimento»). Anche dette norme, infatti, sia pur nella diversità di formulazione e struttura, collegano al verificarsi di certi presupposti un'estinzione (totale o parziale) del potere originario, soppiantato da un obbligo di *facere* (adottando un certo provvedimento) o di *non facere* (astenedosi dall'adottare provvedimenti trascorso un certo termine) collocato in capo alla P.A. Non trascurabile, in chiave di sistema, sembra pure l'art. 21-*octies*, l.n. 241/90 il quale, nell'escludere – così come riformulato – che la violazione dell'art. 10-*bis* possa dar luogo a un vizio non invalidante, conferma, per contrapposizione, la rilevanza della norma – la cui trasgressione può produrre, quale «misura limitativa» (N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Dir. econ.*, 2022, 13), un'estinzione del potere – sul piano sostanziale (e non più soltanto formale e procedimentale: cfr. Cons. Stato, Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790, in *Giorn.*

Nell'uno, come nell'altro caso, l'esigenza che anima le due fattispecie, giustificando il rafforzamento della posizione del soggetto antagonista del potere (pubblico-discrezionale o di autonomia privata), a scapito dell'altro (che vede trasformata dalla legge uno spazio di libertà in uno di obbligo), è la necessità di dare stabilità e certezza all'attività privata³¹, e riconoscere una tutela effettiva dell'individuo, evitando che sia il soggetto inadempiente a beneficiare degli effetti giuridici favorevoli derivanti da una condotta tenuta *contra legem*³².

Con il corollario che, nell'uno come nell'altro caso, l'oggetto della domanda di giustizia sarà proprio il diritto alla prestazione (il provvedimento favorevole o la prestazione dedotta in contratto, anche se virtualmente non spettanti), con conseguente possibilità, per chi agisce, di invocare una sentenza che – oltre ad accertarlo – sia attributiva del diritto stesso³³.

A un'analisi più attenta, è possibile avvedersi che lo schema operativo su cui è congegnato il meccanismo di tutela introdotto dal nuovo art.

dir. amm., 2022, 785, con nota di L. MAGLI, *Il preavviso di rigetto come banco di prova per i principi del diritto amministrativo*, in partic. 792).

³¹ Che è da considerarsi, a tutti gli effetti, un bene della vita: cfr., A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 178, che colloca «la certezza dei rapporti giuridici» tra i «beni economicamente valutabili, né più né meno di quanto non lo siano dei beni materiali o fisicamente percepibili [...]»; ed è spesso evidente come, nella concreta dinamica dei rapporti economici e delle tempestive decisioni che essi comportano, la certezza di perdere (o di non conseguire) un bene abbiano maggior valore del bene stesso».

³² Analogamente a quanto accade nella tutela delle analoghe situazioni soggettive regolate dal diritto dei privati. Cfr., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1998, 556, al cui avviso la sanzione che, ai sensi dell'art. 1359 c.c., colpisce il contraente che viola l'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione, è da ritenersi espressione del principio generale dell'ordinamento secondo cui l'autore di un inadempimento non può trarne effetti giuridici favorevoli.

³³ Fino al punto di rendere lecito l'utilizzo della sentenza cognitiva con effetti esecutivi che, sulla falsariga dell'art. 2932, c.c., tenga luogo – interinalmente – degli effetti del provvedimento amministrativo. In tema, cfr. L. FERRARA, *Oltre l'azione di adempimento, una sentenza che tenga luogo dell'atto amministrativo non emanato*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2011; Id., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 648, che si domanda «se la piena soddisfazione della situazione soggettiva dell'attore, laddove l'attività della p.a. è vincolata, non vada piuttosto rinvenuta in una sentenza di accertamento costitutivo o in una sentenza cognitiva con effetti esecutivi sulla falsariga di quella di cui all'art. 2932 c.c.»; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1179, secondo cui per gli atti vincolati l'ordinamento potrebbe riconoscere la possibilità per il giudice di emanare un provvedimento «che è titolo esecutivo o direttamente costitutivo degli effetti dell'atto amministrativo oggetto del giudizio»; nonché già P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, I, 34 ss.

10-*bis*, non rappresenti una assoluta novità nel panorama pubblicistico, rintracciandosi un suo predecessore – già all’indomani della riforma del 2005 – nel fenomeno (similare) introdotto all’art. 2, l.n. 241/90, in materia di silenzio.

Con previsione, di lì a pochi anni, dislocata (più correttamente) nel c.p.a., infatti, il legislatore ha sostanzialmente stabilito che, in assenza di spazi di discrezionalità (amministrativa o tecnica), la violazione dell’obbligo di provvedere – entro il termine di legge – consumasse il potere attribuito alla P.A., abilitando il giudice ad accertare la fondatezza dell’istanza (art. 31, comma 3, c.p.a.)³⁴.

Un istituto, probabilmente pensato per i poteri che nascono *ab origine* vincolati³⁵, che ha attecchito, trovando terreno fecondo, anche nel campo dei poteri discrezionali, quando la astratta discrezionalità – andata via via a esaurirsi nel corso di un procedimento avviato ma mai portato a conclusione – trasmodava in vincolatezza (in concreto)³⁶.

Secondo lo schema codificato dal legislatore, più analiticamente, anche al cospetto di un potere ampliativo di indole discrezionale, lo spirare del periodo di tempo concesso alla P.A. per provvedere, unito al venir meno – nel corso dell’istruttoria – degli originari tratti di discrezionalità, che sia amministrativa o tecnica (per esser state già compiute le eventuali valutazioni a essa riservate), abilita l’istante a domandare la condanna dell’Amministrazione inadempiente all’adozione del provvedimento richiesto³⁷. Elevando, di conseguenza, a oggetto del processo amministrativo

³⁴ Sulla tutela processuale in materia di silenzio-inadempimento, specie sotto l’angolo visuale della sua effettività e pienezza, F. SCALIA, *Profili problematici del rito sul silenzio dell’amministrazione nella prospettiva dell’effettività e pienezza della tutela*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016, in partic. 21 ss.; N. POSTERARO, *Riflessioni a proposito del rito avverso il silenzio inadempimento*, in *Foro Amm.*, 2017, 793 ss.; G. CORSO, *L’azione avverso il silenzio della p.a. dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium iuris*, 2012, 997 ss.

³⁵ E rispetto ai quali la posizione vantata dal privato nasce *ipso iure* come di diritto soggettivo al provvedimento favorevole. Cfr. supra, note nn. 12 e 13.

³⁶ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, 981, che parlava della discrezionalità amministrativa come di «una dote che si spende nel procedimento e che può risultare del tutto consumata nel momento della (sovente solo formale) decisione [senza più] opporsi, pregiudizialmente e aprioristicamente, ad aspettative private che, in relazione alle risultanze già acquisite nel procedimento, possono benissimo risultare, in concreto, di ormai necessaria soddisfazione». Di recente, M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 294 – 295.

³⁷ Con un’azione che, in base al combinato disposto tra gli artt. 31, comma 1 e 117, comma 3 c.p.a., è stata configurata come di accertamento e di condanna a provvedere (cfr. V. LOPILATO, *Commento all’art. 31*, in *Codice del processo amministrativo commentato*

avverso il silenzio³⁸ la “*pretesa*” di provvedimento favorevole dedotta in giudizio, su cui dovrà vertere, nel rispetto del principio della domanda, l’attività di accertamento del giudice e la successiva condanna di cui all’art. 31, c.p.a.³⁹

Una conclusione del genere, resa obbligata dai dati testuali e di sistema, induce a postulare che, sul piano sostanziale, l’art. 2 l.n. 241/90, in combinato disposto con l’art. 31 c.p.a., dia vita a una fattispecie a formazione progressiva in cui, al ricorrere di certe condizioni, all’interesse legittimo originario si sostituisce un diritto soggettivo (pieno) al conseguimento del provvedimento ampliativo⁴⁰.

Scandendo idealmente i vari momenti della fattispecie, infatti, con l’avvio del procedimento, sorge in capo alla P.A. – quale proiezione del vincolo normativo (discendente dall’art. 2 l.n. 241/90) al potere

con dottrina e giurisprudenza, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTTO, Roma, 2015, 418; E. Follieri, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 202).

³⁸ Inizialmente volto ad accertare in giudizio l’esistenza di un dovere funzionale di provvedere posto in capo all’autorità e la sua violazione (cfr. C. CALABRÒ, *Pronuncia completa e satisfattiva del giudice amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, 154; G. GRECO, *Silenzi della pubblica amministrazione ed oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III, 137 ss.; G. SALA, *Oggetto del processo e silenzio dell’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 156 ss.; F. FIGORILLI, *Verso un’azione di accertamento del silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1987, 2195 ss.; G. VACIRCA, *Note sull’evoluzione della giurisprudenza in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, ivi, 1989, 612 ss.; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Atti del XXVIII Convegno di studi di scienze dell’amministrazione*, Milano, 1985, 53 ss.) e con aperture, da parte di certa dottrina, verso la possibilità di rivolgere l’accertamento giurisdizionale non già alla posizione di dovere, bensì direttamente al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere in giudizio dall’interessato (cfr. G. GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 18 ss.; G. ABBAMONTE, *Silenzi-rifiuto e processo amministrativo*, in *Atti*, cit., 137 ss.; V. CAIANIELLO, *Silenzi-rifiuto e poteri del giudice amministrativo*, *ibid.*, 375 ss.).

³⁹ Su poteri vincolati e diritti di credito, è tornato di recente L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 113 ss.

⁴⁰ Evoca la figura dalla fattispecie a formazione progressiva, di recente, anche S. FLORIAN, *L’azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell’amministrazione*, 2022, 73 ss., la quale, tuttavia, ritiene effetti preliminari ed effetti definitivi non come avanzamento progressivo di un unico interesse (quello a ottenere quanto spetta in base alla legge), bensì come momenti qualificativi di norme diverse – collocate in diverse fasi (preliminare e definitiva) del potere – che tutelano distinti interessi, quello «al rilascio del provvedimento favorevole» e quello «protetto con gli *effetti definitivi* (o *finali*), che consiste nell’interesse (attuale) alla futura insorgenza degli effetti definitivi».

discrezionale⁴¹ – un obbligo (di provvedere)⁴² a cui corrisponde, per il richiedente, il solo diritto – strumentale e accessorio rispetto alla situazione soggettiva principale (di interesse legittimo) – a che l'Amministrazione adotti, entro un termine dato, un provvedimento (di qualsivoglia contenuto) risolutivo dell'aspettativa sottesa all'istanza. Un obbligo, come è stato già da tempo messo in luce, che si riconnette al più generale canone di correttezza e buona fede – rappresentandone una tipizzazione⁴³ –, la cui funzione protettiva si risolve nel garantire tempi certi alla soddisfazione dell'interesse legittimo⁴⁴.

Può, tuttavia, accadere che, nel corso della procedura, le attività istruttorie riservate alla P.A. siano state compiute e che il concreto atteggiarsi degli eventi abbia ridotto a zero lo spazio di scelta a essa delegato dalla norma attributiva sicché, al ricorrere di questi ulteriori elementi della fattispecie, all'iniziale obbligo di *facere* generico (*i.e.* l'adozione di un

⁴¹ Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa* (Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione), Milano, 2003, 20 ss. che ricorda come in «principio il quando era discrezionale» dopodiché, a seguito della legge sul procedimento, la «antica discrezionalità nel quando che caratterizzava, salvo rare eccezioni derogatoriamente imposte dalla legge, l'attività della Pubblica Amministrazione viene sovvertita».

⁴² Non più, dunque, un semplice e irrelato «dovere funzionale di provvedere», su cui D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 93.

⁴³ In questa prospettiva, cfr. M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2004, 4. In termini analoghi, I. PAGANI, *Il Consiglio di Stato torna sul «clare loqui»*, in *Urb. e app.*, 2005, 3, 339 ss., la quale rileva che «[l]a statuizione del Consiglio di Stato è la trasposizione, nell'ambito del rapporto di appalto pubblico, del generale canone di buona fede precontrattuale indicato dall'art. 1337 c.c.» e M. RENNA, F. FIGORILLI, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, Roma, 2010, 127, al cui avviso «il silenzio disciplinato dalla nuova formulazione dell'art. 2 [...] sembra rafforzare l'idea dell'obbligo di correttezza cui è tenuta l'amministrazione nel corso della sua azione». Sull'argomento, cfr. anche A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 56 ss. Nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3129.

⁴⁴ Analogamente al rispetto dei termini a cui è sottoposto l'esercizio dei poteri privati. È il caso, ad es., degli incanti privati, nei quali la previsione di un termine successivo all'aggiudicazione, entro cui possono pervenire offerte più vantaggiose, rileverà in termini di obbligo di buona fede, giacché «si potrebbe ritenere che il soggetto indicente la gara abbia creato nei partecipanti uno specifico affidamento nel fatto che egli non prenderà in considerazione offerte di terzi più vantaggiose. Con la conseguenza che, pur restando libero di stipulare il contratto con il terzo, potrà incorrere in responsabilità precontrattuale» (così, R. MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 981, nt. 74).

provvedimento, ancorché negativo), venga a surrogarsi un'obbligazione di *facere* specifico, al rilascio del provvedimento favorevole entro il termine (di adempimento) fissato dalla legge⁴⁵.

Il concreto andamento dell'istruttoria⁴⁶, in altri termini, può condurre a quella progressiva – ed eventuale – consumazione della discrezionalità⁴⁷ che, oltrepassato un certo lasso di tempo, può (*ope legis*) estinguere del tutto l'originario potere, facendo sorgere, dalle sue ceneri, un'obbligazione di prestazione – a cui corrisponde un diritto di credito –, consistente nel tempestivo rilascio del provvedimento ampliativo non ancora adottato. Un diritto di credito, quindi, che si identifica con quella *pretesa* che l'art. 31 c.p.a. pone a base della azione di accertamento e condanna, riconosciuta al cittadino per reagire alla situazione di inadempimento in cui versa l'Amministrazione⁴⁸.

Tratto saliente della attuale fisionomia del giudizio avverso il silenzio, dunque, è il suo essere votato a soddisfare, in ultima analisi, il diritto a ottenere un provvedimento, favorevole o che, quantomeno, sciolga l'aspettativa o possibilità normativa di un risultato favorevole. Un diritto di credito, cioè, che, sebbene caratterizzato dalla natura pubblica del debitore (la P.A. a cui di volta in volta si rivolge) e dal tipo di prestazione reclamata dal creditore (un suo *facere* infungibile), si lascia ricondurre *pleno iure* nella categoria civilistica di appartenenza⁴⁹.

⁴⁵ In questo più avanzato stadio della situazione soggettiva, il fattore tempo, che sottende a ogni termine per provvedere, non si lega più a un obbligo di tipo strumentale e accessorio (alla risoluzione in tempi certi della situazione di aspettativa), riconducibile alla buona fede, ma diventa parte integrante dell'obbligo principale di prestazione: il rilascio del provvedimento favorevole, che dovrà avvenire tempestivamente (entro, cioè, il termine di legge), secondo il parametro della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, le quali ex art. 1176 c.c., devono essere eseguite con esattezza e nel termine previsto.

⁴⁶ Retta, ai sensi dell'art. 6, l.n. 241/90, dal cd. principio inquisitorio, che ha come suo corollario l'obbligo di completezza dell'istruttoria procedimentale, in virtù del quale l'amministrazione è tenuta ad acquisire (oltre a quelli richiesti dalla legge) tutti i fatti rilevanti per la decisione finale secondo un criterio di adeguatezza e ragionevolezza (l'art. 6, c. 1, lett. b) parla, infatti, di «adeguato [...] svolgimento dell'istruttoria»).

⁴⁷ In forza di un meccanismo (fatto di obblighi e sanzioni) altrove descritto (segnatamente, in G. POLI, *In principio sono i diritti*, cit., 331 ss.) e a cui, se lo si vuole, si fa rinvio.

⁴⁸ E non il diritto al bene della vita secondo la prospettiva di B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 170 ss. che, in tal modo, ammette la possibilità generalizzata di una sentenza costitutiva che sostituisca il provvedimento ampliativo.

⁴⁹ Giacché, come osservava A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 13, la posizione di autorità rivestita dall'Amministrazione è un elemento privo di

In tal senso, d'altra parte, non si può neppure trascurare l'influenza discendente che, sul piano classificatorio, esercita il dato costituzionale, che riserva ai diritti del singolo un'analoga estensione e ampiezza d'accesso alla tutela giurisdizionale – “sempre ammessa” come si esprime solennemente l'art. 113 –, siano essi devoluti alla giurisdizione dal giudice ordinario o assegnati a quella dal giudice amministrativo⁵⁰.

La logica che anima la previsione di cui all'art. 113 Cost., di ispirazione paritaria, promette, infatti, anche alle pretese dell'individuo sorte in relazione a manifestazioni del potere amministrativo, quella stessa pienezza di tutela che da sempre caratterizza i diritti sorti nei rapporti tra privati⁵¹. Le pretese dei cittadini, così come sfuggono a limitazione nell'accesso alla tutela giurisdizionale nei rapporti *inter pares* (ostandovi il combinato disposto tra gli artt. 24 e 111 Cost.), non possono andare incontro a *deminutio* di tutela – men che meno se dovute al particolare regime previsto per accedere al processo⁵² – neppure quando la contesa è con l'Amministrazione in veste d'autorità⁵³.

Con il corollario obbligato, sul piano del metodo, che il relativo giudizio, in assenza di esplicite deroghe presenti nel diritto positivo, debba

valore, sul piano normativo, per giustificare una ricostruzione diversa – rispetto al diritto comune – del rapporto tra cittadino e potere (parlando, al riguardo, di «tautologia manifesta perché il soggetto per un verso è pubblico per definizione, per l'altro esercita funzioni le cui finalità sono desumibili soltanto dalla legge»).

⁵⁰ Ragiona L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 152 sul fatto che «i principi costituzionali ed europei sul processo amministrativo corrispondono ai principi che concernono in generale la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, anzi, che concernono la tutela giurisdizionale *tout court*. È questo un chiarimento tanto banale quanto di frequente pretermesso, certamente non contraddetto dalla sussistenza di disposizioni specifiche (è, in particolare, il caso dell'art. 113 Cost.)».

⁵¹ Sulla parificazione nel prisma della Costituzione, da segnalarsi i contributi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 43 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 808 ss.; ID., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, 211 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Nonché, sul particolare ruolo proprio dell'art. 113, Cost., G. BERTI, *Commento all'art. 113*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, IV, Bologna – Roma, 1987, 90 ss.; ID., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 2004, 91 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.

⁵² Vd. F. ORSO, *Il ricorso al giudice amministrativo tra l'irrilevanza della forma dell'atto introduttivo e la difesa di un modello processuale*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, 523 ss.

⁵³ Sulla rilevanza trasversale e parificatrice dei principi desumibili dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., da ultimo, L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 153 ss.

tararsi sul modello del processo civile a tutela del credito, rivelandosi privo di giustificazione (teorica o di carattere dogmatico) o utilità (sul piano della tutela) un atteggiamento ricostruttivo che, all'opposto, intenda prenderne le distanze.

Così ricostruita la situazione soggettiva oggetto di tutela nel rito *contra silentium*, perciò, sembra più coerente con i dati di sistema collocare il fattore tempo, quale bene dell'individuo, alla stessa latitudine alla quale il Codice civile lo pone rispetto all'obbligazione: quale elemento che, ai sensi degli artt. 1183 ss.⁵⁴, contribuisce a segnare i confini, sul piano cronologico-spaziale, della pretesa individuale (e della corrispondente obbligazione dalla P.A.) già protetta dalla legge. In questo senso, cioè, il tempo s'inquadra tra le modalità della prestazione, sicché la sua violazione, in relazione all'obbligo di provvedere, rappresenta né più né meno che un inadempimento (nel caso di mancato esercizio del potere) o inesatto adempimento (se l'esercizio è tardivo, in quanto il provvedimento viene adottato fuori termine) di quel diritto di pretesa – a struttura creditizia – che la norma sostanziale già prima dell'esercizio del potere, riconosce e tutela.

3. Interesse a ricorrere nel rito avverso il silenzio

Un'attenzione particolare, ai fini della disamina che ci si appresta a svolgere, merita il tema delle condizioni dell'azione, che pur reperendo il materiale normativo direttamente nel c.p.c. (artt. 81 e 100) – e in concomitante assenza di previsioni su misura all'interno del c.p.a., che avrebbero potuto alterarne la consistenza e la fisionomia d'origine –, sono state da sempre oggetto di una lettura *sui generis* e in chiave domestica dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa⁵⁵.

Sino al punto, allorquando si è parlato di interesse a ricorrere, di elevare una condizione dell'azione a criterio di attribuzione *praeter legem* di una *facultas agendi* o, al suo opposto, di confondere il merito del giudizio (vale a dire, l'accertamento del diritto controverso) con la verifica preliminare della sua rituale instaurazione.

⁵⁴ Art. 1183 c.c. che, evocativamente, è rubricato “tempo dell'adempimento”. In argomento, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1993, 209 ss.

⁵⁵ Per una rassegna delle posizioni sull'interesse a ricorrere (anteriori al c.p.a.) con evidenza del condizionamento esercitato dall'adesione a una concezione oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa, vedi B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, passim.

Un atteggiamento in cui ci si imbatte con preoccupante frequenza, nonostante l'oramai esplicita adesione dell'ordinamento a un modello di processo amministrativo a base soggettiva lasciasse sperare che, in un percorso di naturale rinnovamento, le teorie sull'interesse a ricorrere, come lasciassero o filtro per l'accesso al servizio giustizia, fossero destinate ad appassire.

Con il tramonto del modello a giurisdizione oggettiva⁵⁶, infatti, era venuta meno quell'esigenza di dotare il giudice di uno strumento di pesatura e selezione degli interessi individuali, essendo la stessa legge a eleggere, a monte del giudizio, quelli ammessi alla tutela processuale.

Così, però, non è stato. Complice un'ambiguità insita nella giurisprudenza amministrativa – che, anche quando ha proclamato di ispirarsi al processo civile, poi, di fatto, si è allontanata dal solco tracciato dal giudice dei diritti – è maturata l'idea che la funzione di spartiacque, propria dell'interesse a ricorrere, potesse sopravvivere⁵⁷, ricevendo una nuova linfa, ora dal principio di effettività del diritto europeo, ora di sussidiarietà orizzontale consacrato nella Costituzione⁵⁸. Principi, questi ultimi, capaci di aprire un

⁵⁶ Sebbene, tuttora, il modello sia sostenuto da più di un autore, che ravvisa, all'interno del processo amministrativo, la permanenza di profili di giurisdizione oggettiva, sul postulato che l'elemento essenziale della decisione finale rimane la legge (così, ad es., F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, 2020, 74; V. DOMENICHELLI, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, a cura di F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 329 ss; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 235).

⁵⁷ Accade così che l'interesse a ricorrere sia stato rappresentato come un volano che consente di differenziare a valle (e in relazione al concreto atteggiarsi della vicenda) interessi che normativamente non sono stati differenziati o qualificati (così F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1009) o di imputare a un singolo (sotto forma di specifico pregiudizio) la lesione di un interesse (pubblico o collettivo) non ricompreso nella sua sfera giuridica (vd. R. LOMBARDI, *Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2182 e analogamente, R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, 1993, 474).

⁵⁸ Cfr. P. URBANI, "Vicinitas" e interesse al ricorso, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 341 ss.; G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 73-83; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 375 ss., che si rifà all'art. 118 Cost. e alla sussidiarietà orizzontale per giustificare la creazione di nuovi interessi sostanziali, differenziati e giuridicamente qualificati, e la conseguenziale proliferazione delle posizioni legittimanti riconosciute *uti civis* dalla giurisprudenza. Per un analogo ordine di idee, da

corridoio d'accesso alla giustizia anche in fattispecie in cui manca una vera e propria situazione soggettiva da tutelare⁵⁹.

Pur animata dall'intento di favorire un più intenso controllo sull'agire amministrativo, questa applicazione del codice finisce per diventare "reazionaria", restituendo all'interesse a ricorrere – in una sorta di ritorno al passato – la veste di ago della bilancia che, nelle mani del g.a., può abilitare ad agire – fino alle soglie dell'azione popolare – anche i titolari di interessi di fatto (o attinti, solo di riflesso, a un proprio bene).

Una sensazione di restaurazione degli assetti passati che, del resto, lascia addosso anche quell'atteggiamento, concettualmente opposto al precedente (eppure presente in pari misura nella giurisprudenza dei g.a.), incline a sottoporre al filtro dell'interesse a ricorrere anche interessi già sanciti dalla legge come meritevoli di tutela giurisdizionale, secondo lo schema dei diritti.

Dietro le quinte anche di questa diversa impostazione, infatti, si nasconde una sostanziale fatica ad accettare il progresso che, nel solco della parità, hanno compiuto le norme di diritto pubblico, con annessa volontà di smantellare la natura di diritto soggettivo delle situazioni protette che da esse promanano, riportandole allo stadio di interessi condizionatamente protetti; tutelati, se e in quanto convergenti con l'interesse pubblico che sovrasta la norma sul potere⁶⁰. Con l'ulteriore – e inevitabile – risultato, di trattenere in capo al giudice la decisione – che, in un ordinamento democratico, spetta invece al legislatore – sugli interessi da ammettere o non ammettere alla tutela giurisdizionale⁶¹.

ultimo, P. PORTALURI, *Per una vicinitas assiologica: cercando di accrescere la tutela processuale dei beni comuni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, nonché ID., *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 107 ss. (in partic. 123 -133 e 152 - 158), che evoca il controllo di meritevolezza dell'interesse (previsto dall'art. 1322 c.c.) come criterio "antiregressivo" per ampliare il ventaglio degli interessi che hanno accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa.

⁵⁹ Assai critico nei confronti della dottrina tendente a desoggettivizzare il processo amministrativo si è rivelato, da ultimo, B. SPAMPINATO, *Concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche) di legittimità e legittimazione a ricorrere*, in www.federalismi.it, 4/2023, 108 ss.

⁶⁰ Definisce le significative differenze nell'applicazione degli istituti da parte del g.a. «allarmanti, nella misura in cui [...] arrivano a contraddire la stessa norma costituzionale» L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 177, ravvisando una diretta discendenza delle condizioni dell'azione – così come individuate dalla dottrina processual-civilistica – dal dettato costituzionale dell'art. 24, ancor prima che dalle disposizioni del c.p.c. (175 ss.).

⁶¹ Cfr. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 79 ss.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e inte-*

Una rappresentazione plastica di questo fenomeno, più radicato di quanto si auspicasse, è offerta proprio dai giudizi avverso il silenzio nei quali, a fronte di una ormai acquisita qualificazione della situazione dedotta in giudizio in termini di diritto (soggettivo) di pretesa, è liturgia della giurisprudenza l'anticipare alla fase di rito – nel nome dell'interesse a ricorrere – la verifica di esistenza, in concreto, di un interesse che già la legge (in particolare all'art. 2, l.n. 241/90) ha giudicato degno di essere protetto. Col risultato di arrestare la corsa dei diritti verso la loro tutela, alla soglia di ingresso del giudizio di merito.

Minimo comun denominatore delle pronunce che affollano i repertori, infatti, è trattare l'esistenza (e persistenza) dell'inerzia di un'Amministrazione non come fatto rappresentativo dell'inadempimento di un obbligo su di essa gravante, quanto, piuttosto, come circostanza che giustifica – in termini di utilità concreta per il ricorrente – una sentenza di condanna a provvedere⁶².

resse a ricorrere (dir. amm.), in *Treccani.it – Diritto on line*, 2018, per cui «la centralità rivestita dall'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, sconosciuta al processo civile, è il frutto della persistente tendenza a connotare in senso meramente processuale l'interesse legittimo e a mantenere in vita tratti oggettivi del giudizio per favorire un più pervasivo controllo sul potere pubblico».

⁶² Vedi, ad es., Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2022, n. 4987, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «nel processo amministrativo, presupposto, ai sensi dell' art. 117 c.p.a ., della condanna dell'Amministrazione per il silenzio dalla stessa illegittimamente serbato sull'istanza dell'interessato, è che al momento della pronuncia del giudice perduri l'inerzia dell'Amministrazione inadempiente e che dunque non sia venuto meno il relativo interesse ad agire; di conseguenza, l'adozione da parte della stessa di un provvedimento esplicito, in risposta all'istanza dell'interessato o in ossequio all'obbligo di legge, rende il ricorso o inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (se il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso) o improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (se il provvedimento intervenga nel corso del giudizio all'uopo instaurato); permane invece la situazione di inerzia colpevole, e dunque il corrispondente interesse ad agire *ex art.* 117 c.p.a ., se l'Amministrazione non conclude il procedimento (quale ne sia il contenuto) nel termine di riferimento ovvero se adotta un atto infra procedimentale o peggio soprassessorio, atteso che una tale attività non dà vita ad un autentico provvedimento ultimativo del procedimento». Analogamente, T.A.R. Lazio - Roma, sez. V, 03 giugno 2022, n. 7243, *ivi*: «l'insussistenza di una situazione di inerzia procedimentale determina l'improcedibilità del ricorso avverso il silenzio - inadempimento, per carenza sopravvenuta di interesse ad agire». Impostazione diversa sembra adottare, invece, T.A.R. Campania - Napoli, sez. VII, 01 luglio 2022, n. 4427, *ivi*, dove si afferma che «nel ricorso proposto ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., l'interesse a ricorrere nei confronti dell'Amministrazione sorge quando essa si sia resa inadempiente, restando inerte ad un obbligo di provvedere. Scopo del ricorso è, quindi, ottenere un provvedimento esplicito dell'Amministrazione che elimini lo stato di inerzia e assicuri all'interessato una decisione che investa la fondatezza o meno della sua pretesa. Il rito previsto dagli artt. 31 e 117 c.p.a. rappresenta, infatti, sul piano processuale lo strumento rimediale per la violazione della regola del generale obbligo di agire di cui all'

Quasi che, in una sorta di percorso *a rebours*, l'interesse tutelato dal vincolo posto dal diritto positivo (all'art. 2, l.n. 241/90) fosse quello, di carattere generale, alla continuità e doverosità dell'azione amministrativa⁶³ e che l'oggetto del relativo giudizio diventasse, inevitabilmente, il potere d'azione, suscettibile di sfociare in una pronuncia di merito solo a patto di dimostrare che il ricorrente riceve un concreto vantaggio (alla persona o al patrimonio) dall'aver azionato un interesse non suo personale⁶⁴.

Col risultato di dare vita a una consuetudine applicativa distonica rispetto all'obiettivo, alla base della codificazione del 2010, di conferire anche al processo amministrativo un'impronta inequivocabilmente soggettiva, incentrata, cioè, sulla situazione giuridica individuale dedotta in giudizio e votata al principio di effettività della tutela⁶⁵.

Se la giustizia amministrativa, per volontà stessa del legislatore, deve oramai ispirarsi alla logica del processo di parti (tipica del diritto civile)⁶⁶ e il giudizio essere ricondotto al *genus* del processo sui diritti, corollario di questo cambio di paradigma non può che essere la centralità – per accedere al processo amministrativo – della situazione riconosciuta dalla norma sostanziale (di cui egli è titolare) e dedotta in giudizio dal ricorrente⁶⁷.

art. 2, l. n. 241/1990».

⁶³ Differenziava le ipotesi di silenzio a seconda che il termine fosse stato posto nell'interesse della legge o del terzo, ritenendo che solo in quest'ultimo caso il suo inutile decorso desse luogo a lesione di diritti soggettivi e costituisse causa di risarcimento del danno, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 148 ss. (già in *Dizionario amministrativo*, a cura di Guarino, I, Milano, 1983, 194 ss.).

⁶⁴ L'interesse a ricorrere, in questo modo, viene a essere trasformato in strumento di legittimazione. Per G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010, 135, infatti, il «distacco del giudizio di legittimità da qualsiasi rapporto sostanziale», rende l'interesse a ricorrere «l'unico elemento rilevante per poter giudicare della possibilità del ricorrente di impugnare un determinato atto». Critico nei confronti di questa tendenza, L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 926.

⁶⁵ S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 81.

⁶⁶ E per i quali, in assenza di una chiara distinzione tra situazione protetta dal diritto sostanziale e requisiti di azionabilità della pretesa, non basta considerare l'interesse a ricorrere come elemento necessario del giudizio amministrativo per dimostrare il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa (così, invece, E. FOLLIERI, *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2020, 313 ss.).

⁶⁷ Cfr. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 79 ss.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Treccani.it – Diritto on line*, 2018, che osserva: «la centralità rivestita dall'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, sconosciuta al processo civile, è il frutto della persistente tendenza a connotare in senso meramente processuale

Una centralità che, filtrata alla luce della Costituzione (e in particolar modo dell'art. 24), implica una considerazione dell'interesse a ricorrere che vada di pari passo con la valutazione della situazione sostanziale: se questa non esiste, è inaccettabile che sia il giudice, attraverso l'impostura dell'interesse a ricorrere, a consentire che interessi di mero fatto facciano breccia nel processo⁶⁸.

Mentre se, all'opposto, questa esiste, in quanto consacrata dalle norme, deve sempre garantirsi l'azionabilità, senza che il giudice si addentri a misurare il grado o il tipo di beneficio che l'azione può offrire a chi (liberamente) la propone⁶⁹. Sposare una tesi contraria, significa operare una indebita confusione tra piani e tra istituti⁷⁰.

D'altra parte, è ormai indubbio – lo si è visto – che, a fronte dell'inerzia di un soggetto pubblico, trovi titolo nell'art. 2, l.n. 241/90 un vero e proprio diritto soggettivo (a struttura creditizia) del privato alla conclusione del procedimento, mediante adozione di un provvedimento espresso.

La nuova dogmatica del diritto amministrativo (che ha evidenziato come quello alla certezza del tempo possa rappresentare un interesse individuale, suscettibile di refluire entro un rapporto di debito-credito)⁷¹ e i molteplici elementi del diritto positivo (come, ad es., l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, c.p.a. e l'art. 2-bis, l.n. 241/90)⁷² rappresentano tracce inequivocabili di un passaggio di stadio compiutosi in seno al sistema, che

l'interesse legittimo e a mantenere in vita tratti oggettivi del giudizio per favorire un più pervasivo controllo sul potere pubblico».

⁶⁸ G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit.; nonché, ID., *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 529 ss. che, alla domanda «se debba essere il giudice a selezionare quali interessi meritano la protezione giurisdizionale», risponde che tale scelta «non possa essere rimessa alla sensibilità del singolo giudice ma debba essere riservata al legislatore».

⁶⁹ Salvo il caso limite in cui sia certo che il processo non riesca ad offrire alcuna utilità. Così, S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 92.

⁷⁰ Per G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit., «perdendosi in questo modo la linea distintiva tra sostanza e processo e, prima ancora, tra rilevanza e irrilevanza giuridica». L'indebita sovrapposizione è ricordata, altresì, da L. FERRARA, *Conclusioni*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 328 ss.

⁷¹ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 28 ss.; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 194 ss.; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., 22 ss.; M. INTERLANDI, *La pretesa soggettiva ad un provvedimento amministrativo espresso ed il valore del tempo come bene della vita*, in *www.giustamm.it*, 2013, 10, 10 ss.

⁷² M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 710.

dal principio di doverosità dell'azione amministrativa (tutto rivolto verso l'interesse pubblico al rispetto di termini ragionevoli entro cui il potere si prenda cura degli interessi della collettività⁷³)⁷⁴ è transitato verso la regola dell'obbligo della P.A. di soddisfare una pretesa personale del cittadino: ottenere un provvedimento entro un tempo certo e predeterminato⁷⁵.

Dall'esistenza di un diritto al provvedimento, a cui fa da *pendant* un obbligo per l'amministrazione di provvedere in modo espresso, finanche in caso di istanze manifestamente inaccoglibili⁷⁶, si deve trarre, quale precipitato logico inevitabile, una rappresentazione dell'interesse a ricorrere ancora più vicina a quella del processo civile avente a oggetto un diritto di pretesa.

Occorre, difatti, considerare che «la funzione del procedimento, nei casi in cui vi sia un dovere di provvedere, è anche quella di verificare se c'è o no una situazione soggettiva in capo a chi la fa valere»⁷⁷; sicché, per il privato che presenta un'istanza, vi è un vantaggio anche solo nel rimuovere l'incertezza sull'esistenza della possibilità normativa di soddisfare la sua utilità sostanziale e non può certo competere al giudice misurare o pesare

⁷³ Cfr., ancora oggi, Cass., 14 giugno 2022, ord. n. 19084, in *Dejure.it*, secondo cui «nell'ambito del principio di efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., si iscrive a pieno titolo anche il principio di doverosità dell'azione amministrativa, che impone alla P.A. di esercitare il potere attribuitole dalla legge entro un termine ragionevole»; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 173 ss.; ID., *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, in *Nuove auton.*, 2014, 233 ss. (ove si legge: «il principio di doverosità è legato a doppio filo al principio di legalità che [...] stabilisce ciò che è necessario (fine da perseguire)»). In precedenza, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 247, aveva parlato di «adempimento di un dovere funzionale incombente sulla pubblica amministrazione [...] strumentale al perseguimento dell'interesse della collettività».

⁷⁴ E dal quale, dunque, veniva fatto discendere, per coerenza, un «dovere» di provvedere (vedi *supra*, nota 32).

⁷⁵ Immagine di un più generale cambio di paradigma che, nel tempo, ha interessato il rapporto tra norma e potere amministrativo, fondato non più sul binomio tra norma d'azione e norma di relazione ma sul monomio secondo cui tutte le norme appartengono a un unico genere, in quanto deputate (come evocano le norme di relazione) a salvaguardare un interesse contrapposto al potere. Per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 149 ss.

⁷⁶ Vd. S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 93, nt. 55. M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, 117 ss., che considera le istanze del singolo, veri e propri atti di iniziativa privata, che determinano «una qualificazione giuridica dell'interesse dell'istante in termini di situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento», con correlata nascita dell'obbligo di provvedere.

⁷⁷ S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, loc. cit.

tale interesse, dovendo egli solo accertare, nel merito, la fondatezza del diritto e l'esistenza dell'obbligo della P.A. di rispondere⁷⁸.

Sul piano della dinamica processuale, di conseguenza, è più coerente ritenere che il ruolo di filtro dell'interesse a ricorrere venga assorbito (e superato) dalla natura creditizia della pretesa azionata e dalla attrazione al *genus* delle azioni di condanna della specifica tutela prevista dal codice per contrastare il fenomeno del silenzio-inadempimento⁷⁹. Rendendo, di fatto, superfluo, alla stregua di quanto avviene (tra soggetti privati) nel giudizio di condanna all'adempimento di un credito, un'indagine sull'esistenza di un'utilità effettiva, concretamente ricavabile dall'adempimento della prestazione⁸⁰.

L'esistenza di un interesse *in re ipsa* a una risposta espressa dall'Amministrazione, d'altro canto, è predicabile a maggior ragione quando la legge rimette la tutela dei terzi nelle mani di poteri di amministrazione attiva. È il caso, paradigmatico, del proprietario che si assuma lesa da una SCIA presentata dal vicino (o, viepiù, da un manufatto realizzato senza alcun titolo) e chiedi alla P.A. di intervenire con le funzioni di vigilanza di suo appannaggio, ma fino a quel momento omesse o trascurate.

Nelle contese tra proprietari finitimi (sul rispetto della disciplina urbanistico-edilizia), infatti, la normativa prevede che sia il potere di vigilanza e controllo del territorio a dover valutare, in prima battuta, la titolarità in capo all'istante di un diritto protetto dalla normativa sostanziale, che lo legittimi a richiedere e – ricorrendone tutti gli altri presupposti (oltre alla controversa "*vicinitas*")⁸¹ – a ottenere il provvedimento repressivo-

⁷⁸ Come ha rilevato I. PAGNI, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un processualcivilista*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 105 ss. è frequente l'anticipazione al momento della verifica dell'interesse al ricorso del giudizio sulla sua fondatezza.

⁷⁹ Riducendo, in tal modo, quelli che L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 196 ss. ha definito i «disallineamenti dal processo civile».

⁸⁰ Sulla sussistenza *in re ipsa* dell'interesse ad agire nelle azioni costitutive e di condanna vd. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 314 ss. L'interesse ad agire, inoltre, è *in re ipsa* ogni qual volta si agisca in azioni un credito secondo Cass, sez. III, 9 dicembre 2014, n. 25841, in *Italggiureweb.it*.

⁸¹ Utilizzata, il più delle volte, come emblema di una costruzione meramente fattuale del criterio di differenziazione di un interesse per L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 184 – 185, che identifica, in ciò, l'insorgere di un problema di certezza del diritto, oltre che «di separazione dei poteri, ergendosi il giudice a legislatore (e dunque a "sovrano")». Sulla *vicinitas*, di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. e app.*, 2022, 166 ss., per la quale, riconosciuto nell'art. 873 c.c. la norma generale di copertura che qualifica l'interesse del vicino legittimandolo a impugnare, è sempre necessario che quest'ultimo (per differenziarsi) allegghi – ma senza bisogno di dimostrare – l'esistenza di un pregiudizio attuale alla sua proprietà (in termini di «possibile deprez-

sanzionatorio richiesto⁸².

In questo senso, l'avvio del procedimento di verifica costituisce sempre un'utilità concreta per chi inoltra l'istanza alla P.A., soddisfacendo l'interesse di quest'ultimo alla certezza dei rapporti inter-proprietari a regime amministrativo. Tutt'al più, a mancare potrebbe essere proprio il diritto a ottenere l'atto richiesto⁸³, posto che nei poteri di vigilanza sull'attività edilizia l'obbligo a intervenire sorge in capo all'Amministrazione solo quando la domanda proviene da un terzo che, diversamente dal *quivis de populo*, sia titolare di una situazione giuridica soggettiva riconosciuta e tutelata dalla normativa urbanistico-edilizia⁸⁴.

In casi del genere, di conseguenza, l'interesse a portare l'Amministrazione davanti al giudice amministrativo non potrà essere messo in discussione, giacché l'utilità di sapere se il richiedente abbia o meno il diritto di sollecitare una verifica della regolarità urbanistica di quanto edificato dal vicino, è insita nella presentazione stessa dell'istanza di intervento. Sarà, poi, il giudice a dover accertare – ma a questo punto nel merito – se, nel

zamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata», un'indagine che il giudice deve svolgere in relazione «al tipo di provvedimento contestato e all'entità e alla destinazione dell'immobile edificando o edificato») e di un'utilità concreta ricavabile (anche in termini futuri e ipotetici) dalla decisione (come ad es. l'esistenza di «conseguenze conformative al momento [della decisione] non prevedibili poiché legate all'applicazione, a valle dell'annullamento giurisdizionale, dell'art. 38 del t.u. 380/2021 che come noto contempla diversi scenari possibili [...] e dove quanto meno la riduzione in pristino, anche solo parziale, sarebbe misura certamente utile e vantaggiosa nella prospettiva demolitoria-ripristinatoria di parte ricorrente»).

⁸² Per un generale obbligo, in capo alla P.A., di verifica *ex ante* dei presupposti idonei all'avvio del procedimento, cfr. N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 2015, 2682 ss.; ID., *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 147; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Silenzi della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Roma, 2009, 1 ss.

⁸³ L'abitudine della giurisprudenza a richiede la prova concreta di una lesione nella sfera del ricorrente (cfr. TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, del 9 dicembre 2021, n. 3715; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 15 ottobre 2020, n. 360, ambedue in *www.giustizia-amministrativa.it*), invece, finisce per confondere il piano dell'esistenza della situazione giuridica da tutelare (il diritto al provvedimento) con quella dell'assenza di utilità da parte della sentenza di accoglimento. Anche nella dottrina, tuttavia, è convincimento diffuso che per verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere il giudice sia costretto a conoscere della fondatezza della pretesa. Così, ad es., C. GUACCI, *La nuova disciplina sulla tutela giurisdizionale avverso l'inerzia dell'amministrazione*, Torino, 2012, 182 ss. e 196 ss.

⁸⁴ Cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 246 ss.

caso concreto, sussistevano i presupposti necessari a far sorgere il diritto dell'istante a ottenere un intervento del pubblico potere e, eventualmente, l'irrogazione di un provvedimento a contenuto repressivo⁸⁵.

Questa stessa *forma mentis* dovrebbe guidare l'inquadramento, sul piano pratico-operativo, anche delle ipotesi in cui l'inerzia dell'Amministrazione sia venuta meno nel corso del giudizio o poco prima della sua proposizione. In eventualità del genere, difatti, l'adozione intempestiva di un atto che definisce il procedimento non può di certo risolversi – come è ormai *acquis* giurisprudenziale – in una assenza (originaria o sopravventa) dell'interesse ad agire (con conseguente liquidazione in rito della faccenda).

L'utilità insita in una pronuncia che dia certezza al rapporto tra il cittadino e l'autorità – che percorre l'intero giudizio – non è certo dissipata dall'irruzione nel processo di un atto amministrativo, soprattutto quando si tratta di atti – si pensi, ad es., a quelli interlocutori – la cui idoneità a definire il procedimento è incerta. Nel qual caso, perciò, s'impone con ancor più impellenza la necessità che sia la sentenza ad accertare, con effetto di giudicato, se l'atto adottato dalla P.A. presenti o meno i caratteri indispensabili a soddisfare il diritto al provvedimento scolpito nell'art. 2, l.n. 241/90⁸⁶.

Ne discende che anche le vicende che regolano l'adozione tardiva dell'atto, in corso o poco prima della causa, debbano trovare una spiegazione in chiave, piuttosto che di condizioni d'accesso al processo, di rapporto sostanziale sottostante al giudizio (quale vicenda estintiva del rapporto di credito azionato); ed essere lette, come accade nel processo civile, quali ipotesi di adempimento, ancorché tardivo, dell'obbligo di rispondere con un provvedimento espresso all'istanza del cittadino, con cessazione della materia del contendere, per aver la sentenza accertato – sussistendone i presupposti – l'intervenuta estinzione del credito⁸⁷.

⁸⁵ Secondo l'assunto per cui, come ha rilevato G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit., «il privato non può infatti vantare nessuna pretesa di fronte a un atto che non obbliga la p.a. nei suoi confronti».

⁸⁶ Precludendo, così, la stessa possibilità di presentare una nuova istanza che, in caso di pronunciamento in rito, sarebbe altrimenti sempre ammessa, a mente di quanto dispone l'art. 31 c.p.a. che, fa salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento «ove ne ricorrano i presupposti».

⁸⁷ Nella giustizia civile, cfr., di recente, Cass., 20 aprile 2022, ord. n. 12632, in *Italggiureweb.it*; nonché, *a contrario*, Cass., 23 febbraio 2021, n. 4855, in *Mass. giust. civ.*, 2021 (ove si afferma che «nell'ipotesi di pagamento avvenuto nel corso del giudizio, non si verifica la cessazione della materia del contendere (che, presupponendo il venir meno delle ragioni di contrasto fra le parti, fa venir meno la necessità della pronuncia del giudice) allorché l'obbligato non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza

Con una precisazione: che qualora il provvedimento risultasse negativo⁸⁸ o si resolvesse in un *non liquet* (poiché, ad es., ha dichiarato insussistente il diritto dell'istante a pretendere l'avvio di un procedimento di vigilanza)⁸⁹, a residuare, a quel punto, sarebbe – oltre al diritto a ottenere un ristoro per il danno subito dal ritardato adempimento, da far valere come domanda ulteriore, nello stesso o con separato giudizio – quell'aspettativa a un provvedimento che abbia divisato, in modo conforme alla normativa sostanziale, l'esistenza del diritto a ottenere l'attivazione del potere tutorio (l'interesse legittimo) o l'adozione dell'atto repressivo richiesto (il diritto al provvedimento), da far valere – come prevede l'art. 117 c.p.a. – con atto di motivi aggiunti.

Tale soluzione, d'altro canto, dà anche ragione della natura sostanzialmente unitaria dell'interesse legittimo⁹⁰: una volta acclarata l'estinzione dell'obbligo (accessorio) di provvedere, il giudizio di accertamento – e il connesso interesse a ottenere una pronuncia nel merito – si sposterà fatalmente sulla situazione soggettiva principale, per verificare se il provvedimento in concreto adottato abbia o meno soddisfatto quell'aspettativa individuale (alla esatta valutazione della sua possibilità di conseguire il provvedimento) protetta dalle norme sul potere.

del debito»).

⁸⁸ Poiché, pur rispondendo all'istanza del cittadino (con implicito riconoscimento del suo diritto a ottenere una risposta), ha negato il provvedimento richiesto per mancanza dei presupposti (una S.C.I.A. *contra legem* o un manufatto senza adeguato titolo) che giustificano l'intervento repressivo.

⁸⁹ Cfr. TAR Sicilia – Catania, sez. IV, 9 dicembre 2021, n. 3715, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha ritenuto l'atto comunale, che aveva dichiarato l'inidoneità delle opere controverse a violare un interesse protetto del vicino (e, dunque, il suo diritto all'attivazione dei poteri di vigilanza e repressivi di settore), sufficiente a escludere un'ipotesi di silenzio tutelabile in sede giurisdizionale.

⁹⁰ Si vedano, sul punto, gli autori menzionati *supra* alla nota n. 8. Per una diversa considerazione della posizione soggettiva del singolo, frammentata in tante autonome situazioni soggettive, aventi natura di diritti (a cui corrisponderebbero altrettanto autonomi obblighi), cfr. invece A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 61 ss. e 121 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.; L. PERFETTI, *Pretese procedurali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.; nonché la recente trattazione di E. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 825 ss.

4. Tutela cautelare e silenzio: i termini di un problema

Un altro istituto che merita di essere esaminato e raccordato con le più recenti acquisizioni – intellettuali e di diritto positivo – in materia di silenzio è, senza dubbio, la tutela cautelare, se si considera che la questione del rapporto esistente tra misure interinali e il rito speciale avverso il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione risulta, ancora oggi, caratterizzato da resistenze e tentativi di sabotare il transito – impresso dal c.p.a. – verso un processo di parti che abbia ad oggetto diritti⁹¹.

Si sono avvicendati molti lustri e due riforme (di sistema) del processo amministrativo da quando gli sforzi di dottrina e giurisprudenza hanno iniziato a confluire verso l'obiettivo comune di superare gli ostacoli, ideologici e di diritto positivo, all'ammissibilità di un intervento cautelare a fronte dell'inerzia della P.A.⁹² Ciò nondimeno, il risultato sperato non può dirsi ancora del tutto conseguito.

Questo perché nello stesso c.p.a., che rappresenta lo stadio evolutivo più avanzato mai raggiunto dalla normazione processuale amministrativa, non viene mai chiarito in modo esplicito se i due istituti su richiamati, entrambi oggetto di una disciplina procedurale *ad hoc* con funzione acceleratoria, possano coesistere o debbano, piuttosto, escludersi a vicenda⁹³. Un fianco debole nell'intelaiatura codicistica⁹⁴ che ha lasciato aperta la porta

⁹¹ Sulla tutela processuale avverso il silenzio, all'indomani del c.p.a., cfr. C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012; E.M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 950 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., 116 ss. Prima del codice, si vedano, invece, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 501 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; G. GRECO, *L'art. 2 della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1 ss.; AA.VV., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Milano, 2002; F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino, 2003.

⁹² Cfr. F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 1992, 7.

⁹³ Un dubbio ulteriormente acuito a causa della mancata riproposizione, nell'art. 55, c.p.a., di qualsiasi riferimento al danno derivante "dal comportamento inerte dell'amministrazione", invece presente nel testo dell'art. 21, l.TAR, ove era racchiusa la disciplina previgente della tutela cautelare nel processo amministrativo.

⁹⁴ Una critica alla struttura impressa al processo di accertamento del silenzio, ivi compresa la scelta del rito processuale, è contenuta in M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 717, che ravvisa nell'introduzione di un rito speciale uno strumento di diminuzione della tutela giurisdizionale.

d'ingresso a posizioni conservatrici, pronte a negare tutela d'urgenza al di fuori dell'impugnativa provvedimentale.

È, così, accaduto che ritornassero in auge orientamenti giurisprudenziali, che si auspicavano ormai abbandonati, secondo cui l'istanza cautelare proposta nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio sarebbe prima di tutto inammissibile⁹⁵, giacché strutturalmente inconciliabile col rito speciale di cui agli artt. 31 e 117, c.p.a.⁹⁶.

A sostegno di tale conclusione, secondo i fautori della tesi, militerebbe più d'una ragione. L'implicita conferma, anche nel codice, che le norme processuali sul silenzio-rifiuto andrebbero lette in rapporto di reciproca esclusione rispetto a quelle sulla tutela cautelare⁹⁷.

Oltre al fatto che i principi di strumentalità e giusto processo di cui agli artt. 24 e 111 Cost. – letti in chiave inedita e controcorrente – esigerebbero di salvaguardare tutti gli interessi di tutte le parti in causa, senza irreparabile

⁹⁵ In un recente passato, si era già fatta largo l'idea che la previsione contenuta nell'art. 21 della l.TAR, risultasse cedevole di fronte all'introduzione (all'art. 21-*bis*) di un procedimento camerale *ad hoc* in materia di silenzio-rifiuto, sostitutivo anche di ogni pronuncia cautelare, in quanto ispirato – al pari del rito cautelare – a criteri di massima semplificazione e accelerazione: così, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII, 2 ottobre 2006, n. 8421; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5792; Id., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2385, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, R. DE PIERO, *Commento all'art. 3 della l. n. 205 del 2000*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa - Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 52, prospettava il dubbio sull'ammissibilità della richiesta di provvedimenti cautelari nei confronti del silenzio, «da ritenersi assorbiti nella relativa [quella di cui all'art. 21-*bis*] azione».

⁹⁶ Posizione ultimamente ribadita dal TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593; Id., Sez. II, 15 settembre 2021, ord. n. 518; Id., sez. II, 27 gennaio 2021, ord. n. 69; Id., sez. IV, 17 settembre 2020, n. 2184; Id., sez. IV, 16 giugno 2020, ord. n. 482, reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹⁷ Entrambi i riti, camerali e con termini ridotti, avrebbero l'identica funzione di ottenere una rapida pronuncia sulla domanda proposta, sicché, al ricorrere dei presupposti dell'uno (in particolare, del silenzio inadempimento), non sarebbe dato attivare l'altro rimedio. In quest'ordine di idee, M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, 394 ss. per la quale, «la strutturazione processuale del rito avverso il silenzio, che prevede la definizione del ricorso in camera di consiglio dalla data di scadenza del deposito del ricorso stesso, induce a ritenere l'esistenza di un'inconciliabilità strutturale con la tutela cautelare». In giurisprudenza, TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 30 luglio 2021, ord. n. 217, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «la tutela cautelare non risulta compatibile con l'azione ex art. 117 c.p.a., caratterizzata dalla particolare celerità del rito» nonché, di recente, TAR Lazio – Roma, 8 marzo 2023, ord. n. 5032, *ivi*, che ha ritenuto la tutela cautelare «strutturalmente incompatibile con il rito del silenzio» caratterizzato «dalla particolare celerità del rito e dalla somministrazione di una forma di tutela in tempi compatibili con la protezione dell'interesse pretensivo dedotto».

nocumento per alcuno di essi. Risultato, quest'ultimo, precluso nel rito avverso il silenzio, dove l'accoglimento della domanda cautelare (obbligando l'Amministrazione a pronunciarsi sull'istanza procedimentale) soddisferebbe integralmente l'interesse di parte ricorrente, con definitivo pregiudizio per quello della resistente al pieno esercizio delle proprie difese nella fase di merito⁹⁸.

A ben guardare, ciò che accomuna gli argomenti più ricorrenti portati a sostegno della tesi negatrice⁹⁹ è un approccio alla questione casistico e quasi nichilista¹⁰⁰, che rifiuta di accettare l'idea che gli istituti giuridici (e le disposizioni che ne fanno da sfondo) non possano essere rappresentati come isole, ciascuno autosufficiente e portatore di una verità a sé, ma come parte integrante di un tutto, che ne orienta fatalmente la ricostruzione giuridica e di sistema; un sistema, a carattere unitario, disegnato – fin dalle fondamenta della Costituzione – a forma di arcipelago, con lo scopo di realizzare un solo e unico obiettivo: la tutela piena della persona umana e dei suoi diritti.

⁹⁸ Secondo il TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593, cit., in particolare, «la modifica della realtà giuridica e materiale derivante dal provvedimento adottato in esecuzione dell'ordinanza cautelare, infatti, determinerebbe il venir meno dell'oggetto del giudizio». Analoghe considerazioni sono rinvenibili in TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 30 luglio 2021, ord. n. 217, cit.: «la relativa domanda, così come proposta nell'atto introduttivo del giudizio, se accolta, determinerebbe l'integrale soddisfacimento della pretesa della ricorrente, rendendo superflua la successiva trattazione nella sede propria del merito». In senso difforme, di recente, Cons. Stato, sez. VII, 3 agosto 2023, ord. n. 3270, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per il quale, l'accoglimento della domanda cautelare, implicando un obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi sull'istanza procedimentale, non comprometterebbe il contrapposto interesse della stessa al pieno esercizio delle proprie difese, «considerata la dipendenza del provvedimento emanato in ottemperanza alla decisione cautelare del giudice amministrativo rispetto alla decisione di merito che dovrà essere adottata con riguardo al ricorso ancora pendente ed il cui esito negativo per il ricorrente determinerebbe l'inefficacia del predetto provvedimento emesso nelle more del giudizio».

⁹⁹ A puntellamento dei quali, sovente, viene spesa l'ulteriore considerazione, di carattere eminentemente pratico, secondo cui, nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio, difficilmente riuscirebbe a emergere un *periculum in mora* tale da giustificare una richiesta cautelare; persino laddove il potere amministrativo di cui si è sollecitato l'esercizio sia funzionale a soddisfare un interesse particolarmente rilevante del richiedente o sia soggetto a esaurimento per decorso del termine (come, ad es., nei poteri di autotutela invocati dal terzo *ex art. 21-nonies*, l.n. 241/90). Così, tra le varie, TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593, cit.

¹⁰⁰ Sul nichilismo giuridico, per tutti, N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2014; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss.

Se è il cittadino l'asse attorno al quale orbita l'ordinamento repubblicano, la trama argomentativa che sorregge la soluzione ostile al riconoscimento di una tutela cautelare nel rito avverso il silenzio si scopre improvvisamente fragile e controvertibile.

L'assenza stessa di esplicite norme di legge o di principio che vietino la concorrenza tra i due rimedi, se osservata in un'ottica unitaria e di sistema (nel senso ora precisato), non può certo bastare a ostacolare il riconoscimento, nelle more del giudizio, di una tutela provvisoria. Quando la natura delle esigenze cautelari prospettate da parte istante lo richiedono, è una volontà immanente all'intero sistema a reclamare che una tutela appropriata venga, giocoforza, assicurata¹⁰¹.

In casi del genere, soprattutto quando la tempestività del rito del silenzio si riveli in concreto inadeguata a salvaguardare la posizione del ricorrente, sussistendo il rischio che, a causa del perdurante silenzio, si verifichi un nocumento irreparabile (si pensi, ad es., alla richiesta di aggiornamento delle informazioni antimafia¹⁰², alla richiesta di accesso alle misure di accoglienza nei confronti di persona richiedente protezione internazionale¹⁰³, etc.), escludere un innesto della fase cautelare nel giudizio avverso il silenzio significherebbe tradire le finalità stesse sui cui fonda il nostro ordinamento¹⁰⁴.

A sancirlo, sarebbe proprio una lettura ortodossa delle coordinate generali e di sistema rinvenibili nella Costituzione e nei principi sulla tutela giurisdizionale – ivi compresa quella cautelare – dei diritti¹⁰⁵. I quali, a loro

¹⁰¹ Così, ad es., T.A.R. Veneto, sez. III, 31 agosto 2020, decr. n. 378; T.A.R. Veneto, sez. III, 14 gennaio 2021, ord. n. 7, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per i quali la misura cautelare può essere concessa all'esito di una comparazione degli opposti interessi che tenga conto della particolare situazione della parte e dei tempi processuali previsti per la trattazione del ricorso ex art. 117 c.p.a.

¹⁰² Si veda TAR Campania-Napoli, sez. I, 03 luglio 2019, n. 1059, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰³ *Ex multis*, T.A.R. Veneto, sez. III, 14 gennaio 2021, ord. n. 7, cit.

¹⁰⁴ Cfr. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento ed il silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 319, che ammette come «nel giudizio sul silenzio [...] non è esclusa la possibilità di una tutela cautelare urgente»; R. GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare. Profili sostanziali e processuali*, in *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 161.

¹⁰⁵ In particolare, il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo, ex artt. 24 e 113, Cost. Così, ad es., TAR Campania-Napoli, sez. I, 03 luglio 2019, n. 1059; Id., sez. V, 16 maggio 2018, n. 704 (secondo cui lo speciale rito previsto per il silenzio «non osta alla configurabilità di una fase cautelare da ritenersi immanente a qualsiasi rito per le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale»), entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

volta, troverebbero sponda nei dati provenienti dal diritto positivo, atteso il carattere generale – senza, quindi, discriminazione tra riti – impresso dal codice alla tutela cautelare e la formulazione dell'art. 2, l.n. 241/90 che, per gli aspetti della tutela giurisdizionale contro il silenzio, rinvia al c.p.a. nella sua integralità (senza, cioè, limitazione di sorta al novero degli strumenti che il privato può astrattamente esperire)¹⁰⁶.

5. Segue. *I principi costituzionali a protezione dei diritti del singolo come bussola per orientarne la soluzione*

A questo punto del discorso, appare chiaro – per come è venuto progressivamente ad affiorare – che la problematica convivenza tra giustizia cautelare e l'*actio contra silentium* possa (e debba) trovare una soluzione, avendo come bussola la difesa dell'individuo e della situazione giuridica soggettiva (di cui è portatore) protetta dal diritto sostanziale.

I paragrafi che precedono hanno contribuito a dimostrare come, anche nel processo amministrativo – compreso il rito avverso il silenzio –, l'oggetto del giudizio sia ormai diventato una situazione soggettiva a struttura creditizia, risultando tale impostazione l'unica coerente con il quadro di sistema nel quale si articola e si dipana la disciplina di diritto positivo.

Ed è altrettanto risaputo che l'istituto della tutela cautelare si sia evoluto di pari passo, transitando da strumento che assicurasse la costante conformità tra effetti del provvedimento e interesse pubblico da perseguire (quale era in una fase protoplasmatica della giustizia amministrativa), a difesa di prima linea per i diritti dei cittadini che si confrontano con il potere (come è stato, da sempre, nel processo civile¹⁰⁷)¹⁰⁸. Nessuno

¹⁰⁶ Cfr. A. PAVAN, *La tutela cautelare nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 311 ss. il quale, tuttavia, ritiene che la misura cautelare sia utilmente concedibile solo quando il ricorrente chieda anche l'accertamento della fondatezza della pretesa. Esclude, invece, in ogni caso l'ammissibilità di una tutela cautelare presidenziale *ante* e *post causam*, sul presupposto che in tali casi la misura concessa coinciderebbe necessariamente con l'emaneazione del provvedimento, con conseguente perdita di quella provvisorietà che deve connotare il decreto presidenziale.

¹⁰⁷ Lo si avvertì fin dai tempi di G. CHIOVENDA (cfr., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 45 ss., 81 ss., 226; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 12). Per A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 16 ss. l'odierno principio di effettività della tutela giurisdizionale ha il suo precursore nell'enunciato chiovendiano secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire».

¹⁰⁸ In argomento, sia permesso rimandare a G. POLI, *In principio sono i diritti*, cit., 289 ss.

escluso, visto il sostanziale livellamento verso l'alto che, ai fini della tutela processuale – ivi inclusa quella a carattere preventivo –, la Costituzione ha operato tra le situazioni giuridiche soggettive dell'individuo¹⁰⁹.

Gli artt. 24 e 113 della Carta, così come gli art. 24 e 111 – lo si è visto –, intrecciano infatti un tessuto a doppia trama, che tiene ancorati i diritti del singolo (nei confronti di altri privati o, indifferentemente, nei confronti di una P.A.) alla necessità che l'ordinamento ne predisponga una tutela piena ed effettiva. Sicché, ogni discriminazione nei livelli di tutela, fondata sulla (o anche solo influenzata dalla) natura pubblica del soggetto su cui incombe il relativo obbligo, deve ritenersi il frutto di una falsa rappresentazione dell'assetto costituzionale¹¹⁰.

Se è innegabile che le norme e i principi costituzionali in materia di giustiziabilità delle pretese, ivi comprese quelle nei confronti della pubblica autorità, evocano – come è nella loro natura – la necessità di un bilanciamento degli interessi di tutte le parti in causa, è altrettanto indubbio che tale compito non possa essere demandato al giudice, il quale deve cedere il passo al legislatore.

Specialmente quando, come nel caso della tutela cautelare, una disciplina di diritto positivo già sia stata edificata e sia vigente. L'attuale codice, in particolare, non sembra lasciare adito a dubbi: la collocazione sistematica della tutela cautelare tra le disposizioni generali sul processo amministrativo (titolo I, del libro secondo), così come il rinvio interno di cui all'art. 38, c.p.a. (che estende le disposizioni del libro secondo, ivi incluse quelle sul processo cautelare, ai riti speciali), militano per una astratta applicabilità dell'istituto anche al giudizio avverso il silenzio¹¹¹. D'altro canto, una norma a carattere generale, in mancanza di una espressa eccezione o deroga, è assai discutibile che venga *tout court* disapplicata¹¹².

¹⁰⁹ Come ha osservato E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 841, tutte le misure cautelari si connettono «all'esigenza di non frustrare la tutela giurisdizionale dei diritti, quale garantita dalla Carta fondamentale»; nonché – con la partecipazione dell'Italia all'Unione europea – dal diritto euro-unitario (sulla tutela cautelare come strumento fondamentale di garanzia delle posizioni dei singoli garantite dal diritto comunitario, infatti, cfr. CGCE 9 novembre 1995, C-465/93, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333; Id., 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-82/89, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 125; Id., 19 giugno 1990, C-213/89, in *Foro amm.*, 1991, 1885).

¹¹⁰ Cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 65 ss.

¹¹¹ In argomento - *si parva licet* - G. POLI, *Il rapporto tra tutela cautelare e il rito avverso il silenzio: quid novi sub sole?* in *ildirittoamministrativo.it*, 2022.

¹¹² Cfr. TAR Puglia – Lecce, sez. I, 18 gennaio 2022, n. 40, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «nel silenzio dell'art. 55 c.p.a., la possibilità di accordare tutela cautelare a fronte di comportamenti inerti dell'amministrazione non [può] astrattamente essere

Di certo, una ragione che giustifichi l'erosione dall'interno dello spazio applicativo dell'istituto non è rintracciabile negli effetti – potenzialmente definitivi o meno – che la misura adottata potrebbe produrre sull'assetto degli interessi sottostanti. Anche una simile eventualità, infatti, è stata oggetto di apposita valutazione da parte del legislatore che, tra i due scenari alternativi ipotizzabili (negare la misura, rischiando di compromettere irrimediabilmente l'interesse del ricorrente o accoglierla, a costo di sacrificare l'interesse della P.A. e dei controinteressati), ha compiuto, ad avviso di chi scrive, una precisa e deliberata scelta di campo: accordare prevalenza non già all'interesse più rilevante (scoria di una concezione oggettiva del processo amministrativo) ma al diritto ritenuto, all'esito di una cognizione semi-piena, verosimilmente più fondato¹¹³.

Ne è riprova la trasposizione del concetto nella regola di cui all'art. 55 e ss. del c.p.a., secondo cui l'astratta irreversibilità degli effetti della misura cautelare non condiziona né l'ammissibilità (e/o la procedibilità)

esclusa». In senso analogo, sia pur in relazione al rito speciale per l'accesso ai documenti amministrativi, da ultimo, TAR Sicilia - Palermo, sez. I, 8 marzo 2023, n. 119, *ivi*, per il quale è ammissibile l'istanza volta ad ottenere una misura cautelare nell'ambito del rito di cui all'art. 116 c.p.a. «in quanto nei riti di cui al Capo IV del c.p.a., per quanto non espressamente disciplinato, trova applicazione la disciplina del giudizio ordinario e, peraltro, non si potrebbe privare il ricorrente di un rimedio cautelare se ciò non fosse espressamente previsto dal legislatore, anche perché è in gioco il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale che permea tutto il codice del processo amministrativo e si porrebbe, pertanto, un problema di compatibilità costituzionale con gli artt. 24 e 133 della Costituzione». *Contra*, TAR Lazio - Roma, sez. III-bis, 15 marzo 2019, n. 3528; TAR Sicilia - Palermo, sez. II, 24 gennaio 2022, n. 618; TAR Puglia - Lecce, sez. II, 29 luglio 2021 n. 464, tutte in www.giustizia-amministrativa.it, nonché, da ultimo, Cons. Stato, sez. VII, 3 agosto 2023, ord. n. 3270, cit., che ritiene ostativo alla soluzione permissiva la circostanza per cui, nel rito sull'accesso, un'ordinanza cautelare propulsiva comprometterebbe in modo irreversibile il giudizio di merito.

¹¹³ In simmetria con quanto si verifica nella tutela cautelare atipica del processo civile, ispirato alla logica per cui il giudice, chiamato a scegliere tra situazioni sostanziali in conflitto, sacrifica senza limiti «l'improbabile al probabile» (F. TOMMASEO, *Intervento*, in *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*, Milano, 1985, 307, concetto già maturato in *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 155: «il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile»); in senso pienamente adesivo, Trib. Milano, 14 agosto 1995, in *Giur. it.*, I, 2, 1996, 354. Nonché, F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 61: «laddove il diritto non possa essere preservato che con un provvedimento irreversibile, si tratta semplicemente di scegliere quale diritto privilegiare, e da questo punto di vista appare ovvio che il diritto da privilegiare sia quello assistito dal *fumus*».

della relativa domanda né, tantomeno, il suo accoglimento nel merito. Paventandosi un'evenienza del genere¹¹⁴, difatti, la disciplina di diritto positivo si è limitata a prevedere la possibilità per il collegio di disporre la prestazione di una cauzione a carico della parte che, in tesi, beneficerebbe degli effetti favorevoli della misura concessa al ricorrere dei presupposti d'urgenza e di (verosimile) fondatezza richiesti dalla legge¹¹⁵.

D'altra parte, anche nel diritto processuale civile è stato ormai da tempo maturato il convincimento che la tutela atipica d'urgenza possa e debba essere riconosciuta nei confronti dei diritti di credito (quando la soddisfazione dell'interesse a essi sotteso sia messa a repentaglio dai tempi di celebrazione di un giudizio a cognizione piena, ancorché abbreviati, poiché il giudizio è stato introdotto, ad es., con il rito *ex art. 702-bis c.p.c.*), anche a costo di accettare la possibilità che l'adempimento ordinato in via d'urgenza produca effetti irreversibili¹¹⁶.

6. Segue. *Tutela cautelare e terzi pregiudicati da una S.C.I.A.*

Un'espressione paradigmatica di come anche nel diritto amministrativo la tempestiva tutela del credito (avente ad oggetto il provvedimento) possa assumere dei connotati tali da richiedere una risposta immediata da parte del giudice – anche a costo di sacrificare le esigenze e le prerogative della P.A. – si trova, una volta ancora, in quelle fattispecie in cui l'accertamento e la tutela della pretesa individuale avvengono con l'intermediazione del potere amministrativo; quei casi, per intendersi, in cui la legge permette di

¹¹⁴ E sempre ammesso che tale irreversibilità sia predicabile: in linea teorica, il provvedimento adottato in esecuzione di un ordine cautelare di provvedere, potrebbe restare travolto – per il principio di necessaria strumentalità – dalla sentenza di merito che neghi l'esistenza dell'obbligo di provvedere.

¹¹⁵ D'altro canto, già con riferimento alle innovazioni introdotte dalla l.n. 205/2000, A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 31 ss. aveva rilevato che «la stessa assoggettabilità a cauzione della concessione (e non più soltanto del rifiuto) di una misura cautelare “reale” destinata a produrre effetti irreversibili, impone di considerare suscettibile di soddisfazione “per equivalente” lo stesso interesse pubblico specifico curato dall'amministrazione, di cui sarebbe dunque possibile, in sede cautelare e sia pure a talune condizioni, il sacrificio in termini di tutela “reale”».

¹¹⁶ A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1 ss.; Id., *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1 ss. Più di recente, F. PAPINI, *Tutela cautelare del diritto di credito: sequestro, provvedimento d'urgenza e clausola compromissoria*, in *Le Soc.*, 2018, 1037 ss.

accedere al giudice non già per domandare l'accertamento, in via principale, dell'esistenza (o meno) di un diritto del terzo, bensì per verificare soltanto che la P.A., nel negare l'esistenza di tale diritto, abbia legittimamente operato.

Si allude, in particolar modo, al tema del controllo sui titoli abilitativi di natura privata (S.C.I.A.¹¹⁷ e D.I.A.¹¹⁸), in cui la tutela del terzo pregiudicato dal titolo è demandata dal legislatore a un sistema modulare che coinvolge, per fasi successive, in prima battuta l'Amministrazione, titolare di un potere di vigilanza doveroso¹¹⁹ assoggettato a un termine perentorio e, in caso di sua eventuale inerzia, il g.a., da adire ai sensi degli artt. 31 e 117 del c.p.a.

È soprattutto in circostanze del genere, dove la tutela del diritto individuale soggiace a un potere d'intervento temporalmente scandito, che sia proprio l'approssimarsi dello spirare del termine a rappresentare per il terzo un pericolo di pregiudizio grave e irreparabile, tale da giustificare un'anticipazione, in via cautelativa, dell'ordine di provvedere.

Questo perché, secondo l'impostazione invalsa nella giurisprudenza, la sentenza che accerta l'obbligo di provvedere, quando si fa questione di un potere discrezionale incoercibile (ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a.) nel *quid* o nel *quomodo*, fa stato tra le parti solo per quanto riguarda l'*an* del suo esercizio¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr., specialmente per il delicato profilo della tutela del terzo, M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., in partic., 246 ss.; F.G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, in *Giur. cost.*, 2020, 1749 ss.

¹¹⁸ Sull'argomento, per tutti, L. FERRARA, *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 759 ss.; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008.

¹¹⁹ Da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2023, n. 2371, in *www.giustizia-amministrativa.it*, al cui avviso, «nel caso di cui all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, si ritiene che l'Amministrazione abbia l'obbligo di rispondere, sicché la discrezionalità risulta piuttosto relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies*».

¹²⁰ Così, ad es., TAR Abruzzo – Aquila, Sez. I, 26 settembre 2013, n. 794 («nel caso di inerzia della PA il comando giudiziale intende solo supplire ad un “non liquet” dell'amministrazione, senza che il giudice –direttamente o mediante suo commissario – possa sostituire la sua volontà provvedimentale in luogo dell'attività amministrativa omessa, a meno che non si verta nella fattispecie ex art. 31 comma 3 del CPA [...] che consente al giudice stesso di pronunciare sulla fondatezza della pretesa»), nonché Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1511, a mente del quale «sul *quomodo* del provvedimento, semplicemente, non vi sarebbe alcun “giudicato” formatosi. [...] Se così è, l'ambito coperto da giudicato può compendiarsi in una (sola) affermazione: “si deve provvedere espressa-

Sicché, specialmente nel caso di poteri soggetti a esaurimento per decorso del termine, gli effetti del giudicato di accoglimento, secondo la giurisprudenza, obbligherebbero l'Amministrazione soltanto a concludere il procedimento con un provvedimento espresso¹²¹, senza alcun ulteriore vincolo relativo agli altri aspetti della scelta discrezionale (compresa, a monte, la verifica dell'intervenuto esaurimento del potere)¹²². Di qui la possibilità che il trascorrere del tempo renda infruttuosa per il ricorrente l'eventuale sentenza – avente ad oggetto l'esistenza di un obbligo di provvedere – di condanna e la correlata necessità di attivare un meccanismo cautelare di tipo propulsivo.

A conservare intatto l'interesse del terzo, infatti, potrebbe non rivelarsi sufficiente il principio – appartenente alla teoria generale del processo¹²³ – di retroattività gli effetti della sentenza di accoglimento (che ha accertato l'esistenza di un obbligo nell'*an*) al momento della proposizione della domanda¹²⁴. Anche in una evenienza del genere¹²⁵, suscettibile di rendere il potere amministrativo di verifica – quale effetto automatico *ex art.* 112, c.p.c. della sentenza emessa ai sensi dell'*art.* 31, comma 1, c.p.a. – di fatto

mente», entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²¹ Con specifico riferimento al potere di autotutela, cfr. T.A.R. Puglia – Lecce, sez. I, 15 dicembre 2015, n. 3564, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²² Atteso che il giudizio sul silenzio, *ex art.* 31 c.p.a., è sempre stato configurato come giudizio su poteri da esercitare – e di cui l'Amministrazione sia persistente titolare – e non come giudizio sul potere già esercitato o, comunque, non più nella sua sfera di disponibilità.

¹²³ Su cui si veda, ad es., Cass., sez. I, 19 maggio 2005, n. 10600, in *Contr.*, 2006, 339 che, quantomeno con riferimento alle sentenze di accertamento di un diritto, richiama il «principio generale secondo cui tutte le pronunce giudiziali retroagiscono normalmente al momento della domanda».

¹²⁴ Tale da cristallizzare il dovere di provvedere e sterilizzare ogni conseguenza negativa connessa al trascorrere del tempo. Cfr. TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 8 ottobre 2021, ord. n. 593, cit. Secondo G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 668 – 669, «ciò che è precluso all'Amministrazione (salvo l'esercizio dei poteri di autotutela) non è certo precluso ai poteri ordinatori e di condanna del Giudice: sicché l'ordine di emettere il provvedimento, che l'Amministrazione avrebbe dovuto adottare nel corso del procedimento di SCIA, riaprirà il circuito del potere amministrativo e potrà riguardare proprio quel potere inibitorio e ripristinatorio “doveroso” [...] che è ormai al di fuori dei poteri d'ufficio dell'Amministrazione medesima».

¹²⁵ Per l'inapplicabilità del principio di origine processual-civilistica della retroazione degli effetti della sentenza al momento della presentazione del ricorso giurisdizionale amministrativo, cfr. S. PERONGINI, *La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”*, Torino, 2022, 222 ss.

inesauribile, il concreto fluire della vicenda potrebbe rendere inservibile un intervento tardivo del potere, facendo venir meno per il terzo ogni reale beneficio ritraibile dalla sentenza.

È quello che accade, ad es. nella materia edilizia, quando i lavori sono già conclusi e gli effetti dell'eventuale, tardivo, "annullamento" della S.C.I.A. vengano obliterati dalla sanabilità postuma, *ex art. 38 d.p.r. n. 380/2001*, delle opere eseguite in buona fede, sulla base di una segnalazione dichiarata inefficace¹²⁶. O, ancora, quando è in corso l'*iter* di una nuova pianificazione territoriale e si rischia che la modifica sopravvenuta della disciplina d'uso dei suoli, suscettibile di superare gli effetti della sentenza¹²⁷, frustri le ragioni fatte valere dal terzo nel processo.

Anche in fattispecie del genere, la risposta che va pretesa dall'ordinamento non può muoversi se non nel solco della primazia dei diritti individuali e dei principi che governano la loro difesa in giudizio.

Nell'ambito delle attività cd. liberalizzate¹²⁸, che soggiacciono alla vigilanza di poteri ad attivazione doverosa, le più evolute e persuasive teorizzazioni sull'argomento riconoscono al rapporto tra amministrazione e terzo (titolare di una posizione normativamente qualificata e differenziata)¹²⁹ il crisma del rapporto obbligatorio, nel quale il creditore (il terzo) può esigere dal debitore (la P.A.) l'adempimento di un obbligo posto a tutela del suo interesse¹³⁰.

¹²⁶ Sull'argomento, *ex multis*, G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 745 ss. A. PORPORATO, *Misure ripristinatorie: governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, Torino, 2018, 95 ss.; R. MICALIZZI, *Le sanzioni conseguenti all'annullamento del titolo edilizio, tra interpretazione letterale e principi generali*, in *Urb. e app.*, 2013, 724 ss. Più di recente, E. TRAVI, *In tema di annullamento del permesso di costruire*, in *Foro it.*, I, 3, 2021, 36 ss.; S. DE ROSA, *La c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio. L'art. 38 del t.u. edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 alla luce della recente pronuncia dell'adunanza plenaria: Cons. di Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17*, in *Ambienteditto.it*, 2020, 379 ss., nonché, se si vuole, G. POLI, *La cd. fiscalizzazione dell'abuso edilizio nell'art. 38, t.u.e.*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 920 ss.

¹²⁷ Da ultimo, si veda Cons. Stato, sez. IV, 07 febbraio 2023, n. 1316, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 05 luglio 2022, n. 307, *ivi*, che ribadiscono l'orientamento per cui l'esistenza di un precedente giudicato non inibisce la pianificazione, obbligando soltanto la p.a. a rendere una specifica motivazione sul punto.

¹²⁸ Su cui, per tutti, cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001.

¹²⁹ Come, ad es., in materia di distanze.

¹³⁰ G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 246 ss. (in partic.

In questa – più centrata – ottica ricostruttiva, il termine di esercizio del potere si riscopre termine di adempimento dell'obbligo di provvedere, la cui violazione può condurre a un adempimento tardivo o, laddove esso non sia più possibile, al risarcimento del danno per equivalente¹³¹. Il che, sul piano del processo cautelare amministrativo, rileverà in maniera non dissimile da quanto rileva, di norma, la violazione del termine di adempimento di un obbligo contrattuale, in un processo cautelare civile; soprattutto alla luce del costante avvicinamento nella disciplina legislativa dei due sistemi di tutela anticipatoria, sospinti da una sempre maggior convergenza dei principi che ne fanno da cornice¹³².

Nel diritto dei privati, infatti, è stata da tempo accettata l'idea che il diritto di credito, in sé e per sé considerato, può costituire oggetto della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, quando il protrarsi dell'inadempimento oltre il termine previsto – dalla legge o dal contratto – per eseguire la prestazione rischi di estinguere il credito stesso, facendo venir meno l'interesse del creditore a conseguire il bene oggetto del rapporto originario¹³³. In quell'ambiente, cioè, l'unico aspetto da prendere in considerazione, ai fini della configurabilità del *periculum*, coincide con l'esistenza di un'alta probabilità che il trascorrere del tempo determini l'impossibilità – giuridica o materiale – di conseguire il bene della vita; per contro, il principio di retroattività degli effetti della domanda, che pur trova piena cittadinanza nel processo civile, appare del tutto sprovvisto di rilievo, incapace com'è, di per sé solo, di disinnescare il pericolo di un'estinzione non soddisfattiva del credito azionato¹³⁴.

251, ove si dice che «il terzo diventa, così, parte di un rapporto giuridico nel quale assume una posizione creditoria verso l'amministrazione, dalla quale può esigere l'adempimento dell'obbligo di vigilanza, per la parte posta a tutela del suo interesse»).

¹³¹ G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 256 -257.

¹³² Principi, sia di diritto interno (taluni, veri e propri corollari dei principi costituzionali), che di derivazione europea (cfr. L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 169 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.).

¹³³ Sulla tutela *ex art. 700 c.p.c.* del credito, in dottrina, A.M. BRUNI, *Tutela d'urgenza e diritti di credito*, in *Giust. civ.*, 1986, 2853 ss.; F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 53 ss.

¹³⁴ Cfr., ad es., F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 2015, 70 ss., dove viene operato un importante distinguo tra pregiudizio alla pretesa sostanziale derivante dal fluire della realtà materiale esterna al processo e pregiudizio derivante dall'applicazione della stessa norma sostanziale, evidenziando come solo quest'ultimo tipo di danno è scongiurato dagli effetti cd. sostanziali della domanda mentre, per quelli del primo tipo, deve subentrare necessariamente la tutela cautelare. In tema, altresì, A. PROTO PISANI, *Lezioni di*

Non si vedono, perciò, all'orizzonte ragioni logico-giuridiche apprezzabili per giustificare un'applicazione eclettica dell'istituto cautelare proprio in materia di silenzio-inadempimento¹³⁵. Anche quando l'inosservanza dell'obbligo riguarda l'Amministrazione e il suo intervenire d'autorità, infatti, la circostanza che (in tesi) la proposizione della domanda di giustizia cristallizzi il tempo del potere – ostacolandone l'esaurimento – non esclude che, allo stesso modo di un qualsiasi obbligo civilistico di prestazione, la durata del processo possa altrimenti interdire la soddisfazione in natura dell'interesse tutelato dalla norma sostanziale.

Così come la citazione in giudizio per il mancato, tempestivo e spontaneo pagamento di un'obbligazione pecuniaria impedisce (per l'effetto conservativo della domanda) che il diritto si prescriva, ma non che, nell'arco del processo, il debitore divenga insolvente, allo stesso modo, l'esperimento dell'azione *ex artt.* 31 e 117 c.p.a. potrà anche inibire la consumazione del potere di vigilanza ma senza riuscire, per forza propria, a prevenire il pericolo che sopravvenienze giuridiche e fattuali, intervenute nel corso del processo, rendano – come visto – il potere non più esercitabile in modo pienamente soddisfattivo per l'interesse del terzo.

Nei principi e nelle regole che disciplinano il processo amministrativo (in special modo il rito speciale avverso il silenzio), d'altro canto, non si ravvisano peculiarità tali da giustificare orientamenti *sui generis* rispetto a quanto comunemente si assiste, per situazioni similari, nel contenzioso innanzi al giudice ordinario (che rappresenta l'archetipo della tutela giurisdizionale dei diritti). In entrambi i casi, lo si è visto, può accadere – e accade – che la proposizione della domanda (specialmente nei suoi effetti

diritto processuale civile, Napoli, 2014, 219 ss., che distingue tra effetti sostanziali conservativi e attributivi, ma senza, in alcun caso, ritenerli succedanei della tutela cautelare, quando i rimedi sostanziali predisposti dall'ordinamento allo scopo di neutralizzare i danni che possono verificarsi a causa dello iato esistente tra momento della proposizione della domanda giudiziale e momento dell'emanazione della sentenza, si rivelino inadeguati (595 - 597).

¹³⁵ La soluzione, d'altro canto, appare coerente con l'applicazione che tradizionalmente viene fatta dell'art. 700 c.p.c., quando parte in causa sia una P.A. e oggetto di cautela un diritto di pretesa. Dalla relativa casistica giurisprudenziale in materia, infatti, emerge la comune tendenza a definire il giudizio cautelare accordando prevalenza allo scrutinio svolto in ordine alla presumibile fondatezza della rivendicazione e all'entità della lesione paventata dal richiedente (Cfr. Trib. Torino sez. lav., 16 ottobre 2017, in *Dejure.it*; Trib. Milano, sez. lav., 16 aprile 2014, cit.; Trib. Roma sez. lav., 12 settembre 2011, *Giust. civ.*, 2012, 1, I, 236; Trib. Roma, 15 giugno 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3230; Trib. Bari, sez. lav., 25 marzo 2008, in *Dejure.it*; Trib. Marsala, 27 giugno 2007, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 1175; Trib. Pescara, 26 gennaio 2007, cit.; Trib. Roma, 19 dicembre 2001, in *Giur. romana*, 2002, 206).

sostanziali di tipo conservativo) non rappresenti un rimedio sufficiente a sterilizzare i danni collegati ai tempi (fisiologici) della giustizia; ragion per cui, è da tempo immemore che nell'ordinamento si è ritagliata uno spazio e una dignità autonomi l'azione cautelare, primo e irrinunciabile baluardo nella difesa giurisdizionale dei diritti (anche di credito) dell'individuo.

7. *A mo' di conclusione*

Per ogni riforma che, di lustro in lustro, ha gradualmente mutato il rapporto tra i cittadini e il potere amministrativo, un tratto in più di quella distanza che separava l'aspirazione dell'individuo verso l'esercizio di tale potere (nella sua forma tangibile: il provvedimento) dall'essere riconosciuta come diritto (a struttura creditizia), è stato colmato.

È successo così per l'aspirazione del cittadino a un provvedimento espresso – positivo o negativo, purché capace, in modo legittimo, di dare una risposta certa alla richiesta dell'individuo – e, con una decisa accelerazione in questi anni, per l'aspirazione a un provvedimento favorevole che, al ricorrere di certi presupposti, la legge ha fatto assurgere a dignità di pretesa (in senso tecnico) nei confronti dell'Amministrazione, su cui far pendere la correlata obbligazione di *facere* specifico.

Era lecito attendersi che, a una trasformazione tanto significativa, si accompagnasse un concomitante ripensamento nel modo di intendere la tutela processuale di tale pretesa, che valorizzasse – verso un'armonizzazione sempre crescente con la tutela processual-civilistica del credito – quei principi e istituti di diritto comune (la tutela cautelare e le condizioni dell'azione, ne sono un esempio eloquente) che lo stesso codice del processo amministrativo, consapevole dei profondi mutamenti culturali e normativi in corso, aveva già dimostrato di voler recepire; nella convinzione, di un'imminente parificazione tra la pretesa del cittadino nei confronti del potere e i diritti di credito.

Così, tuttavia, non è stato. Come è emerso dall'indagine condotta, la qualità della tutela impartita dai giudici amministrativi – e il trattamento processuale riservato alla pretesa azionata nel rito avverso il silenzio, a tutela del tempo dell'individuo, ne è lo specchio¹³⁶ – non si è mostrata al passo

¹³⁶ Dubbi sull'adeguatezza della tutela processuale del tempo, sono espressi sia in S. TUCCILLO, *Le declinazioni del "tempo" nell'azione amministrativa*, cit., 19 che in M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto"*, cit., 9 ss.

con i progressi invece raggiunti dal diritto sostanziale. Col risultato di far stagnare quella mai del tutto superata, non più accettabile, discriminazione tra situazioni soggettive identiche (nella consistenza e nella struttura), colpevoli unicamente d'essere affidate a giudici di ordini diversi.

Si comprende, dunque, come non sia differibile oltre un cambio di rotta che, attraverso la piena parificazione nella difesa in giudizio delle relative pretese, porti a compimento quell'opera di innalzamento nel livello della protezione che la Costituzione ha voluto riconoscere all'individuo anche nei confronti del potere pubblico.

Solo in questo modo, infatti, dei veri e propri diritti di credito – che dell'interesse legittimo conservano il (solo) nome, in quanto devoluti a un ramo della giurisdizione diverso da quello ordinario¹³⁷ – potranno trovare collocazione all'interno di un sistema di giustizia, quella amministrativa, che si rivelerebbe altrimenti inadatto a ospitare pretese che, per i costituenti, già *in nuce* avrebbero dovuto ricevere le stesse opportunità di tutela riservate a pretese, gemelle, affidate al giudice ordinario.

¹³⁷ Scelta, quella del dualismo delle giurisdizioni, sempre più sotto osservazione e accompagnata da voci critiche: cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 4 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 561 ss.; ID, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., in partic. 91 ss. Ma vedi già S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir.*, 2000, 3 ss., per il quale «con il progressivo calarsi dell'Amministrazione nella società e con il ridursi dei suoi connotati di specialità, si indeboliscono le ragioni di una giustizia amministrativa speciale del tutto separata e diversa dalla giurisdizione del giudice ordinario e si rafforza l'esigenza di un'assoluta garanzia di indipendenza e imparzialità del giudice, anche (e tanto più) se speciale». In argomento, cfr. altresì, R. ALESSE, *L'imparzialità del giudice amministrativo nel pensiero di Sergio Panunzio*, in *Quad. cost.*, 2006, 557 ss.

Flaminia Aperio Bella

*Pubblico, privato e comunità in sanità. Un'unificazione di prospettive nel paradigma collaborativo**

SOMMARIO: 1. Pubblico e privato in sanità, tra stilizzazioni, ideologie e terminologia: quale ruolo per la comunità? – 2. Un primo tentativo di inquadramento muovendo dal dettato costituzionale – 3. Punti fermi, questioni aperte e prospettive di indagine – 4. La regolamentazione dell'erogazione “in privato” di prestazioni sanitarie, sociosanitarie e sociali – 5. Le differenze rispetto alla regolamentazione dell'erogazione “con il privato” di prestazioni sanitarie, sociosanitarie e sociali – 6. Prospettive sul ruolo della comunità in ambito sanitario e sociosanitario: considerazioni economiche e sociali – 7. *Segue*. Considerazioni giuridiche e il ruolo del PNRR tra innovazione, territorialità e integrazione socio-sanitaria – 8. Ricadute concrete e sviluppi possibili.

1. Pubblico e privato in sanità, tra stilizzazioni, ideologie e terminologia: quale ruolo per la comunità?

Il binomio pubblico-privato applicato alla sanità evoca, osservato a livello “macro”, il rapporto “di forza” tra componente pubblica e mercato, attorno alla cui preponderanza-recessività sono stati stilizzati i modelli di sistemi sanitari occidentali. Si allude, evidentemente, alla contrapposizione tra il modello guidato dalla predominanza pubblica, cui è tradizionalmente ascrivito il paradigma europeo, e quello di impronta privatistica o “di mercato”, cui si suole ricondurre il sistema sanitario statunitense¹. Come ogni “stilizzazione”, anche tale ricostruzione soffre di una certa imprecisione, non consentendo di intercettare le *nuances* che caratterizzano i singoli modelli: basti menzionare la contrapposizione, a livello europeo, tra realtà “a sistema sanitario nazionale” ispirate al modello

* Contributo, qui riproposto con la mera correzione di alcuni errori materiali, già pubblicato su *Diritto e Società*, 3/2024, 415 ss.

¹ Per una riflessione che contrappone i due “paradigmi” in chiave comparata cfr. oggi A. SANTUARI, W. SAHE, *Paradigms of Healthcare Systems, Law and Regulation*, in D. ORENTLICHER, T.K. HERVEY (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Health Law*, Oxford, 2022, 19 ss.

Beveridge – come l'Italia, la Spagna, il Portogallo, la Svezia, la Norvegia, la Danimarca, l'Irlanda e, ovviamente, il Regno Unito – e quelle improntate sull'assicurazione sociale di matrice Bismarckiana – come la Germania, l'Austria, la Francia, il Belgio e l'Olanda –². Inoltre, le riflessioni più recenti dimostrano che la polarizzazione dei modelli di sistemi sanitari sull'uno o l'altro fronte rischia di essere sopravvalutata, assistendosi, da un lato, a una discussione negli Stati Uniti su una assicurazione sanitaria nazionale (una sorta di “*Madicare-for-All*”) e dall'altro, un sempre maggiore affiancamento di fornitori privati alle organizzazioni messe in campo a livello europeo per la fornitura di assistenza sanitaria³.

Mantenendo un punto di osservazione “allargato” al contesto globale, il fenomeno del progressivo ingresso dei privati nelle realtà ordinamentali a SSN, basate sui principi dell'universalità di copertura, dell'equità di accesso e dell'uguaglianza di trattamento, può trovare riscontro nella traiettoria politica tracciata a livello sovranazionale a partire dalla seconda metà degli anni '80, quando cominciò a proporsi una strategia di ristrutturazione dei sistemi sanitari – dedicata ai paesi in via di sviluppo, ma estensibile oltre tale ambito – guidata da una concezione per lo più economica della salute e mirata all'incoraggiamento della concorrenza e della diversificazione dei servizi offerti, nonché alla promozione di riforme degli assetti sanitari che, *inter alia*, promuovessero le assicurazioni integrative, favorissero la competizione tra i fornitori pubblici e privati e introducessero pagamenti diretti delle prestazioni da parte degli utenti⁴. Proprio tra gli anni Ottanta

² Per un confronto dei tratti essenziali dei sistemi sanitari statunitense ed europeo, che distingue, nell'ambito di questi ultimi, tra modelli a sistema sanitario nazionale e quelli ad assicurazione sociale v. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2020, 77-82.

³ A. SANTUARI, W. SAHE, *Paradigms of Healthcare Systems, Law and Regulation*, cit., 19. . Per un'efficace rappresentazione in chiave comparata delle tecniche di garanzia del diritto alla salute in alcuni Stati dell'Unione Europea (e non solo) si rinvia agli Studi del Servizio Ricerca del Parlamento europeo, Unità Biblioteca di diritto comparato e ivi in particolare ai contributi di M.C. PONTHEAU per la Francia, F. REIMER per la Germania, P. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ per la Spagna, M. LUCIANI per l'Italia, J. ZILLER per il Consiglio d'Europa, P. SALVATORE per l'Unione Europea.

⁴ Il riferimento va, *in primis*, al documento diramato dalla World Bank nel 1987, dal titolo *Financing Health Services in Developing Countries: an Agenda for Reform* e al successivo rapporto annuale *Investing in Health*, pubblicato dalla medesima istituzione nel 1993. In entrambi i documenti emerge l'intento di proporre un'agenda globale delle politiche che i governi dovevano assumere per il miglioramento della salute, soprattutto nei paesi a basso e medio reddito ma non solo, attraverso (i) l'introduzione nei servizi sanitari pubblici di forme di partecipazione alla spesa da parte degli utenti, (ii) la promozione di programmi assicurativi pubblici e privati; (iii) l'incoraggiamento di un uso efficace delle

e Novanta, infatti, si collocano le riforme dei sistemi di *welfare* promosse da vari paesi occidentali, ispirate da una visione neoliberale e accomunate dall'intento di riconfigurare l'intervento dello Stato rispetto al mercato, con arretramento del primo in favore del secondo, e conseguente rivisitazione del paradigma "classico" che aveva presieduto alla costruzione dell'assetto sanitario di riferimento dell'immediato secondo dopoguerra (il citato modello *Beveridge*), con soluzioni differenziate nelle singole realtà nazionali.

Avvicinando il fuoco dell'osservazione alla dimensione italiana, può affermarsi, in via di prima approssimazione, che il tema del rapporto tra pubblico e privato in sanità è vissuto tradizionalmente in chiave oppositiva, portando con sé un forte carico ideologico, confermato dalla ciclica polarizzazione del dibattito pubblico e politico sul tale snodo⁵. La sensibilità della questione si spiega agevolmente: come già evincibile dalle poche considerazioni introduttive appena svolte, il sistema italiano si colloca nel polo "più pubblico" tra i modelli di sistemi sanitari di impronta pubblicistica. Si tratta di una scelta – politica, appunto – già prefigurata, *in nuce*, dai Costituenti e pienamente realizzata con l'istituzione del SSN

strutture sanitarie non governative, ampliando e regolando le attività sanitarie di soggetti privati con un impulso alla privatizzazione dei servizi sanitari; (iv) il decentramento dell'organizzazione sanitaria pubblica per avvicinare decisioni di spesa e utenti finali, con l'introduzione di incentivi e meccanismi di mercato (in punto v. di recente le riflessioni di M. GADDES DA FILICAIA, C. GIORGI, *L'espansione del privato nel contesto globale*, in *Pol. Soc.*, 3/2023, 425 ss., qui 427 e già E. MISSONI, G. PACILEO, *A trent'anni da Alma Ata: l'evoluzione delle politiche globali in sanità*, in *Osservatorio italiano sulla salute globale, Salute globale e aiuti allo sviluppo. Diritti, ideologie e inganni, III Rapporto dell'Osservatorio italiano sulla salute globale*, 2008, Pisa, 23-33).

⁵ Si pensi, solo per riportare un esempio recente, all'appello rivolto al Governo da 14 importanti rappresentanti del mondo della scienza e della sanità sul tema "*Non possiamo fare a meno del servizio sanitario pubblico*", il cui impianto argomentativo prende le mosse dalla considerazione che il sottofinanziamento del SSN implica un arretramento della quota di attività che il pubblico riesce ancora a garantire a tutti (limitata a urgenza, ricoveri per acuzie), mentre per quanto attiene a "*visite specialistiche, diagnostica, piccola chirurgia... i cittadini sono costretti a rinviare gli interventi o indotti a ricorrere al privato*" innescando un progressivo decadimento verso "*il modello USA, terribilmente più oneroso (spesa complessiva più che tripla rispetto all'Italia) e meno efficace (aspettativa di vita inferiore di sei anni)*". Pochi giorni dopo la diffusione di tale appello, il Ministro ha dichiarato, in un'intervista, che "*Ogni tanto ascoltiamo assurde accuse di privatizzazione della sanità... ma la vera subdola privatizzazione è quella fatta dai governi che hanno spalancato le porte alle cooperative e ai gettonisti. Nessuno prima di noi si è occupato che tutto questo portasse alla fuga dal servizio sanitario pubblico né che il medico che lavora a cottimo guadagna il triplo di chi ogni giorno si dedica ai pazienti in ospedale e non solo a chiamata*" ("Liste d'attesa/Schillaci spiega il nuovo Piano nazionale e ribadisce: nessun taglio né privatizzazioni", in *Sanità24*, il Sole24 ore del 5 aprile 2023).

ad opera della l. n. 833/1978. Senonché, il dibattito appare falsato dal carattere polisenso del riferimento al “privato in sanità”, che, alludendo a una molteplicità di fenomeni, rischia sovente di dare luogo a una discussione non controllata nelle premesse e, quindi, non confrontabile negli esiti.

Il presente scritto si propone di estendere il ragionamento a un terzo polo, meno esplorato, ossia alla comunità in sanità, per verificare la tenuta degli argomenti tradizionalmente addotti a favore e contro la promozione del ruolo del privato in sanità. Ai fini del presente studio, la prospettiva di osservazione sarà concentrata sul c.d. privato sociale, figura, che, come noto, non esaurisce tutte le forme di solidarietà organizzata né tutte le possibili partecipazioni della comunità in sanità (che ben può assumere veste informale, non concretizzarsi in un apparato o soggetto specifico, ma realizzarsi in forme di cooperazione che vedono direttamente coinvolti gruppi, individui e famiglie⁶). La scelta si spiega alla luce della incrementale rilevanza che stanno assumendo in ambito sanitario le organizzazioni che nel loro insieme contribuiscono alla costruzione del c.d. Terzo settore⁷. Come si vedrà ampiamente nel prosieguo, ciò dipende non solo da fattori economici e sociologici, ma anche da fattori giuridici, in ragione delle evoluzioni normative ed interpretative che hanno interessato la disciplina del Terzo settore, sia in termini di sottrazione dei rapporti che legano l'amministrazione e gli enti che ne fanno parte alle rigide logiche del mercato - con conseguente agevolazione, a determinate condizioni, della realizzazione di sinergie -, sia in considerazione della priorità che assume,

⁶ Si tratta di iniziative di “solidarietà informale” non trascurate dal legislatore. Si pensi, *in primis*, alla l. n. 328/2000 (su cui si tornerà *amplius infra*), che, nell'enumerare i soggetti chiamati a provvedere alla gestione ed all'offerta dei servizi sociali vi include i soggetti pubblici e privati di varia natura, compresi organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, ecc., per poi precisare che il sistema ha tra i suoi scopi la promozione della “solidarietà sociale” (in aggiunta a quella organizzata), identificata con la “valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto-aiuto e di reciprocità” (art. 1, co. 5).

⁷ Con tale locuzione si intendono identificare la congerie soggetti contemplati dalla normativa vigente (le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società), caratterizzati per essere “costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore” (art. 4 d.lgs. 117/2017).

nelle più recenti riforme, una presa in carico globale del paziente, sul piano sanitario e sociale, con inevitabile coinvolgimento di organizzazioni di impianto solidaristico che, tradizionalmente, si occupano di tali profili.

Focalizzata in questi termini, la prospettiva prescelta consente di mettere in comunicazione la disciplina sanitaria e quella sociale, affrontando uno snodo concettuale fondamentale la cui analisi - nonostante una predicata "integrazione" delle prospettive e delle misure - ha percorso per troppo tempo traiettorie parallele. L'obiettivo ultimo del lavoro è mettere in luce come la riflessione sul ruolo della comunità in sanità si candidi come chiave per rispondere a molte delle sfide che si stagliano all'orizzonte della politica sanitaria, restituendo indicazioni utili a guardare in chiave rinnovata la tradizionale contrapposizione tra pubblico e privato in sanità.

2. *Un primo tentativo di inquadramento muovendo dal dettato costituzionale*

Il modello di sistema sanitario italiano ha un profondo radicamento nella Costituzione.

Quella italiana è una delle prime Costituzioni nelle quali il diritto alla salute è stato riconosciuto ed è certamente una di quelle che al diritto alla salute offre le garanzie più rigorose⁸. Sugellato dall'art. 32 nella sua doppia dimensione di diritto dell'individuo e interesse della collettività, il diritto alla salute è, infatti, l'unico espressamente qualificato come fondamentale (co. 1). Tale significativa disposizione è accompagnata dalla previsione che la Repubblica "*assicura cure gratuite agli indigenti*". Se l'approccio categoriale abbracciato dalla Carta costituzionale rispecchia la critica situazione economica in cui versava il Paese all'indomani del secondo conflitto mondiale⁹, è anche vero che, già durante i lavori dell'Assemblea costituente, emerse l'obiettivo più generale assegnato alla Repubblica dall'art. 32 Cost., ossia quello di "*garantire la sicurezza sanitaria della popolazione su una base di solidarietà*"¹⁰. Nel dettato costituzionale era già contenuta, in altri termi-

⁸ Per una riflessione in ottica comparata v. ancora M. LUCIANI, *Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato*, cit., spec. 6 ss. e gi, in generale, à il suo fondamentale contributo ID., I) *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 4 ss..

⁹ G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. CORSO, P. MAGISTRELLI (a cura di) *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009, 18 e già ID., *I diritti sociali nella costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.

¹⁰ Queste le parole pronunciate da Alberto Mario Cavallotti durante i lavori dell'Assemblea Costituente.

ni, l'opzione per il modello di tutela della salute universale ed egualitaria, che vide la luce solo quarant'anni dopo, quale frutto maturo dell'adesione all'idea di società promossa dal c.d. Rapporto *Beveridge*¹¹. Peraltro, come si vedrà subito *infra*, ciò che pure si rintraccia nelle maglie del dettato costituzionale è il mantenimento di uno spazio per l'apporto solidale (più o meno spontaneo e disinteressato) dei soggetti privati, a riconoscimento di quella che ha storicamente rappresentato la prima forma di intervento in queste situazioni (si allude, evidentemente, al modello "privatistico" delle "Casse mutue", proliferate fin dalla fine dell'800).

Più nello specifico, il progetto di società concretizzatosi nel '78, in forma di "sanità per tutti" (per rievocare le parole della allora Ministra Tina Anselmi), radicava l'idea di una salute garantita a tutti i cittadini, e in cui tutti i cittadini provvedessero a finanziarla, su una lettura combinata degli artt. 32, 2 e 3, co. 2 Cost.¹². Invero, la precisa combinazione tra la centralità della persona umana espressa nel principio personalista e solidaristico (che l'art. 2 Cost. fonda sul binomio tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà) e dell'impegno della Repubblica a realizzare la "tutela" della salute, sia come diritto fondamentale dell'individuo sia come interesse della collettività (art. 32, co. 1 Cost.), conduce all'assunzione in capo a quest'ultima della funzione di organizzare i servizi necessari a garantire il bene oggetto del diritto, con conseguente elevazione del servizio

¹¹ Si allude evidentemente al dossier predisposto da Sir. William Beveridge nel novembre 1942, su richiesta del Governo Churchill, dal titolo "*Report on Social Insurance and Allied Services*". Come noto, il rapporto, che vendette più di 70.000 copie in tempo di guerra, venne diffuso nei Paesi nemici, compresa l'Italia, con finalità propagandistiche per rendere le popolazioni più consapevoli su giustizia e solidarietà sociale. Sul contributo che la circolazione di idee e progetti sulla sicurezza sociale ha fornito nel plasmare le scelte interne e geopolitiche delle potenze coinvolte nel secondo dopoguerra come modello alternativo a quello incarnato dalle potenze dell'Asse cfr. M. MIONI, *Quale «sicurezza sociale»? Il Rapporto Beveridge nei progetti di riforma e nel dibattito italiano (1943-46)*, in *Mem. e Ric.*, XXIX, n. 67, 2/2021, 313 ss., spec. 316 dove si evidenzia come durante la guerra, gli anglo-americani presentarono la sicurezza sociale come una promessa per la ricostruzione, collegando la vittoria alleata all'affermazione di un più inclusivo patto democratico.

¹² All'art. 1 della legge istitutiva del SSN (l. n. 833/78), trova finalmente riconoscimento la garanzia a tutta la popolazione, senza distinzione alcuna, dell'assistenza da parte delle strutture del SSN, in modo che ne fosse assicurata "*l'eguaglianza...nei confronti del servizio*" (art. 1, l. n. 833/78). Attraverso la scelta per tale modello di tutela, fondato sul pilastro solidaristico, perché finanziato con la fiscalità generale, l'ordinamento italiano ha optato per una netta soluzione di continuità rispetto al paradigma mutualistico, dimostratosi inefficiente e faticosamente eliminato solo alla fine degli anni '70, con ciò che ne è conseguito -almeno inizialmente- in termini di opzione per una soluzione organizzativa orientata alla massimizzazione dell'intervento pubblico.

sanitario a “*servizio pubblico obbligatorio ad attivazione necessaria*”¹³. Completando tale quadro con il compito affidato alla Repubblica, più in generale, dall’art. 3, co. 2, ossia quello di “rimuovere gli ostacoli” al pieno sviluppo della “persona umana”, intesa allo stesso tempo, nella dimensione individuale e sociale (come elemento di sintesi e mediazione fra le istanze liberali e quelle più propriamente egalarie), se ne ricava il modello di uno Stato sociale di diritto fondato sulla solidarietà¹⁴, in cui, da un lato, ciascun individuo è chiamato a fare la sua parte, in forza della propria appartenenza ad una comunità che ha scelto di darsi regole tali da garantire a tutti la possibilità di sviluppare appieno la propria personalità¹⁵, e, dall’altro lato, l’Amministrazione pubblica è chiamata (anzitutto) a “servire”, come la stessa etimologia del termine richiede (nella combinazione tra la particella “ad” e “ministrare”, dal latino servire, curare, fornire), intervenendo per organizzare l’assistenza sanitaria con fondi pubblici¹⁶.

Ora, se la prospettiva del diritto alla salute come diritto sociale implica la predisposizione di un insieme adeguato di strumenti organizzativi e finanziari e, dunque, un intervento pubblico teso a organizzare l’assistenza sanitaria con fondi pubblici¹⁷, al contempo l’art. 32 Cost. non fornisce indicazioni nette in ordine ai rapporti tra pubblico e privato in ambito sanitario in relazione alle forme di organizzazione e fornitura del servizio¹⁸, così dando adito a posizioni diversificate¹⁹.

¹³ N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, parte speciale*, I, Milano, 2005, p. 630.

¹⁴ In argomento, per tutti, M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, 2017; S. RODOTÀ, *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014. Per una riflessione in chiave comparata sulla trasformazione in principio giuridico del concetto di solidarietà cfr. K.-P. SOMMERMANN, *Some Reflections on the Concept of Solidarity and its Transformation into a Legal Principle*, *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 52, 2014, 10 ss.

¹⁵ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 36.

¹⁶ Secondo una certa lettura il principio di solidarietà, in collegamento con la previsione costituzionale dei diritti sociali, impone allo Stato (organizzazione) di intervenire e fornire direttamente, ossia mediante istituzioni pubbliche, le prestazioni e i servizi corrispondenti a quei diritti (così ad es. F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995).

¹⁷ M. CONTICELLI, *Pubblico e privato nel servizio sanitario*, Milano, 2012, 37 ss..

¹⁸ R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto*, XIII, Torino, 1997 p. 519 ss. e G. CORSO, *Pubblico e privato*, cit. 17; M. CONTICELLI, *op. cit.* p. 40.

¹⁹ Senza ambire a ripercorrere i termini del dibattito, basti menzionare le posizioni che hanno sostenuto che il diritto alla salute, riconosciuto all’art. 32 Cost., andrebbe inteso come una garanzia assicurabile solo ed esclusivamente dallo Stato (così S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di) *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, I, Firenze 1950, 335, ragionando specialmente

Lo spazio del privato emerge con maggiore nettezza estendendo lo sguardo all'ambito del diritto all'assistenza sociale, ciò che pare doveroso alla luce del già richiamato legame che astringe la prospettiva sanitaria e quella sociale nell'ottica dei "servizi alla persona"²⁰ (del resto, la stessa salute è considerata in Costituzione anche in senso etico e sociale, come dimostra il collocamento dell'art. 32 nel Tit. II, prima parte). Il composito dettato dell'art. 38 Cost., pur risentendo della difficile delimitazione dei confini del diritto all'assistenza sociale rispetto agli altri diritti ivi contemplati²¹, sancisce con chiarezza, al co. 4, che ai compiti previsti

sulla insufficienza dei mezzi e delle risorse dei privati), quelle che hanno enfatizzato il ruolo irrinunciabile dello Stato in tale ambito (R. FERRARA, *op. cit.*, p. 20 ricava dalla lettura dell'art. 32 la scelta del Costituente di "*inquadrare i compiti della Repubblica, nel campo della sanità, alla stregua di funzioni pubbliche, e cioè di funzioni in senso stretto delle quali non ci si può spogliare*") o comunque il necessario mantenimento di un intervento dei pubblici poteri anche indiretto (così B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di) *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1988, 10 ss. che, nel riconoscere il margine di discrezionalità lasciato al legislatore dall'art. 32 Cost. nella predisposizione del modello di intervento nella sanità, tiene fermo il dato che "*la funzione statale in materia impone una potestà di controllo e conformativa del diritto di impresa in campo sanitario, tanto più ampia e penetrante quanto meno risulti estesa la sfera della gestione pubblica diretta del servizio sanitario*"). Altri Autori hanno precisato che, insieme allo Stato, l'art. 32 Cost. lascia spazio anche alla presenza di soggetti erogatori di prestazioni sanitarie riconosciuti dall'art. 41 Cost., pertanto: "*la tutela della salute come interesse della collettività non comportava l'obbligo costituzionale di istituire un servizio sanitario pubblico. L'obbligo che gravava sui pubblici poteri era quello di assicurare cure gratuite agli indigenti: un obbligo che poteva essere soddisfatto dallo Stato o dalla Regione*" (C. BOTTARI, *Art. 1*, in *Il Servizio sanitario nazionale*, con il coordinamento di F. Roversi Monaco, Milano, 1979, p. 92 ss.).

²⁰ Per "servizi alla persona" si intendono le prestazioni offerte ai singoli come membri di una comunità (senza alcun riguardo a una dimensione - familiare, scolastica, professionale- o condizione specifica - l'essere cittadino italiano o lavoratore-), e che intervengono sulla sfera del suo benessere individuale e sociale, psichico e fisico della persona stessa nel tentativo di prevenire o rimediare a uno stato di bisogno specifico (cfr. R. BIN, D. DONATI, G. PITRUZZELLA, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali e sanitari*, IV ed., Torino, 2021, pp. 201 ss.). La locuzione si ritrova, del resto, anche all'art. 1, co. 18, d.lgs. n. 502/1992, s.m.i..

²¹ Sulla differenza tra diritto all'assistenza sociale e alla previdenza rimane fondamentale C. cost. n. 31/1986. Sulle differenze rispetto al diritto alla beneficenza (poi espunto dal dettato costituzionale con la riforma del Titolo V ad opera della l. cost. n. 3/2001) v. C. cost. n. 139/1972. In dottrina, sulla difficile perimetrazione dei servizi attraverso cui si realizza diritto all'assistenza sociale, identificati in via residuale, per differenza rispetto ai servizi che assicurano le prestazioni previdenziali, quelle sanitarie e quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia, v. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., spec. 29 ss. Sulla categoria dei servizi sociali, cui significativamente la scienza giuridica ha cominciato negli ultimi anni a fare riferimento cfr. E. FERRARI, *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a

in seno al proprio articolato provvedono organi ed istituti predisposti “o integrati dallo Stato”, e, al co. 5, che “L’assistenza privata è libera”. Si esclude così, in radice, un monopolio pubblico del sociale e si prefigurano forme di integrazione tra pubblico e privato. Nell’ambito in esame, dunque, è particolarmente evidente la già richiamata apertura (e financo un *favor*) per l’apporto solidale (più o meno spontaneo e disinteressato) dei soggetti privati. Se ne può ricavare, da un canto, che i pubblici poteri sono senza dubbio tenuti a garantire e presidiare la realizzazione dei diritti sociali che trovano spazio in Costituzione (si pensi, oltre alle già menzionate sanità e assistenza, all’istruzione), dall’altro che tali poteri operano in un contesto che non nega, ma, anzi, riconosce (e secondo talune ricostruzioni impone²²) la compresenza di operatori pubblici e privati, in ossequio al principio pluralistico, sancito dall’art. 2 Cost..

In effetti, è proprio la presenza del principio pluralistico nelle maglie del dettato costituzionale, quale frutto maturo del superamento della concezione ottocentesca dello Stato monoclasse e, soprattutto, reazione alla statualizzazione delle forze sociali operata nel periodo fascista, a imporre di lasciare spazio ai c.d. corpi o società intermedie²³. Tale lettura pare allineata con l’ideale, proprio alle democrazie pluralistiche, di associare indissolubilmente l’idea di libertà alla responsabilità e alla solidarietà²⁴, sicché, leggendo a tale stregua i doveri che discendono dal principio solidaristico in forza della lettura combinata degli artt. 2 e 3, co. 2 Cost., essi graverebbero in modo eguale sui pubblici poteri

cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, 2 ed. *Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, 891 ss.; R. FINOCCHI GHERESI, *Servizi sociali*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5536 ss.; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, IV, 1897.

²² Per tutti G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2022, 346 ss.

²³ Per dirla con le parole di N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. Dir.*, 1975, 431 ss., “il contrario di pluralismo è totalismo” (445). In argomento resta un riferimento E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova 1989.

²⁴ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un’introduzione*, Torino, 2006, 97, in cui si sostiene che nelle democrazie pluralistiche, l’idea di libertà perde la sua connotazione “neutrale” rispetto a contenuti di valore, risultando indissolubilmente associata alla responsabilità e alla solidarietà. Dal collegamento tra solidarietà ed eguaglianza si fa poi discendere che i doveri connessi alla prima non possono essere asserviti alla difesa dell’interesse di un gruppo determinato di persone, bensì vanno ricondotti ai bisogni e alle esigenze della collettività nel suo complesso. In punto, le più recenti riflessioni di E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena 2019.

e sulla comunità tutta²⁵, senza escludere che l'adempimento dei doveri che contribuiscono al pieno sviluppo della persona umana da parte di quest'ultima, possa essere libero, spontaneo e volontario²⁶.

Dalla lettura combinata degli artt. 32 e 38 nel prisma dei principi fondamentali sopra invocati può ricavarsi, pertanto, quale caratteristica propria dei servizi alla persona, quella di affiancare alla necessaria presenza delle istituzioni pubbliche una regolata, ma piena, apertura agli apporti delle organizzazioni private. Come si illustrerà ampiamente nel prosieguo, questa particolare circostanza è ascrivibile al fatto che non esistono, per questo settore, le condizioni tecniche, logistiche o economiche per giustificare una presenza monopolistica, escludente ed esclusiva, di un soggetto a discapito degli altri²⁷, pur residuando delle peculiarità del settore sanitario rispetto a quello sociale.

Il quadro deve essere completato estendendo lo sguardo al fondamento costituzionale della iniziativa economica privata (anche) nell'ambito dei servizi alla persona, che è da rintracciare nell'art. 41 Cost.. La disposizione, nel sancire che l'iniziativa economica privata è libera (co. 1), ammette che l'intervento pubblico vi si innesti in varie forme, delineando un modello c.d. di economia mista²⁸. Anzitutto, si prevede una funzionalizzazione dell'attività economica a fini sociali, sia in forma di vincolo negativo, sancendo che essa “*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*”, (co. 2, il cui disposto è oggi arricchito dalla espressa menzione della salute come limite negativo cui l'attività economica medesima non può

²⁵ In tal senso G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 33, il quale rimarca che il termine ampio “Repubblica”, utilizzato dai Costituenti “*deve intendersi sempre come riferito non solo ai pubblici poteri che compongono l'apparato istituzionale (Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato), ma anche all'insieme dei soggetti pubblici e privati che compongono la comunità nazionale*”. In tal senso già le suggestioni di F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, 49.

²⁶ Per una ricostruzione del quadro costituzionale cfr. D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2/2022, 513 ss..

²⁷ R. BIN, D. DONATI, G. PITRUZZELLA, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali e sanitari*, cit., 203.

²⁸ Per alcuni riferimenti minimi ma fondamentali, si vedano E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, 22 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989; M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubb.*, V, Torino, 1990, 374 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Bari, 2004 (I ed. 1998); S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, V ed., Bari, 2012 (I ed. 1995); Di recente V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019.

arrecare danno²⁹), sia in forma di vincolo positivo, assegnando alla legge il compito di determinare “*i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata*” ai fini sociali e (oggi) ambientali. Inoltre, la lettura combinata dell'art. 41 e delle disposizioni successive dimostra che l'iniziativa economica può anche essere pubblica, tant'è che i beni e le attività oggetto di iniziativa economica privata possano essere attratti alla sfera pubblica in forma di espropriazione (art. 42, commi 3 e 4 o 43) o essere originariamente riservati alla mano pubblica (art. 43).

Il disegno descritto è stato confermato dall'ingresso in Costituzione del principio di sussidiarietà, che qui viene in rilievo nella sua dimensione orizzontale (e, solo in minor misura, nella sua più tradizionale e diffusa – anche a livello sovranazionale – dimensione verticale³⁰), come

²⁹ Si allude, evidentemente, alla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, che ha approvato definitivamente il progetto costituzionale di modifica degli artt. 9 e 41 Cost. In dottrina si vedano, senza pretese di completezza, M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad.cost.li*, 2021, 300; F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell'art. 9 Cost. e la riforma “programma” dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta contrada*, 2022.

³⁰ Sul processo di costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, e in particolari sulle varie redazioni del principio operate in seno alla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali v. D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna 2013, spec. 117 ss. Sul principio di sussidiarietà prima della riforma costituzionale, senza pretese di completezza, si vedano, S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, 373 ss.; M. P. CHITI, *Sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 505 ss.; AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Atti del Convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995, Rimini 1997; G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e pol. cost.*, 1997, 117118, 29; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e soc.*, 1999, 433 ss.; P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.. A valle della riforma, *ex multis*, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 13 ss.; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 5 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli 2003; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, Roma, 2004; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli 2005, 1752 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, *ivi*, 187 ss.; ID. *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 43 ss.; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, pp. 2909 ss.; Id. *Forme di*

sugellata dall'art. 118, co. 4 Cost.. Stabilendo che la Repubblica, in tutte le sue articolazioni territoriali, favorisce “*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”, la riforma del 2001, senza sovvertire l'impostazione costituzionale precedente³¹, ha introdotto una prescrizione in senso proprio ad attivare le forze della cittadinanza quando ne ricorrano le condizioni³², così favorendo il ruolo dei privati nelle attività di interesse generale. La costituzionalizzazione del principio in parola, oltre ad assumere rilievo interpretativo, ha contribuito alla sua “giustiziabilità”, rendendo sindacabile non solo l'esercizio del potere legislativo e amministrativo che comprime l'autonomia dei privati, ma anche le scelte non idonee a favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte di cittadini singoli o associati³³.

3. Punti fermi, questioni aperte e prospettive di indagine

Il quadro sopra delineato consente di formulare una serie di rilievi.

Il primo è che i soggetti privati ben possono svolgere attività di interesse generale, cui sono indubbiamente da ascrivere i servizi alla persona. Si tratta di un approdo che oggi può apparire scontato (specialmente a valle della menzionata riforma del dettato costituzionale del 2001),

cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà, in *Dir. e soc.*, 2/2016, 305 ss.; T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, II, Annali, Milano 2008, pp. 1133 ss.; E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Pisa 2010; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, cit.; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del terzo settore*, Milano 2021; D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2/2022, 513 ss.; ID., *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino 2022; P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, 2023.

³¹ Che già ammetteva i privati allo svolgimento di attività di interesse generale, come evidenziato da C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 71 ss., spec. 75 e del resto già riconosciuto da A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico* in *Giust. civ.*, 1958, 1943 ss., oggi in *Scritti Giuridici*, IV. *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 509 ss.

³² D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 138.

³³ *Ibidem*, 143 e 377 ss. In argomento anche S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Le ist. del fed.*, 2011, 593 ss.

ma che rappresenta il frutto di un percorso di faticoso smantellamento delle letture “pan-pubblicistiche”³⁴ ad opera dalla dottrina più attenta (si pensi, per tutti, all’elaborazione della figura degli “enti privati d’interesse pubblico”³⁵).

Se, dunque, è oggi conclamato che per mezzo della Costituzione abbia trovato riconoscimento la libertà per il privato di operare per tutti gli interessi generali, quantomeno per quelli che non siano affidati in via esclusiva ai pubblici poteri³⁶, è anche vero che non se ne ricavano indicazioni definitive sulle condizioni alle quali tale presenza del privato possa (o debba) soggiacere, come anche su quale “privato” si intenda identificare, ossia il privato sociale o privato con scopo di lucro.

Sotto il primo profilo, senza poter compiutamente ricostruire le posizioni succedutesi in argomento, basti rimarcare che il dibattito circa l’individuazione del punto di equilibrio tra interventismo statale

³⁴ C. cass., sez. un. Civ. 22 marzo 1958, n. 960, con nota critica di A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico* cit., 509 ss. che aveva qualificato come pubblico ogni ente “*avente come finalità istituzionale il soddisfacimento di interessi pubblici, ossia interessi collettivi che rientrano nei fini dello Stato*”.

³⁵ Il riferimento è evidentemente a A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico*, cit. *passim*, che alludeva alla nozione di “enti di interesse pubblico” per descrivere il fenomeno dell’elevazione di soggetti (oltre che di attività, servizi e beni) privati al rango di entità “di interesse pubblico”, realizzata attraverso forme di “utilizzo e vitalizzazione” di energie e beni privati considerati e riconosciuti di interesse collettivo, “*senza assorbimento nella sfera del pubblico*” (p. 512). Il ragionamento, svolto all’indomani dell’entrata in vigore della costituzione ma ben prima della riforma che vi ha introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale, ha contribuito ad aprire la strada a un approccio ponderato alla qualificazione dei soggetti come pubblici o privati, illuminato dal noto principio in virtù del quale “*in mancanza di una chiara volontà legislativa, nel campo del diritto va applicata la disciplina comune e non quella speciale*” e, dunque, la disciplina privatistica in luogo di quella pubblicistica, 518). Proprio alla stregua di una attenta ricostruzione delle caratteristiche proprie degli enti pubblici e della disciplina – perverso non sempre lineare – degli “istituti di patronato e di assistenza sociale”, l’A. concludeva per la relativa natura privata. Di recente la nozione di “enti di interesse pubblico” ha fatto ingresso anche nella legge (cfr. d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254 che vi fa ricorso per definire l’ambito di applicazione della disciplina sulla comunicazione di informazioni di natura non finanziaria assunta in recepimento della dir. UE 2014/97/UE, come osservato da D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., 22). Senza la pretesa di ricostruire, nemmeno superficialmente, le posizioni confrontatesi nel dibattito, si vedano G. ZANOBINI, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano II*, P. III, Milano, 1935; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.; ID., *L’esercizio privato di attività amministrative*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di) *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 89;

³⁶ C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, cit., 78.

e iniziativa privata nell'espletamento di attività di interesse generale si è catalizzato, negli ultimi anni, attorno all'interpretazione da dare al principio di sussidiarietà orizzontale e, *sub specie*, al ruolo che tale principio assegna alla componente pubblica e privata. Ebbene, in tale ambito non si è giunti ad approdi univoci, registrandosi posizioni differenziate a seconda che si muova dal carattere meramente eventuale ed ancillare dell'intervento pubblico, legittimato, in questa prospettiva, a intervenire solo a valle della valutazione di inadeguatezza della risposta dell'iniziativa privata alle esigenze della collettività (in un'ottica di contrapposizione tra pubblico e privato), oppure si prenda le mosse dal ruolo indefettibilmente complementare della componente pubblica, ancorché in chiave promozionale, rispetto all'intervento privato (in un'ottica di integrazione)³⁷.

Sotto il diverso versante dell'individuazione della "natura" del soggetto privato che si voglia considerare, *rectius* del settore in cui tale soggetto privato agisca ("secondo" o "terzo", quindi imprenditoriale o *no profit*), non pare che il dettato costituzionale prenda una posizione definitiva, specialmente ove si consideri che il principio di sussidiarietà orizzontale, pur rappresentando indubbiamente la manifestazione più genuina della partecipazione del "privato sociale", non esclude dal proprio ambito di applicazione le attività di rilevanza economica. Il rilievo, da tempo corroborato a livello di normativa primaria³⁸, non esclude evidentemente

³⁷ L'approfondimento del dibattito porterebbe lontano. Basti precisare le posizioni che si sono confrontate in argomento sono correttamente pervenute a distinguere l'attività di programmazione delle politiche sociali dall'attività di gestione (ossia di produzione e fornitura dei servizi). Mentre il ruolo "di garanzia" dello Stato nella fruizione in condizioni di uguaglianza e delle prestazioni è diffusamente ritenuto indefettibile, con conseguente non obliterabilità di una politica pubblica di programmazione e regolazione dei servizi corrispondenti, la concreta gestione dei medesimi (in termini di produzione e distribuzione) potrebbe, secondo alcune letture, essere rimessa integralmente all'iniziativa privata, benché supportata e finanziata dallo Stato. Si oppone alla completa "destatualizzazione" della solidarietà il principio pluralistico che, secondo una data lettura, impone allo Stato di intervenire in prima persona tanto assicurare la libera scelta dei cittadini, tanto per garantire la prestazione di servizi non "ideologicamente orientati", in un'ottica di personalizzazione della solidarietà.

³⁸ A livello normativo, invero, la sussidiarietà orizzontale figura tra i principi generali che informano lo statuto delle imprese e dell'imprenditore sin dal 2011 (cfr. art. 2, lett. b, l. 11 novembre 2011, n. 180, recante "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"), quando il legislatore, nel disciplinare il c.d. Statuto delle imprese, ha evocato la sussidiarietà orizzontale quale principio informatore delle politiche pubbliche "*anche con riferimento alla creazione d'impresa*". Nello stesso senso depone oggi la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (d.lgs. n. 201 del 2022, recante "*Riordino della*

la compatibilità costituzionale di un trattamento differenziato tra le due tipologie di “privato”, che, stante il peculiare collegamento tra i principi di sussidiarietà e solidarietà, consente di riconoscere una posizione prioritaria e privilegiata agli enti del Terzo settore³⁹ anche in relazione alla prestazione di servizi alla persona.

Ulteriori indicazioni sull’assetto del rapporto tra pubblico, privato e comunità in sanità devono ricercarsi, allora, nella disciplina di settore.

4. La regolamentazione dell’erogazione “in privato” di prestazioni sanitarie, sociosanitarie e sociali

Nel contesto della l. n. 833/78, guidata, come visto, da un’ottica di riunificazione sotto l’egida dell’intervento pubblico dei frammentari assetti organizzativi precedenti, è stato preservato il ruolo dei soggetti privati, legati in via indiretta ai soggetti erogatori (allora identificati nelle USL) attraverso un complesso reticolo di convenzioni di vario genere,

disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”), che evoca il principio in parola all’art. 10. In dottrina, per questa lettura della novella del 2022 v. A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di) *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano 2023, 173 (ove si legge che “alla dimensione della sussidiarietà orizzontale non sono completamente estranee le iniziative assunte dalle imprese”) nonché E. ZAMPETTI, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in questa Rivista. L’affermazione dell’applicabilità del principio di sussidiarietà orizzontale alle attività di rilevanza economica risulta piuttosto sfumata in dottrina. Può essere invocato, a dimostrazione del carattere non univoco delle posizioni dottrinarie, l’esempio di G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pub.*, 1/2002, 85 ss., che, nell’interrogarsi sull’assetto organizzativo e istituzionale che ammette la concorrenza tra soggetti pubblici e privati alla tutela della salute anche attraverso l’istituzione di società miste, si interrogava sulla ammissibilità del concorso di enti con finalità di lucro, concludendo che “il principio di sussidiarietà orizzontale deporrebbe di per sé nel senso di ammettere solo i soggetti del privato sociale” (p. 95). Lo stesso A. includeva nondimeno il fenomeno dell’espletamento del servizio ad opera di soggetti privati accreditati tra le “attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale” e ciò senza discriminare tra carattere *for* o *no profit* del privato in questione (p. 93). Per una apertura nel senso dell’applicabilità del principio di sussidiarietà alle attività di rilievo economico cfr. D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 198 ss., spec. 201. In termini più espliciti, di recente, B. CELATI, *Sussidiarietà orizzontale e attività di rilevanza economica. Beni comuni, servizi pubblici locali e impresa*, in corso di pubblicazione in D. DONATI (a cura di) *La cura dei beni comuni, tra teoria e prassi. Un’analisi interdisciplinare*, Milano, 2024, 311 ss.

³⁹ In argomento E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021, 42 ss.; D. PALAZZO, *Pubblico e privato*, cit., 83.

valevoli tanto per le strutture sanitarie diagnostiche o *lato sensu* di cura (cfr. artt. 26, 36, 41, 43, 44), che, sia pure con disciplina più elastica, per le associazioni di volontariato (art. 45). In riferimento al rapporto tra strutture pubbliche e private convenzionate, la normativa, nel sancire il principio di libera scelta del paziente (artt. 19 e 25), subordinava l'accesso alle seconde all'accertamento (con autorizzazione) dell'incapacità delle prime di rispondere prontamente (nel termine di 3 giorni) al bisogno di cure, così configurando un sistema giudicato come “*correttamente integrato*” e non discriminatorio tra i due attori⁴⁰. Quanto al rapporto tra cittadino e c.d. “privato privato”, esso rimaneva fuori dalla disciplina legale in quanto, come successivamente precisato dalla stessa legge, trattandosi di prestazioni a totale carico dell'assistito, esse esulavano dall'obbligo di autorizzazione come anche dalla garanzia di libera scelta del paziente (art. 25).

Le riforme degli anni '90 hanno profondamente innovato la disciplina in materia, introducendo il meccanismo ormai noto come delle “quattro A”⁴¹: una sequenza di atti abilitativi e consensuali con funzione di verifica, accertamento e programmazione, che consente ai soggetti pubblici, privati

⁴⁰ La legge si limitava a subordinare l'espletamento di prestazioni non urgenti di diagnostica strumentale e di laboratorio all'interno delle strutture private convenzionate alla condizione che quelle pubbliche non fossero in grado di soddisfare la richiesta di accesso alle prestazioni stesse nel termine di tre giorni (art. 25) così realizzando, come chiarito dal Giudice delle leggi all'atto di respingere ogni dubbio di disparità di trattamento tra lavoratori attivi nelle strutture pubbliche e in quelle private convenzionate, “*un sistema correttamente integrato di strutture sanitarie pubbliche e private convenzionate*” dove la struttura pubblica “*è stimolata a rendere servizi utilizzando al massimo le proprie potenzialità*”, garantendosi nondimeno a quella privata convenzionata “*l'intervento integrativo*” (in termini Corte cost. 15 maggio 1987, n. 173). In dottrina, per una dettagliata analisi di tale iniziale regolamentazione delle relazioni giuridiche fra il settore pubblico e quello privato in ambito sanitario e sociosanitario si vedano, in aggiunta ai contributi citati nelle note precedenti, cfr. C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini, 2004, 72 ss.; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi – Convenzioni in materia ospedaliera*, in *Enc. giur.*, XI, Torino, 1998, 7 e F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996, spec. 151 ss.

⁴¹ Come noto, la partecipazione dei privati alla prestazione dei servizi sanitari erogati per conto e a carico del SSN si realizza attraverso il completamento di una sequenza di atti che si suole identificare con la locuzione “quattro A” (autorizzazione alla realizzazione della struttura, autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria, accreditamento istituzionale e accordi contrattuali, secondo il disposto dell'art. 8-bis d.lgs. n. 502/1992 s.m.i.). In dottrina, basti per ora richiamare, M. CONTICELLI, *La disciplina dell'accreditamento nel settore sanitario e la sua attuazione*, in *ius-publicum*, 2014 e già ID., *Pubblico e privato*, cit., *passim*; V. MOLASCHI, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2014, 657 ss..

e ai professionisti che giungano con successo al relativo completamento di erogare prestazioni sanitarie per conto e a carico del SSN. Sono così state poste le premesse per l'instaurazione di un sistema fondato, quanto meno in linea teorica, sulla parità tra gli erogatori⁴². Di parità non si è invero mai davvero potuto parlare, come confermato dalle evoluzioni della disciplina che, nel corso degli anni, hanno sancito il passaggio da un sistema formalmente "aperto" all'accesso del privato, in cui il controllo della spesa pubblica era affidato esclusivamente al controllo della domanda (principalmente mediante il c.d. *gatekeeping*, ossia la prescrizione del medico di base), a un sistema in cui la programmazione dell'offerta ha assunto rilievo preminente per assicurare controllo e contenimento della spesa, circoscrivendo la libertà di scelta dell'utente solo entro il perimetro delle prestazioni oggetto di programmazione⁴³. L'analisi delle complesse riforme che hanno inciso sulla materia - al punto di consentire di individuare una vera e propria "controriforma" a partire dal '99⁴⁴ - porterebbe lontano,

⁴² G. CORSO, *Pubblico e privato*, cit. 21. A. PIOGGIA, cit. 127.

⁴³ Sulle dinamiche del rapporto tra strumenti di controllo della spesa e concorrenza in ambito sanitario v. M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

⁴⁴ Si intende fare riferimento alla circostanza che la disciplina delle cc.dd. quattro A inizialmente delineata dal d.lgs. n. 502/1992 (c.d. riforma "*bis*", come modificato dal d.lgs. n. 517 del 1993 e con l. n. 724 del 1994) introduceva un modello fondato sulla moltiplicazione e messa in concorrenza di erogatori pubblici e privati, chiamati a competere in un mercato regolato. Il sistema è stato parzialmente rimeditato dal d.lgs. n. 229/1999 (c.d. riforma "*ter*"), che, pur confermando il *favor* per l'intervento dei privati nell'erogazione di prestazioni sanitarie, lo ha condizionato alla programmazione (regionale) in ordine al fabbisogno atteso di servizi, in modo da consentire un controllo dell'offerta in generale e un pieno impegno di quella pubblica in particolare. Il passaggio da un modello all'altro è rispecchiato nelle parole della Consulta, che, se inizialmente definiva l'accreditamento come "*un'operazione compiuta da un'autorità, con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto...di specifici requisiti e si risolve in un'iscrizione in un elenco*" (Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416), ha riconosciuto il carattere discrezionale assunto dal provvedimento in parola alla luce delle innovazioni legislative, precisando che si è "[...] progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario. In questo modo si è temperato il predetto regime concorrenziale attraverso i poteri di programmazione propri delle Regioni e la stipula di appositi "accordi contrattuali" tra le USL competenti e le strutture interessate per la definizione di obiettivi, volume massimo e corrispettivo delle prestazioni erogabili" (Corte cost., 26 maggio 2005, n. 200). La funzionalità dell'accreditamento alla verifica del rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti dai soggetti accreditati è ormai pacifica (v. infatti oggi Cons. Stato, III, 15 febbraio 2022, n. 1123 e già Corte cost. 12 marzo 2021, n. 36 che ne ricavano un tratto differenziale tra accreditamento e

sicché, al fine di trarre indicazioni sul rapporto tra pubblico, privato e comunità, si focalizzerà l'attenzione sull'assetto ordinamentale attuale non senza ricordare, a mo' di premessa del ragionamento, che il descritto *iter* a quattro fasi si può suddividere idealmente in due parti, quella delle prime due "A" (autorizzazioni), il cui rilascio è prescritto dalla legge anche per i soggetti privati che vogliano erogare prestazioni sul "mercato"⁴⁵ in maniera

autorizzazione). Ad oggi, anche la giurisprudenza converge nel riconoscere che l'accreditamento si colloca a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, e che "*non è strutturato in base a principi di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario pubblico*" (Cons. Stato, III, 15 febbraio 2022, n. 1123 e già Id., 11 novembre 2021, n. 7534). In dottrina, per la descrizione della riforma del '99 come un deciso cambio di passo rispetto al modello caratterizzato da una parziale ritrazione della "mano pubblica" nella fase della gestione, quale quello delineato dalla versione originaria del d.lgs. 502/1992 e vigente, anche se solo sulla carta, nella prima metà degli anni '90, cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, II ed., Torino, 2020, 149; in argomento anche G.M. RACCA, *Salute*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 995 ss., spec. 1002 ss.. Sul dibattito generato dal passaggio da un modello all'altro cfr. C. ANNECCHIARICO, *Il sistema dell'accreditamento nel servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI e G. DI GASPARE (a cura di) *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99*, Milano, 2001, 129 ss.; A. QUARANTA, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in V. BELLINI, E. PAOLINI (a cura di), *L'Accreditamento è un diritto?*, Roma, 2003; C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, 211 ss.; E. JORIO, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *San. pubbl. e priv.*, 2004, 151 ss.; G. CILIONE, *Diritto sanitario. Profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Rimini, 2013, 229 ss.; V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del titolo V della Costituzione* (Nota a Tar Lombardia, Milano, I, 29 ottobre 2003, n. 4899), in *Foro amm. Tar*, 2004, 1271 ss.; Id., *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, cit., 774 ss.. Più di recente, E. CARUSO, *L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Ist. del fed.*, 1/2017, 157 ss.; G. BOCALE, *Sulla "natura" giuridica dell'accreditamento sanitario*, in *Oss. di dir. san., federalismi.it*, 2018.

⁴⁵ Attraverso l'espedito grafico delle virgolette si allude al c.d. quasi mercato, locuzione che, in prospettiva economica, identifica un settore in cui, pur essendo presente una pluralità di prestatori e di utenti, il potere d'acquisto e contrattuale di questi ultimi è condizionato da scelte pubbliche. E' utile ricordare struttura di quasi mercato è compatibile sia con l'ipotesi in cui la scelta del prestatore sia interamente rimessa agli utenti (concorrenza nel mercato), sia con quella in cui essa è trattenuta dall'amministrazione che acquista quote di servizi dagli accreditati (concorrenza per il mercato). Ciò che rileva è che nel quasi mercato le condizioni tipiche del mercato libero e concorrenziale si realizzano quindi solamente in via tendenziale, essendo subordinate al rispetto delle esigenze finanziarie, programmatiche, e alla soddisfazione dei bisogni sociali (in argomento M.C.

libera (art. 8-*ter*), e quella che comprende l'accreditamento istituzionale (art. 8-*quater*) e la stipula di appositi accordi contrattuali (art. 8-*quinquies*), passaggi il cui completamento è necessario per consentire al privato di concorrere istituzionalmente alla garanzia della tutela della salute, agendo per conto e a carico del SSN.

Se grande attenzione è stata dedicata a tali ultime due fasi, specialmente in considerazione del fatto che sono state interessate da modifiche profonde⁴⁶, anche recenti⁴⁷, risultano dai più trascurate le peculiarità

GUERRA, *Modelli di accreditamento e configurazione dei mercati*, in *Prosp. soc. e san.*, 2010, n. 16-17, 6 ss.). Pare significativo che tra le argomentazioni recentemente addotte dai giudici di Lussemburgo per sottrarre dall'ambito di applicazione della disciplina europea sugli aiuti di Stato l'assegnazione di risorse alle strutture ospedaliere pubbliche figurì il carattere non economico della relativa attività, ricavata, *inter alia*, dall'irrelevanza della presenza di più operatori privati e pubblici, in quanto l'introduzione di un elemento di concorrenza, così come il riconoscimento della libertà di scelta dell'utente, in contesti solidaristici e universalistici come quello italiano, è funzionale a realizzare obiettivi di buona gestione e a rendere progressivamente più efficiente la spesa pubblica e non, invece, a introdurre dinamiche di mercato in senso stretto (Trib. UE, Sez. VII, 2 giugno 2021, in causa T-223/18, *Casa Regina Apostolorum*, confermata da CGUE, Sez. IX, 27 aprile 2023, in C-492/21 P).

⁴⁶ V. nota 44 *supra*.

⁴⁷ Si allude alle modifiche introdotte dall'art. 13 della l. 5 agosto 2022, n. 118 a valle della segnalazione AGCM ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 (22 marzo 2021) che, in sintesi, hanno: (i) eliminato l'accreditamento provvisorio, che si traduceva in un vantaggio ingiustificato per le strutture già operative, collegando in maniera (ii) implementato la concorrenza ai fini della stipula degli accordi contrattuali (iii) ampliato gli obblighi di trasparenza e pubblicità in capo agli enti, le aziende e le strutture pubbliche e private che erogano prestazioni per conto del servizio sanitario. Quanto al primo profilo, l'attuale formulazione dell'art. 8-*quater*, co. 7, nell'eliminare l'istituto dell'accreditamento provvisorio, sancisce che "l'accreditamento può essere concesso in base alla qualità e ai volumi dei servizi da erogare, nonché sulla base dei risultati dell'attività eventualmente già svolta, tenuto altresì conto degli obiettivi di sicurezza delle prestazioni sanitarie e degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate in termini di qualità, sicurezza ed appropriatezza, le cui modalità sono definite con decreto del Ministro della salute", regole di valutazione poi stabilite dal DM Salute 19 dicembre 2022 (cui le regioni e per le province autonome dovranno adeguarsi entro il 31 dicembre 2024), con l'effetto di collegare l'accreditamento non già a "rendite di posizione", bensì a qualità e risultati conseguiti dell'attività "eventualmente" già svolta. Quanto all'implementazione della concorrenza nella stipula degli accordi contrattuali, sostituendo il laconico riferimento operato dalla disciplina previgente alla (possibilità) che gli accordi fossero stipulati "anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi" (art. 8-*quinquies*, co. 2 previgente), il nuovo comma 1-*bis* del medesimo art. 8-*quinquies* introduce un complesso sistema basato su "procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni

che emergono - significativamente - anche in riferimento al regime cui è assoggettato l'operatore privato che intenda rimanere tale, ossia che non intenda intraprendere il procedimento riservato a coloro che aspirano a divenire "convenzionati" con il SSN⁴⁸. Anche il c.d. "privato privato", come accennato, deve infatti dimostrare il possesso di precisi requisiti per ottenere l'autorizzazione alla realizzazione di strutture (o all'ampliamento di quelle preesistenti), nonché all'esercizio dell'attività sanitaria e sociosanitaria (art. 8-ter, cit.) e la legge subordina tutt'oggi il rilascio del titolo alla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari, così mantenendo una barriera all'accesso al "mercato"⁴⁹ delle prestazioni sanitarie e sociosanitarie che ha resistito alle istanze di liberalizzazione avanzate in sede istituzionale⁵⁰ e giurisdizionale, sulla scorta di un'interpretazione "eurounitariamente"

sanitarie da erogare", precisando peraltro che la selezione debba avvenire "periodicamente, tenuto conto della programmazione sanitaria regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta" tenendo conto, *inter alia*, degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate. Sotto il profilo degli obblighi di trasparenza, la riforma del 2022 interviene a modificare il c.d. decreto trasparenza, imponendo che gli enti, le aziende e le strutture pubbliche e private che erogano prestazioni per conto del servizio sanitario "Sono altresì tenuti a pubblicare nel proprio sito internet i bilanci e i dati sugli aspetti qualitativi e quantitativi dei servizi erogati e sull'attività medica svolta dalle strutture pubbliche e private" (art. 41, co. 6, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 come modificato dall'art. 13 l. 118/2022).

⁴⁸ V. però R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8-bis, 8-ter, 8-quater, 8-quinquies, 8-sexies, 8-septies, 8-octies*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 305 ss., spec. 322 e 332, che fonda le proprie osservazioni sull'autorizzazione contingentata di cui all'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992 sulla convinzione che in Italia non esiste un mercato sanitario veramente privato, cioè in grado di sopravvivere senza gravare sulle finanze pubbliche con ciò che ne discende in termini di ragionevolezza del limite. Approfondisce la peculiare natura delle autorizzazioni sanitarie anche M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., 152; più di recente, v. anche S. PELLIZZARI, L. PARONA, *Il servizio sanitario nazionale alla prova della disciplina europea in materia di aiuti di Stato*, in *Dir. pub.*, 3/2022, 915 ss., spec. 922-923.

⁴⁹ V. *supra*, nota 45.

⁵⁰ Si veda la già citata segnalazione AGCM ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 (22 Marzo 2021) che evidenziava espressamente "Nell'ottica di eliminare gli ostacoli che limitano la libertà di iniziativa economica delle strutture sanitarie private si segnala la necessità di modificare l'articolo 8-ter, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 prevedendo che l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN sia svincolato dalla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari". In sede di riforma della disciplina di riferimento, ad opera dell'art.13 della l. 5 agosto 2022, n. 118, il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione rimane legato alla verifica del fabbisogno regionale di servizi regionali.

orientata della disciplina in parola, poi opportunamente rimeditata⁵¹.

Il ragionamento si completa e trova una conferma volgendo lo sguardo al settore dei servizi sociali, dove la legislazione nazionale riproduce l'istituto dell'autorizzazione all'esercizio di strutture e servizi quale strumento di verifica del possesso di requisiti minimi per l'avvio dell'attività sociale "in privato", ma al di fuori di qualsiasi programmazione pubblica (cfr. artt. 9, co. 1, lettera c, e 11, co. 1 l. n. 328 del 2000)⁵². Vero è che la poco successiva riforma del Titolo V, e il conseguente passaggio

⁵¹ A fronte di un originario orientamento che pareva intenzionato a superare le richiamate peculiarità del sistema, propugnando una lettura "comunitariamente orientata" del più volte richiamato art. 8-ter d.lgs n. 502/1992 s.m.i. che consentiva di ritenere l'avvio di un'attività economica privata nel settore sanitario non subordinata alla positiva verifica di compatibilità con i programmi regionali di dislocazione sul territorio dei presidi sanitari (Consiglio di Stato, III, 7 giugno 2018, n. 835), si è affermato il diverso orientamento che ha ritenuto la peculiare disciplina in analisi non contrastante in sé con il diritto UE perché, "come ha chiarito la Corte di Giustizia, «una programmazione che richieda una previa autorizzazione per l'installazione di nuovi prestatori di cure può rendersi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle cure ambulatoriali e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica che si adatti alle necessità della popolazione, ricomprenda tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate» e, pertanto, «è legittimo che uno Stato membro organizzi i servizi di assistenza medica in modo da dare priorità ad un sistema di prestazioni in natura affinché ogni paziente acceda facilmente, sull'intero territorio nazionale, ai servizi dei medici convenzionati» (§§ 52-53 della sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 10 marzo 2009, in C-169/07)" (Consiglio di Stato, III, 7 marzo 2019, n. 1589). In coerenza con tale quadro, la giurisprudenza ha chiarito l'incompatibilità del regime liberalizzato della s.c.i.a. (già d.i.a.) con l'autorizzazione all'apertura e all'esercizio di attività sanitaria (oltre che con l'accreditamento delle strutture sanitarie private), rimarcando che "Appare dunque evidente, di fronte alla chiara previsione legislativa di un provvedimento espresso per le autorizzazioni sanitarie, la radicale incompatibilità della d.i.a. (ora s.c.i.a.) con tale specifico settore dell'ordinamento, soggetto ad un penetrante controllo dell'autorità per la verifica dei requisiti necessari all'esercizio di attività sanitarie in un quadro di più vasta e complessa programmazione" (Cons. Stato, III, 14 febbraio 2014, n. 728).

⁵² L. 8 novembre 2000, n. 328, recante "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali", su cui si tornerà a più riprese *infra*. Rinviano ai paragrafi che seguono l'analisi puntuale delle disposizioni della legislazione sanitaria e sociale che contemplano i soggetti *non-profit*, occorre considerare, in termini generali, la disciplina sui servizi sociali, che, pur costruendo il proprio perimetro di applicazione per differenza rispetto all'ambito prestazioni sanitarie (cfr. art. 128 d.lgs. n. 122/1998, espressamente richiamato dall'art. 1, co. 2 della citata l. n. 328/2000, che identifica come "servizi sociali" tutte le attività destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e difficoltà escluse, *inter alia*, quelle assicurate dal sistema sanitario) assume rilievo tanto nella già rilevata prospettiva dell'integrazione socio-sanitaria, quanto, come si vedrà *infra*, quale disciplina trainante nella promozione della partecipazione dei soggetti *non-profit* per l'espletamento di attività di interesse generale.

della materia alla competenza regionale residuale ha aperto a soluzioni regionali differenziate⁵³, ma la circostanza che la legge-quadro sia stata mantenuta come riferimento dai legislatori regionali, assurgendo a fonte di *standard* da garantire in modo uniforme su tutto il territorio nazionale⁵⁴, consente di portare avanti il discorso su entrambi i livelli. Ebbene, il dato che, in questo ambito, l'autorizzazione all'esercizio sia nella maggioranza dei casi libera⁵⁵ (come, del resto, spesso è l'accreditamento⁵⁶) si spiega alla luce delle peculiari condizioni del "mercato"⁵⁷ dei servizi sociali. In tale ambito, all'esiguità dell'offerta pubblica (che quindi non rischia di essere sottoutilizzata a fronte della presenza del privato), si affianca la presenza di molti fornitori mossi da ragioni diverse da quelle economiche, anche viste le condizioni difficili in cui versano i fruitori. Inoltre, i servizi sociali si caratterizzano per una modalità di accesso controllata dal soggetto pubblico (Comune), ciò che consente di controllare la domanda senza contingentare l'offerta⁵⁸. In altri termini, ciò che determina la tendenziale insussistenza

⁵³ In argomento E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008; S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004.

⁵⁴ In dottrina, sulla varietà dei "modelli relazionali" che possono instaurarsi tra pubblico e privato nel contesto di un regime di accreditamento cfr. E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi alla persona nell'ordinamento interno e in quello europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2017, 1113 ss, qui 1128; L. PARONA, *Le potenzialità dell'accreditamento nel sistema integrato dei servizi sociali*, in *Munus*, 2/2019, 641 ss..

⁵⁵ Nella gran parte delle realtà regionali l'autorizzazione all'esercizio è tendenzialmente vincolata, risolvendosi in un atto diretto a rimuovere un limite all'esercizio della libertà di assistenza di cui all'art. 38, c. 5, Cost. In alcune regioni tuttavia (quali Veneto, ai sensi dell'art. 14, c. 2, l. rg. 22/2002), è previsto già in fase di autorizzazione un vaglio di compatibilità con le esigenze programmatiche (regionali e locali), con la conseguenza che, in tali ipotesi, il rilascio dell'autorizzazione assume profili di discrezionalità, come accade del resto nel settore sanitario (L. PARONA, *op. cit.* 648).

⁵⁶ La legge quadro non ha inteso istituire alcun preciso collegamento tra scelte programmatiche e rilascio dell'accreditamento – diversamente da quanto accade nel settore sanitario – conferendo così un significativo margine di discrezionalità ai legislatori regionali anche su tale specifico profilo. Nei casi in cui l'accreditamento sia slegato da un vaglio di compatibilità con la programmazione, il suo rilascio assume natura tendenzialmente vincolata, venendo a delineare un sistema aperto o liberalizzato in cui l'istituto assolve principalmente finalità qualificatorie. Ove invece l'accreditamento sia subordinato anche ai vincoli della programmazione, il suo rilascio assume natura discrezionale ed il sistema che da esso scaturisce acquisisce una struttura chiusa, ossia numericamente contingentata. In argomento, F. GIGLIONI, *I modelli di affidamento dei servizi sociali e l'attuazione dei sistemi di accreditamento*, Roma, 2006.

⁵⁷ Vedi *supra*, nota 46.

⁵⁸ A PIOGGIA, *Diritto sanitario*, 176 ss. In argomento, per tutti, A. ALBANESE, *Diritto*

di barriere all'ingresso nel campo in analisi (tant'è che l'autorizzazione in molte realtà regionali è sostituita da una s.c.i.a. il cui presupposto è, appunto, l'assenza di contingentamenti⁵⁹) non è la relativa ontologica incompatibilità con i principi pro-concorrenziali, bensì le peculiarità del contesto di riferimento.

In effetti, è appena il caso di notare che la peculiare fisionomia del settore in analisi trova riconoscimento anche nell'ordinamento europeo⁶⁰. Basti pensare, *in primis*, all'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito di applicazione della c.d. direttiva Bolkestein (art. 2, lett. f, della Dir. 2006/123/CE⁶¹), esclusione che, per i servizi sociali in senso stretto, assume un carattere relativo⁶². Rileva, poi, il regime differenziato riconosciuto agli "appalti di servizi sociali" globalmente considerati, quindi estesi alle prestazioni sanitarie, dalla direttiva in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 74 e ss. Dir. 2014/24/UE, da leggere alla luce dell'All. XIV alla medesima Dir.⁶³). Vero è che la riferita disciplina attesta il superamento dell'originario

all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati, Milano, 2007.

⁵⁹ In un'ottica di semplificazione, in alcune esperienze regionali il rilascio dell'autorizzazione è infatti sostituito dalla presentazione di una comunicazione o segnalazione da parte dell'operatore, secondo il modello della s.c.i.a. (D. PARONA, cit. 649; A. PIOGGIA, cit. 178).

⁶⁰ Cfr. E. CARUSO, *L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, cit., 157 ss.; S. TARULLO, *Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari*, in *Munus*, 2012, 24 ss.

⁶¹ Ai sensi del quale "La presente direttiva non si applica a... f) i servizi sanitari, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata". Ciò non esclude, evidentemente, che i servizi in parola, nell'ipotesi in cui abbiano carattere economico, siano sottoposti alle disposizioni dei Trattati in materia di libera circolazione.

⁶² Sotto il profilo oggettivo, l'esclusione vale solo per i servizi riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanente in stato di bisogno; sotto il profilo soggettivo, l'esclusione si applica solo ai servizi "forniti dallo stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato" (art. 2, par. 2, lett j, dir. Dir. 2006/123/CE).

⁶³ Il regime "alleggerito" previsto dalla dir. 2014/24/UE di cui si dirà subito *infra* si applica alle procedure di affidamento degli appalti relativi ai "servizi sociali" elencati nel già citato allegato XIV alla direttiva stessa, che abbracciano un vastissimo ambito di attività (e non solo servizi di tipo socio-assistenziale, come quelli cui si riferisce la l. n. 328/2000). Sulla nozione di servizi di interesse generale rimane di riferimento la Comunicazione della Commissione COM (2007)724. Per un'analisi puntuale sul confine tra le nozioni di servizi sociali in chiave europea e in chiave nazionale, sia pure dal punto di vista dell'ambito di applicazione dell'art. 56 CTS, si veda A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici*,

disinteresse dell'ordinamento europeo per i sistemi di protezione sociale⁶⁴, ma è anche vero che l'assoggettamento alle regole della contrattualistica pubblica è fortemente attenuato⁶⁵ e, in ogni caso, deve essere letto alla luce dei considerando 4 e 114, dir. 2014/24/UE, ai sensi dei quali, in virtù della libertà di auto-organizzazione, gli Stati membri sono liberi di organizzare i servizi sociali anche attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità

organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo, in *Non Profit Paper*, 2017, n. 3, 177.

⁶⁴ Si vedano la Comunicazione della Commissione su «I servizi d'interesse generale in Europa», 2001/C 17/04, emanata nel 2001, secondo la quale: «più generalmente, stando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, molte attività esercitate da enti le cui funzioni sono principalmente sociali, che non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere un'attività industriale o commerciale, sono di norma escluse dall'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza e di mercato interno»; nonché, in senso analogo, il Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003, COM/2003/0270 def. Come noto, a partire dalla metà degli anni 2000 l'approccio eurounitario ha intrapreso un'altra direzione e l'ambito dei servizi sociali si è progressivamente spostato dalla sfera dei servizi privi di rilevanza economica a quella del mercato (cfr. la Comunicazione della Commissione sui servizi sociali di interesse generale nell'Ue, del 26 aprile 2006 COM(2006) 177/def.).

⁶⁵ Tant'è che la Direttiva, nel riconoscere agli Stati membri la libertà di determinare le norme procedurali ad essi applicabili (fermo il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici) si riferisce proprio all'esigenza di «*prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione*» (art. 76), non mancando di prescrivere, a tal fine, che le amministrazioni aggiudicatrici siano messe in condizione di considerare le peculiarità dei servizi in parola in termini di garanzia di qualità, continuità, accessibilità, anche economica, disponibilità e la completezza dei servizi, nonché le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, oltre ad avere riguardo al coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e all'innovazione (par 2 art. 76, cit.). Nello stesso ordine di idee si inserisce la possibilità di riservare il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti di servizi sanitari e sociali (con quelli culturali) ad organizzazioni con determinate caratteristiche per un massimo di tre anni (art. 77). Non dissimile l'approccio della c.d. direttiva concessioni che assoggetta quelle «per i servizi sociali» a un numero molto ridotto delle proprie previsioni (cfr. gli artt. 19, 31 par. 3 e 32, Dir. 2014/23/UE). In altri termini «*La disciplina europea sugli appalti, in definitiva, non esprime un orientamento monoliticamente (e meccanicamente) pro-concorrenziale... lo "spostamento" di tali servizi verso il mercato avviene tenendo conto delle loro peculiarità, vale a dire dei fini e dei valori di solidarietà e inclusione sociale alla cui tutela essi sono preordinati. Ciò significa anche riconoscere la rilevanza di quegli obiettivi e di quei valori per l'ordinamento europeo e riaffermare il ruolo e l'importanza dei servizi sociali per la loro realizzazione*» (così, condivisibilmente, A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, n. 1/2019, 138 ss., qui 168).

sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione⁶⁶. Le, pur scarse, indicazioni ricavabili dalla direttiva concorrono, in altri termini, ad avallare la persistenza di regimi differenziati rispetto a settori “a libero mercato”, anche in forma di barriere all’ingresso, ove non discriminatori, giustificati da motivi imperativi di interesse generale e proporzionati all’obiettivo perseguito.

Le considerazioni appena svolte, pur non dissipando ogni dubbio sul controverso rapporto fra principio di concorrenza e principio di solidarietà (come dimostra, del resto, l’ampio dibattito in argomento, ciclicamente ravvivato dal cospicuo contenzioso a livello UE e nazionale in materia di affidamento del servizio di trasporto sanitario⁶⁷), valgono a dimostrare che, quando il privato intenda concorrere con il pubblico nell’ambito dei servizi alla persona, si entra in una logica di possibile limitazione dell’iniziativa economica del primo per il perseguimento di motivi imperativi di interesse generale, *sub specie*, per quanto detto, per la tutela della salute in senso universale e capillare da parte del soggetto pubblico. Di guisa che, a fronte della necessità primaria di evitare la sottoutilizzazione delle strutture pubbliche, può risultare giustificato non garantire condizioni di piena concorrenzialità fra strutture pubbliche e private, ovviamente a condizione

⁶⁶ Ai sensi del considerando 114 gli Stati membri sono liberi di organizzare i servizi sociali anche “attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall’amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione”.

⁶⁷ In argomento si vedano S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna, 2003; ID., *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2004, 75 ss.; S. SCIARRA (a cura di) *Solidarietà, mercato e concorrenza. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007; ID., *L’Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Bari, 2013; R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell’Unione Europea in tempo di crisi economica e l’inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, 2013, 37; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 89; E. CARUSO, *L’evoluzione dei servizi alla persona nell’ordinamento interno e in quello europeo*, cit., 1113. Sullo specifico tema dell’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato cfr. F. SANCHINI, *L’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, 4 maggio 2016; E. ZAMPETTI, *Servizio di trasporto sanitario di emergenza e cooperative sociali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 4/2022, 522 ss..

che ciò non perpetui inefficienze da rendita di posizione⁶⁸.

Ci troviamo di fronte a una disciplina che fonda il suo senso ultimo nell'art. 41 Cost e sul ruolo da esso assegnato ai fini di utilità sociale nel quadro della consacrazione della libertà di iniziativa economica privata. Tale prospettiva trova peraltro un riscontro nella riforma costituzionale del 2022, per la parte in cui, collocando precipuamente la tutela della salute (insieme a quella dell'ambiente) tra i limiti negativi che concorrono, con l'utilità sociale, ad arginare la libertà di iniziativa economica privata, giustifica l'ipotesi di un intervento dei pubblici poteri oltre che diretto anche indiretto, riconoscendo un controllo pubblico maggiore rispetto allo spazio lasciato all'iniziativa privata⁶⁹ (ciò che evidentemente non esime

⁶⁸ Peraltro, è stato osservato che il necessario obiettivo di contenimento della spesa sanitaria può essere raggiunto non solo attraverso il rafforzamento del controllo della domanda o la riduzione/razionalizzazione delle strutture pubbliche e dei loro costi, ma anche ricercando l'efficientamento di queste ultime attraverso l'incremento della loro "capacità erogativa diretta" di prestazioni sanitarie, così da evitare la loro sottoutilizzazione; ciò anche se tale soluzione comporti ex se un'allocatione delle risorse meno favorevole per gli operatori privati (così E. CARUSO, *L'accreditamento*, cit. 168, citando, Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3572 e 11 febbraio 2013, n. 771, cit.; sez. V, 19 novembre 2009, n. 7237). In senso critico G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, in cui si legge che la subordinazione del rilascio dell'autorizzazione al riferito criterio programmatico "*contrasta con la Direttiva servizi che vieta di "subordinare l'autorizzazione alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato", e quindi sottrae al pubblico potere la verifica di un fabbisogno, verifica che solo il mercato deve compiere*" (346). Sulla qualificazione della concorrenza tra strutture pubbliche e private in un contesto di SSN solidaristico e universalistico come quello italiano, come funzionale non già ad introdurre dinamiche di mercato in senso stretto, bensì alla realizzazione della libertà di scelta in un'ottica di conseguimento di obiettivi di buona gestione e di progressivo efficientamento della spesa pubblica cfr. le già citate pronunce Trib. UE, Sez. VII, 2 giugno 2021, in causa T-223/18, *Casa Regina Apostolorum*, confermata da CGUE, Sez. IX, 27 aprile 2023, in C-492/21 P.

⁶⁹ Il riferimento esplicito operato dal comma 2 ai fini di tutela della salute e dell'ambientali, insieme a quelli sociali, merita un'attenzione particolare nell'ambito di una riflessione dedicata alla tutela della salute. E' infatti da tempo conclamato (e tragicamente confermato dalla tragica esperienza della pandemia da COVID-19), che la dimensione della salute umana non possa essere scissa da quella della salute animale e degli ecosistemi. Il paradigma *One Health*, che esprime e applica tale assunto, ha coerentemente ha fatto ingresso nel linguaggio della legge e dei documenti di policy, superando i confini dell'ambito medico e veterinario in cui è stato teorizzato. Per una lettura della riforma costituzionale tesa ad analizzare alla stregua del paradigma "una sola salute" il combinato ingresso in costituzione dei tre pilasti di questo principio, ossia la salute umana, la dimensione animale e quella ambientale, cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione: riflessioni sull'approccio One Health alla luce delle recenti modifiche al dettato costituzionale*, in F. APERIO BELLA (a cura di) *One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari*.

da uno scrutinio attento della legittimità della singola misura, da valutare alla stregua dei canoni della buona amministrazione, della proporzionalità e della ragionevolezza, nonché alla luce della tutela dell'affidamento del privato, ove rilevante).

5. Le differenze rispetto alla regolamentazione dell'erogazione "con il privato" di prestazioni sanitarie, sociosanitarie e sociali

L'analisi della disciplina di settore ci consegna anche un altro modello di erogazione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie da parte del privato, ossia quello che, abbandonando l'ottica di contrapposizione, affianca alle forme di gestione diretta e indiretta del rapporto pubblico-privato in sanità (attraverso, principalmente, la procedura delle già richiamate "quattro A"), un modello di *governance* partecipativa del SSN⁷⁰.

Vengono in rilievo i c.d. partenariati, figura controversa che trova una disciplina specifica in ambito sanitario sin dall'inizio degli anni '90⁷¹, con configurazione affinata e per certi versi irrigidita del 1999⁷². Si allude

Per un approccio olistico alla salute umana, animale e ambientale, Napoli, 2022, 21 ss.; G. RAGONE, M. RAMAJOLI, *One Health e ordinamento italiano: il livello costituzionale, la normazione primaria e la fase dell'implementazione amministrativa*, in L. VIOLINI (a cura di) *One health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, 2023, 9 ss.

Cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità*, cit., 11.

⁷⁰ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. D'ANGELOSANTE, *Servizi sanitari e concorrenza: la prospettiva comunitaria e il caso delle sperimentazioni gestionali*, in *Astrid.it*, 2010, 3; C. VITALE, *Organizzazione, funzioni e governance delle società di sperimentazione gestionale* in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di) *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008, 193 ss. In argomento anche G. CAPPELLARO, F. LONGO, *Institutional public private partnerships for core health services: evidence from Italy*, in *BMC Health Services Research*, 2011.

⁷¹ Tale tipologia di collaborazione è stata introdotta dall'art. 4, comma 6, della l. 30 dicembre 1991, n. 412 che prevedeva esclusivamente che: "In deroga alla normativa vigente, e nel rispetto dei livelli uniformi di assistenza e dei rispettivi finanziamenti, sono consentite sperimentazioni gestionali, ivi comprese quelle riguardanti modalità di pagamento e di remunerazione dei servizi, quelle riguardanti servizi e prestazioni forniti da soggetti singoli, istituzioni ed associazioni volontarie di mutua assistenza aventi personalità giuridica, consorzi e società di servizi". La disciplina è stata completata, dapprima, dal d.lgs. 502/1992, che, all'art. 9-*bis* rubricato "sperimentazioni gestionali", ne ha specificato ambiti e limiti di applicazione e, successivamente, dal d.lgs. 229/1999.

⁷² Come noto, il d.lgs. 229/1999 ha introdotto, *inter alia*, il requisito dell'autorizzazione da parte della conferenza Stato-Regioni. Con la riforma del titolo V la disciplina è stata oggetto di ulteriori modifiche: in particolare, l'art. 3 del d.l. n. 347/2001, conv.

evidentemente alle c.d. sperimentazioni gestionali di cui all'art. 9-*bis* del d.lgs. n. 502/92 s.m.i., che introducono forme di collaborazione tra strutture del SSN e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato⁷³, alla ricerca di modelli più efficienti di governo della spesa sanitaria⁷⁴.

Senza entrare nel dettaglio della disciplina, un aspetto merita di essere evidenziato ai fini del presente studio: il privilegio riconosciuto dalla normativa, nell'area del settore privato, al coinvolgimento di organizzazioni non lucrative di utilità sociale, le c.d. ONLUS di cui all'art. 10 del d.lgs. 460/1997, tra cui rientrano a titolo esemplificativo, associazioni, fondazioni, società cooperative che svolgono attività nel settore dell'assistenza sanitaria/socio-sanitaria, della ricerca scientifica di particolare interesse sociale (art. 9-*bis*, co. 2, lett a).

Si tratta di un dato interessante perché se, quando si ragiona in termini di concorrenza tra pubblico-privato, la legislazione sui servizi alla persona pone sullo stesso piano privato *non-profit* e quello *for profit*, come dimostra la disciplina sull'accreditamento sanitario (che si limita ad equiparare le istituzioni e gli organismi senza scopo lucrativo con le strutture private lucrative, cfr. art. 8-*quater*, commi 1 e 8, d.lgs. n. 502/1992) e quella sull'autorizzazione dei servizi sociali (cfr. art. 2, co. 1 del citato DM 21

nella l. n. 405/2001 ha conferito a Regioni e Province autonome il potere di adottare programmi di sperimentazione, con mero obbligo di trasmetterli in copia ai Ministeri competenti, unitamente alla relazione annuale sui risultati conseguiti. Alcune Regioni hanno così autonomamente regolato la materia e avviato programmi di sperimentazione che, tuttavia, come dimostrano gli studi intervenuti in materia, si sono dimostrati poco significativi, facendo peraltro registrare un alto tasso di mortalità dopo la fase sperimentale, ciò principalmente a causa della mancanza di un coordinamento e di un'opportuna spinta a livello nazionale, sia nella fase di attivazione che in quella della loro prosecuzione (AA. VV, *Pubblico e Privato in sanità. Il modello della società mista originata dalla sperimentazione gestionale*, a cura della Fondazione Promo p.a., consultabile all'indirizzo <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato723131.pdf>); in dottrina A. COIANTE, *Ripensare lo strumento delle sperimentazioni gestionali per un'efficiente collaborazione pubblico-privato(-comunità)*, in M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, A. COIANTE, C. IAIONE (a cura di) *Pubblico, privato e comunità in sanità*, Napoli, 2024, consultabile in *open access* all'indirizzo https://editorialescientifica.it/wp-content/uploads/2024/09/Cesdirsan-6_PUBBLICO-PRIVATO-E-COMUNITAIN-SANITA.pdf.

⁷³ Sui partenariati cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; sui partenariati istituzionalizzati, si vedano le recenti riflessioni di G. MONTEDORO, M. GIORDANO, *Le società nel "partenariato pubblico privato"*, in V. DONATIVI (a cura di) *Trattato delle società*, IV, Milano, 2022, 806 ss.

⁷⁴ Cfr. S. CATUOGNO, *Il Partenariato pubblico-privato in sanità. Il ruolo del non profit e le implicazioni sulla performance*, Torino, 2017, 59 ss.

maggio 2001, n. 308) quando si abbraccia, invece, la logica di pubblico “con” privato, gli enti del Terzo settore si vedono riconosciuto un trattamento privilegiato.

Ferma la portata generale dell’art. 1, co. 18 d.lgs. n. 502/1992 s.m.i., che invoca le istituzioni e gli organismi *non-profit* nella loro qualità di soggetti che concorrono “*alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà, dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona*”, tale “concorrenza” si trasforma in un regime di favore per il privato sociale quando si professi un’azione di governance collaborativa con il pubblico.

Tanto sembra emergere non solo dal richiamato art. 9-*bis*, ma anche, con i dovuti *distinguo*, dall’art. 1, co. 15 d.lgs. n. 502/1992, che include i privati *non-profit* tra i soggetti che sono chiamati a partecipare alla redazione dei piani sanitari regionali insieme alle strutture private accreditate dal SSN (oltre che alle autonomie locali e alle organizzazioni sindacali degli operatori sanitari pubblici e privati *ex art.* 1, co. 15 d.lgs. n. 502/1992 s.m.i.).

In ultima analisi, quando si tratta di leggere la dicotomia pubblico privato in chiave di co-amministrazione (pubblico “in collaborazione” con privato), i termini del ragionamento si estendono naturalmente a un terzo polo, quello della comunità, che il privato sociale, appunto, rappresenta in forma organizzata.

Tale approccio è stato, come noto, potenziato, nell’ambito del sistema integrato di interventi e servizi sociali, dalla l. n. 328/2000, che ha stimolato il fenomeno delle collaborazioni tra pubblico e privato con particolare riferimento alle organizzazioni private *non-profit*, consacrando l’estensione del coinvolgimento di queste ultime in una fase che precede la mera gestione del servizio, ossia nella fase di progettazione. Sin dal suo primo articolo, infatti, la legge quadro riconosce e agevola il ruolo degli organismi non lucrativi nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (co. 4), per poi affiancarli ai soggetti pubblici nell’offerta dei servizi cui sono chiamati a provvedere anche in qualità di soggetti “*attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi*”, in chiave promozionale rispetto agli altri soggetti privati (art. 1, commi 5 e 6 e art. 6, co. 2, lett. a). Costruendo su tale base giuridica, l’art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 ha poi disciplinato la coprogettazione tra comuni e soggetti del Terzo settore per interventi “*innovativi e sperimentali*” diretti ad “*affrontare specifiche problematiche sociali*”⁷⁵. Ne discende un sistema di servizi finalizzato

⁷⁵ Sulla disciplina della coprogettazione anche nella disciplina precedente al codice del

alla persona secondo un modello a rete, che non si limita a promuovere *partnerships* multi-attoriali ma che, in una logica *bottom-up*, sollecita l'iniziativa progettuale della comunità intesa in senso ampio, prefigurando, per tale via, l'erogazione di servizi più aderenti alle esigenze della collettività. Il modello, come si avrà modo di vedere nelle pagine che seguono, è oggi potenziato e generalizzato, con la consacrazione di un paradigma che esorbita ampiamente dai confini settoriali dei servizi sociali⁷⁶.

6. Prospettive sul ruolo della comunità in ambito sanitario e sociosanitario: considerazioni economiche e sociali

La rilevanza della comunità in ambito sanitario è destinata a crescere per motivazioni economiche e sociologiche, prima che giuridiche, sulle quali merita soffermare brevemente l'attenzione.

Nel contesto nazionale, le organizzazioni senza scopo di lucro operanti nella sanità occupano una quota di mercato che si aggira attorno al 28%⁷⁷, e concentrano la propria attività nel settore dell'assistenza sanitaria domiciliare nonché, sia pur con numeri meno rilevanti (vista l'intensificazione della competizione con il privato *for profit*) in quello delle case di cura⁷⁸. Benché le istituzioni *non profit* attive in ambito sanitario rappresentino una quota esigua del totale⁷⁹, la presenza e il peso del terzo

terzo settore v. E. FREDIANI, *La coprogettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, cit., *passim*.

⁷⁶ In argomento già G. PASTORI, *Pubblico e privato*, cit. 88 ss. che evidenziava come il paradigma organizzativo "a rete" abbracciato dalla legge n. 328/2000 abbia influito sull'idea di "trasformare il S.s.n. da servizio nazionale a sistema di servizi in cui programmazione, gestione e controllo acquistano valenze diverse e si collocano in sedi più prossime e vicine ai titolari del diritto alla salute e utenti del servizio".

⁷⁷ Il dato, aggiornato al 2017, è riportato nel lavoro comparato di A.S. ALMEIDA, *Non-profit healthcare organizations*, in ID. (ed.) *The role of private non -profit healthcare organizations in NHS systems: implications for the Portuguese hospital devolution program*, in *Health policy*, vol. 121, 6/2017, 669 ss.

⁷⁸ S. CATUOGNO, *Il partenariato pubblico-privato in sanità. Il ruolo del non profit e le implicazioni sulla performance*, cit., 63.

⁷⁹ Stando ai dati censimento permanente Istat delle istituzioni non profit del 2021, il 9,5% delle istituzioni in parola hanno relazioni significative con Aziende sanitarie locali, ospedaliere o di servizi alla persona. Il dato è comunque in crescita rispetto a quello del 2011 che indicava al 4,4% del totale le istituzioni non profit operanti in ambito sanitario (S. CATUOGNO, *op. cit.*, 71).

settore in ambito sanitario è in crescita per motivazioni economiche e non.

Sul primo versante, concorrono il carattere “*ad alto tasso di manodopera*” del settore in parola (per usare un inglesismo, il suo carattere *labour intensive* piuttosto che *capital intensive*), la peculiare natura dei beni e servizi sanitari (rivali, escludibili e, soprattutto, “di merito”, sicché, in virtù della loro importanza, non possono essere allocati e prodotti sulla base delle condizioni di mercato), nonché il regime cui sono sottoposti i soggetti *non profit*, che, tra vincolo di non distribuzione degli utili e benefici di vario genere (donazioni di privati, sussidi governativi e sgravi fiscali), sono in condizione di offrire i propri servizi a prezzi inferiori rispetto a quelli di produzione⁸⁰.

Accanto alle ragioni economiche si collocano motivazioni sociologiche che fanno capo alla teoria sull’economia civile, fondata sull’idea che il buon andamento della società civile è garantito, tanto dall’efficiente funzionamento del mercato, quanto dall’attivazione dei processi di solidarietà da parte di tutti gli operatori⁸¹. Basandosi sui principi fondanti della reciprocità (che lega una determinata azione non già a una pretesa di ricompensa bensì a una aspettativa di collaborazione), e della gratuità (che porta a relazionarsi con gli altri al fine di instaurare un rapporto di reciprocità)⁸², la teoria dell’economia civile reclama il conferimento di identità e autonomia al soggetto *non profit*, quale soggetto politicamente attivo e rilevante, e fa leva sulla relativa capacità di concorrere alla definizione delle linee di intervento nell’area dell’assistenza, in luogo del tradizionale confinamento del relativo apporto a valle delle decisioni governative. In questa prospettiva, pertanto, il coinvolgimento “della comunità” socialmente attiva si dovrebbe garantire sin dal momento

⁸⁰ Tra le teorie economiche che spiegano il comportamento e la diffusione delle organizzazioni non profit nel settore sanitario cfr. H.B. HANSMANN, *The role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law Jou.*, 89, n. 5, 1980, 835 ss.; B.A. WEISBROD, *Toward a Theory of the Voluntary Nonprofit Sector in a Three-Sector Economy*, in S. ROSE-ACKERMAN (ed.) *The Economics of Nonprofit Institutions*, New York, 1986. A livello nazionale cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, I. CALOZZI, P. DONATI, *La sanità non-profit, il ruolo del privato sociale nei servizi sanitari*, Rimini, 2000; E. BORGONOV, *Il ruolo delle aziende non profit e le modificazioni della struttura del sistema economico italiano*, in *Econ. Dir. del terz.*, 3/2001, 715 ss.; AA. VV. *Il ruolo del non profit in sanità. Il caso della Campania*, Napoli 2008.

⁸¹ Per tutti S. ZAMAGNI, *L’impresa socialmente responsabile nell’epoca della globalizzazione*, in *Not. di politelia*, vol. 72, 2003, 28 ss.; ID., *Per una teoria economico-civile dell’impresa cooperativa*, in E. MAZZOLI, S. ZAMAGNI (a cura di) *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, Bologna, 2005. Si veda, da ultimo, ID., *Terzo settore e pubblica amministrazione: le ragioni di una alleanza per una società in trasformazione*, in *Dir. ed econ. del ter. sett.*, 1/2024, 43 ss.

⁸² S. CATUOGNO, *op. cit.*, 75.

della definizione dei bisogni e dunque della programmazione, oltre che nell'organizzazione ed erogazione.

E' particolarmente evidente l'assonanza di tale ricostruzione con quella che, in ambito giuridico, ha fatto variamente leva sulla dicotomia tra paradigma "bipolare" e paradigma "sussidiario" per promuovere il superamento della prospettiva che riconosce esclusivamente all'amministrazione la capacità di perseguire l'interesse pubblico, relegando gli amministratori a meri destinatari-beneficiari dell'intervento, professando una riallocazione dei ruoli in base alla quale la p.A. si fa "facilitatrice" del coinvolgimento diretto della comunità, al fine di individuare e soddisfare bisogni che, da sola, non riesce a intercettare o conseguire per inadeguatezza informativa, economica o tecnologica⁸³.

7. Segue. *Considerazioni giuridiche e il ruolo del PNRR tra innovazione, territorialità e integrazione socio-sanitaria*

Passando alle motivazioni giuridiche che contribuiscono alla crescita del peso della comunità nell'ambito dei servizi alla persona, occorre muovere da due considerazioni. Sul piano del diritto positivo, rileva *in primis* il passaggio da una fase di sostanziale esiguità della disciplina dell'intervento del privato sociale in ambiti di interesse generale alla razionalizzazione della materia⁸⁴ in un'ottica promozionale e di *favor* (basti citare l'art. 2 d.lgs. n.

⁸³ Il riferimento al paradigma "bipolare" allude allo schema teorico sul quale si è sempre fondato (e tuttora si fonda) il rapporto fra amministrazioni pubbliche e cittadini, in termini di separazione tra autorità pubbliche e interessi pubblici, da un lato, e cittadini e interessi privati, dall'altro (S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, 602, così richiamato da G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della costituzione*, cit.; similmente anche G. PASTORI, *Amministrazione italiana e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1752). Al contrario, il paradigma "sussidiario" impone all'amministrazione di abbandonare tale separatezza, come anche la propria posizione di dominanza verticalizzata, attingendo dalla comunità e dalle sue differenti capacità e risorse per raggiungere livelli più elevati di soddisfazione dei bisogni collettivi (i contributi che declinano, in tale chiave, l'idea di un'amministrazione condivisa sono ormai moltissimi, basti richiamare, per tutti, G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., precisando che per l'elaborazione di un vero e proprio paradigma sussidiario, con specificazione di tutte le conseguenze che ne derivano in termini di rivisitazione dei tradizionali istituti che regolano il rapporto tra p.A. e cittadini si può oggi fare riferimento a D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, 2013, spec. 330-332).

⁸⁴ Nella prospettiva "allargata" ai servizi sociali abbracciata nel presente scritto, merita rilevare che, se nei primi anni 2000 il panorama era dominato dalla già richiamata legge

117/2017, ai sensi del quale “è favorito l’apporto originale [degli enti del Terzo settore] per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali”), cui ha fatto seguito il problema della perimetrazione dei confini delle fonti direttamente o indirettamente applicabili al variegato panorama degli enti *non-profit*. Il secondo elemento da considerare attiene al piano interpretativo, registrandosi in tempi recenti un allineamento verso la lettura “promozionale” delle relazioni tra ente pubblico e Terzo settore, con conseguente superamento delle precedenti visioni “riduzionistiche” rispetto alle relazioni basate sullo scambio di mercato⁸⁵.

quadro n. 328/2000 (e dal collegato d.P.C.M. 30 marzo 2001, recante “Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell’art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328”), rimasta significativamente di riferimento anche a valle della riforma costituzionale del 2001 e del conseguente passaggio dei servizi sociali nell’ambito della competenza generale residuale delle Regioni. Gli interventi legislativi del 2017 (si pensi alla l. 147/2017 recante “Disposizioni per l’introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà” e, ancor più, il citato Codice del Terzo n. 117/2017) hanno notevolmente arricchito il panorama. Vi hanno fatto seguito le linee guida, adottate rispettivamente con i decreti del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali del 23 luglio 2019 e del 31 marzo 2021 nonché una serie di interventi “indiretti” sulla materia, come le modifiche al d.lgs. n. 50/2016 apportate dal d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020, che hanno introdotto disposizioni di coordinamento tra la disciplina nazionale sulla contrattualistica pubblica e il CTS, nonché, da ultimo, per quanto applicabile, la già citata legislazione sui servizi pubblici locali di rilevanza economica (cfr. d.lgs. n. 201/2022, specialmente artt. 10 e 18 su cui, per un commento, cfr. M. CROCE, *Art. 18. Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commentario al d.lgs., 23 dicembre 2022, n. 201*, cit., 317 ss.).

⁸⁵ Il passaggio alla prospettiva indicata nel testo è da ascrivere, come noto, alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020, che, pur pronunciandosi sull’art. 55 del CTS (su cui si tornerà ampiamente *infra*), ha avuto una portata più ampia, sancendo una precisa configurazione della relazione tra ente pubblico e Terzo settore per differenza rispetto alle relazioni basate sullo scambio di mercato. Tale determinante intervento chiarificatore della Consulta ha spinto anche la giurisprudenza amministrativa, inizialmente assestata su posizioni “riduzionistiche”, dirette a sostenere la residualità degli istituti collaborativi del CTS rispetto alla disciplina sulla contrattualistica pubblica, in conseguenza dell’affermata supremazia del diritto euro-unitario a tutela della concorrenza (v. per tutti, Cons. Stato, ad. comm. spec. parere del 20 agosto 2018, n. 2052 reso su richiesta dell’ANAC per comporre le «posizioni contrastanti» e i «dubbi interpretativi» emersi in materia di affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali), ad aprirsi a una lettura “evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell’ambito di disciplina” (Cons. Stato, parere interlocutorio n. 802/2022, reso sulla bozza di linee guida dell’ANAC sull’affidamento dei servizi sociali), ciò anche sulla scorta delle indicazioni ricavabili dalle già citate modifiche al codice dei contratti pubblici, introdotte nel 2020 al

Ulteriore fattore giuridico che depone a favore della focalizzazione dell'attenzione su esperienze di partenariato che convogliano gli sforzi pubblici e privati verso obiettivi comuni è rappresentato dall'attuazione del PNRR.

Se, in termini generali, il Piano si riferisce in più passaggi all'esigenza di potenziare la "capacità amministrativa"⁸⁶ della p.A., esso ascrive espressa-

fine di ridurre l'ambito di applicazione dell'(allora vigente) d.lgs. n. 50/2016 rispetto al CTS. L'ultimo tassello di tale percorso è rappresentato proprio dalle (nuove) Linee Guida ANAC intervenute in materia (Delibera ANAC n. 382 del 27 luglio 2022, Linee Guida n. 17 recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali") che contribuiscono a precisare la riduzione dell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici già prefigurata dal legislatore alle sole fattispecie ivi espressamente previste e "*ai soli casi in cui le stazioni appaltanti non ritengano di organizzare detti servizi ricorrendo a forme di co-programmazione e/o co-progettazione, alla stipula di convenzioni con le Organizzazioni di volontariato o le Associazioni di promozione sociale o a forme di autorizzazione o accreditamento previste dalla legislazione regionale in materia*". In dottrina, senza pretese di completezza, cfr. R. MICCÙ, R. ONORATI, A. PALMACCIO, *La configurazione della funzione amministrativa nell'erogazione dei servizi sociali*, in *Non Profit Paper*, 2017, n. 4, 21 ss.; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, 31 gennaio 2017, 10 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata dalle linee guida ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, 2018 n. 1; M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, 587 ss. G. MAROCCHI, *Pubbliche amministrazioni e terzo settore tra competizione e collaborazione*, in *Welfare Oggi*, 2018, n. 2, 4; F. SCALVINI, *Una nuova stagione. Il codice del Terzo settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le pubbliche amministrazioni*, in *Welfare Oggi*, 2018, n. 2, 19; M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2018, n. 2, 5; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, cit., 139 ss. Più in generale, sui rapporti tra pubblica amministrazione e Terzo settore, cfr. S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di) *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019; S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, 545 ss.; F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistematiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, ivi, 2019, 499 ss.; A. FICI, F. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di) *I rapporti tra pubbliche amministrazioni e terzo settore*, Napoli, 2020; G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di) *L'amministrazione condivisa*, Trento, 2022 e ivi in particolare F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, 65 ss. e M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, 113 ss.; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, cit.; R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra stato, mercato e terzo settore*, Napoli 2023, spec. 157 ss. sugli strumenti di co-programmazione e co-progettazione.

⁸⁶ Il termine esprime in linea generale, ove riferito alla funzione amministrativa, una capacità speciale da ricollegare necessariamente alla fase della progettazione, decisione e successiva attuazione delle politiche pubbliche (per questa definizione cfr. E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resi-*

mente in capo a quest'ultima il compito di incentivare ed “accompagnare” lungo il loro intero ciclo di vita i progetti innovativi funzionali a incrementare la propria efficienza⁸⁷. Tale funzione di incentivo ed accompagnamento della progettualità innovativa pone evidentemente l'amministrazione in una precisa posizione rispetto alla sfera del privato, stimolandola a sviluppare nuovi e più flessibili strumenti di dialogo con le imprese e, più ampiamente, con la comunità organizzata che costituisce il Terzo settore⁸⁸.

Pertanto, se da più parti si evidenzia che, nella prospettiva complessiva di attuazione dei vari obiettivi di piano, il partenariato pubblico-privato si candida ad assicurare un rafforzamento e una stabilizzazione degli obiettivi di sviluppo che non sono perseguibili né solo dal pubblico, né tantomeno solo dal privato⁸⁹, quando i fini della migliore gestione del patrimonio pubblico si combinano con quelli della più ampia soddisfazione dei diritti civili e sociali della comunità l'attenzione si concentra, in particolare, sul coinvolgimento del privato “sociale”⁹⁰.

Coerentemente, osservando più da vicino la Missione 6 dedicata alla salute⁹¹, le due componenti in cui sono suddivisi i relativi interventi

lienza, in *Dir. amm.*, 2/2023, 301 ss., qui 314).

⁸⁷ In particolare, il PNRR lega significativamente il perseguimento dell'incremento dell'efficienza della p.A. alla “capacità di decidere e mettere a punto progetti innovativi”, con la precisazione che l'amministrazione è chiamata ad “accompagnare” questi ultimi lungo il loro intero ciclo di vita, dalla progettazione-selezione alla realizzazione finale (E. FREDIANI, op. cit., 315).

⁸⁸ Ossia, per usare le parole della Corte costituzionale, quell’ “insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97)” (C. Cost. n. 131/2020 cit.). Sul ruolo del Terzo settore nell'ambito del PNRR cfr. E. Frediani, Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza, cit., 301 ss.

⁸⁹ In argomento V. VECCHI, N. CUSUMANO, F. CASALINI, *Una PA reattiva: il ruolo delle collaborazioni pubblico privato*, in *sdabocconi.it*, par. 2, consultabile all'indirizzo https://www.sdabocconi.it/upl/entities/attachment/Una_PA_reattiva-Il_ruolo_delle_collaborazioni_pubblico_privato.pdf; A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2/2022, 441 ss., qui spec. 461.

⁹⁰ C. IAIONE, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 301 ss.

⁹¹ Su cui, per tutti, M.A. SANDULLI, *Sanità, misure abilitanti generali sulla semplificazione e giustizia nel PNRR*, in *federalismi.it*, luglio 2021; A. PIOGGIA, *La sanità nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 28, 2022, 165 ss.; ID., *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto pubblico*, 2020, 385 ss.

(M6C1 “Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l’assistenza sanitaria territoriale” e M6C2 “Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale”), attestano che l’obiettivo complessivo del PNRR è sì quello di modernizzare e digitalizzare il sistema sanitario, ma soprattutto di irrobustire la prevenzione e i servizi sanitari territoriali, così da garantire, mettendo la tecnologia al servizio del territorio, maggiore equità e qualità nell’accesso alle cure. In seno alla Missione 6 sono dunque presenti i due “semi” che favoriscono la governance collaborativa tra pubblico e “privato”, inteso specialmente nella sua configurazione sociale di comunità, l’innovazione e la territorialità. Sotto il primo versante, l’esigenza di innovazione costituisce tradizionalmente uno dei principali “motori” che spingono la p.a. alla ricerca di forme di cooperazione con gli operatori privati, al fine di integrare il proprio carente *know-how*⁹². Quanto alla territorialità, sviluppare l’assistenza territoriale significa rafforzare la capacità del SSN di operare come un sistema vicino alla comunità, progettato per le persone e con le persone. Gli enti del Terzo settore si candidano, allora, come *partners* privilegiati, in quanto, come chiarito dalla Corte costituzionale, si presentano sul territorio in una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell’ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un’importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e

⁹² C. IAIONE, A. COIANTE, *Il partenariato per l’innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6/2022, 503 ss. Più in generale, sul ruolo dei partenariati per conseguire obiettivi di innovazione, cfr. U. MONTELLA, *Innovazione nel partenariato pubblico-privato e nella collaborazione tra pubbliche amministrazioni*, in *Atti del Convegno “Etica e finanza pubblica. Attuazione del PNRR e benessere per i cittadini”*, *Rivista della Corte dei conti*, 3, 2021, 43 ss.; E. PARISI, *Gli strumenti partenariali nel contesto giuridico nazionale*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di) *Il procurement delle pubbliche amministrazioni tra innovazione sostenibilità*, Bologna, 2022, 401; C. KRONKE, *Innovation Partnerships - Purpose, Scope of Application and Key Elements of a New Instrument of Strategic Procurement*, in G.M. RACCA, C. YUKINS (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation, Lessons Across Borders*, Bruxelles, 2019, 337. Basti pensare alla figura del partenariato per l’innovazione, disciplinato dal codice dei contratti pubblici proprio per consentire alla p.a., sulla base di una “motivata determinazione” di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi in collaborazione con un operatore economico privato e successivamente di acquistarne il risultato, senza bisogno di dare luogo ad una nuova procedura (in argomento G. TERRACCIANO, L. MARRACINI, *Partenariato per l’innovazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da) *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. III, 2019, 133 ss.).

delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno”⁹³.

A uno sguardo di insieme, le misure adottate in attuazione o a completamento dei finanziamenti di matrice europea convergono verso la promozione del ruolo della comunità in ambito sanitario e sociosanitario anche sotto un ulteriore specifico profilo: quello della promozione del SSN come parte di un più ampio sistema di *welfare* comunitario, dove gli ambiti sanitari, sociosanitari e sociali sono profondamente integrati, in un’ottica presa in carico globale e olistica dell’individuo, che tenga conto di tutte le determinanti della salute, *in primis* quelle sociali⁹⁴. Lo scopo dichiaratamente perseguito è quello della piena integrazione socio-sanitaria, con il coinvolgimento degli enti locali e degli attori del Terzo settore⁹⁵. In quest’ottica, il DM Salute 23 maggio 2022, n. 77, sull’assistenza territoriale, (la cui emanazione ha rappresentato, come noto, una delle tappe essenziali dell’attuazione del Piano) se, da un canto, fonda le case di comunità (Cdc) quali sedi di integrazione delle prestazioni sociali e sanitarie⁹⁶, dall’altro include chiaramente tra le linee guida della sanità

⁹³ Queste le parole della più volte citata C. cost. n. 131/2020. In dottrina, sul rapporto tra bisogni e diritti all’interno del dettato costituzionale vedi oggi le riflessioni di E. Rossi, *Bisogni, diritti e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2/2024, 305 ss.

⁹⁴ Si veda, oltre al già citato DM n. 77/2022, anche la l. 234/2021, che ha previsto un complesso intervento inerente i Livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS) e gli Ambiti Territoriali Sociali (ATS) al fine di favorire l’integrazione tra gli ambiti sanitari, sociosanitari e sociali. Un ruolo determinante, come si vedrà, è giocato dalle iniziative legislative in favore delle persone anziane non autosufficienti: cfr. l. 23 marzo 2023, n. 33, recante “*Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane*” e il conseguente d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29 adottato in attuazione, in particolare, degli articoli 3, 4 e 5 della legge delega.

⁹⁵ Cfr. art. 1 d.l. n. 34/2020, c.d. decreto Rilancio, recante “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”.

⁹⁶ Nelle parole del DM n. 77/2022 la Casa della comunità “*rappresenta il luogo in cui il SSN si coordina e si integra con il sistema dei servizi sociali proponendo un raccordo intra-settoriale dei servizi in termini di percorsi e soluzioni basati sull’integrazione delle diverse dimensioni di intervento e dei diversi ambiti di competenza, con un approccio orizzontale e trasversale ai bisogni tenendo conto anche della dimensione personale dell’assistito*” (p. 26). In dottrina, D. CALDIROLA, *Welfare comunitario e Casa della Comunità: dal PNRR alla riforma dell’assistenza sanitaria territoriale*, in *Jus-online*, n. 5, 2022, 171. Più in generale, sulla riforma dell’assistenza territoriale cfr. R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell’assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 2, 2022, 462; F.G. CUTTAIA, *La riforma dell’assistenza sanitaria e socio-sanitaria territoriale e le problematiche connesse alla sua attuazione*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2022; L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, in *federalismi.it*, n. 26, 2023.

territoriale, tanto “la valorizzazione della co-progettazione con gli utenti”, che la “valorizzazione della partecipazione di tutte le risorse della comunità nelle diverse forme e attraverso il coinvolgimento dei diversi attori locali, comprese le associazioni/organizzazioni del Terzo Settore”, con previsioni che si riflettono specificamente sull’assetto delle Cdc⁹⁷.

L’ultimo (certamente non per importanza) tassello che converge verso il potenziamento della comunità, *in primis* nella forma della solidarietà organizzata, per realizzare la presa in carico globale dell’individuo in ambito sanitario e sociosanitario in connessione con gli obiettivi del Piano, è rappresentato dalle recenti politiche in favore delle persone anziane⁹⁸. Il d.lgs. n. 29/2024 è costellato di previsioni che, in ossequio all’obiettivo generale di realizzare il “benessere bio-psico-sociale” dell’anziano e della sua famiglia, contemplano la partecipazione delle parti sociali a più livelli⁹⁹. Appare particolarmente significativo, ai presenti fini, che la legislazione riconosca, *sub specie*, agli enti del Terzo settore, non solo la veste di

⁹⁷ Con riferimento alle specifiche ricadute sull’assetto delle Cdc delle riferite linee direttrici, si prevede espressamente che le Cdc costituiscono “un progetto di innovazione in cui la comunità degli assistiti non è solo destinataria di servizi ma è parte attiva nella valorizzazione delle competenze presenti all’interno della comunità stessa: disegnando nuove soluzioni di servizio, contribuendo a costruire e organizzare le opportunità di cui ha bisogno al fine di migliorare qualità della vita e del territorio, rimettendo al centro dei propri valori le relazioni e la condivisione” (p. 26). A tale stregua, tra gli obiettivi dello sviluppo delle Cdc figura proprio “la partecipazione della comunità locale, delle associazioni di cittadini, dei pazienti, dei caregiver” (p. 27) e tra i servizi da erogare obbligatoriamente da parte delle Cdc (tanto nella dimensione aggregata di “hub” che in quella capillarmente distribuita di “spoke”) figura proprio la “Partecipazione della Comunità e valorizzazione della co-produzione, attraverso le associazioni di cittadini e volontariato” (pp. 28 e 29).

⁹⁸ D.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, recante “Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3, 4 e 5 della legge 23 marzo 2023, n. 33”.

⁹⁹ Se ne prevede, in particolare, il concorso in sede di pianificazione regionale degli interventi (art. 21, co. 2, lett. b), per l’espletamento di tutte le funzioni tecniche di programmazione, gestione, erogazione e monitoraggio degli interventi affidati agli ambiti territoriali sociali (ATS), con cui le parti sociali sono chiamate a collaborare purché risultino assegnatarie di funzioni e compiti nell’ambito dei servizi sociali in forza di previsioni di legge nazionali e regionali (cfr. art. 24, co. 2, ai sensi del quale “Gli ATS, per lo svolgimento delle funzioni proprie, si avvalgono della collaborazione delle infrastrutture sociali ... di ogni altro soggetto pubblico o privato operante sul territorio, cui sono assegnati, secondo le previsioni di legge nazionali e regionali, compiti e funzioni nell’ambito dei servizi sociali alle famiglie e alle persone”), prevedono il relativo “coinvolgimento” nell’implementazione di servizi di comunità che operano secondo logiche di rete e di sussidiarietà orizzontale per contrastare l’isolamento relazionale e la marginalizzazione delle persone anziane non autosufficienti e delle loro famiglie (art. 25, co. 2).

soggetti dotati di un patrimonio informativo capace di contribuire alla valutazione multidimensionale unificata dei bisogni della persona anziana e alla redazione della pianificazione assistenziale individualizzata che ne discende (v. art. 27, commi 6 e 15), ma quella di *partners* chiave per la realizzazione dell'integrazione dei servizi sociali e sanitari, riconoscendo loro la facoltà di concorrervi “*anche con le modalità previste dagli istituti della coprogrammazione e della coprogettazione di cui agli articoli da 55 a 57 del codice del terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017, e dalle linee guida approvate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021, pubblicato nel sito istituzionale del medesimo Ministero*” (art. 25, co. 3). Vero è che tali politiche si collocano precipuamente nella Missione 5, che, a differenza di quella dedicata alla salute, valorizza espressamente il Terzo settore¹⁰⁰, ma è anche innegabile che quello degli anziani non autosufficienti (insieme alla disabilità) costituisce il maggiore punto di contatto tra Missione 5 e Missione 6¹⁰¹.

8. Ricadute concrete e sviluppi possibili

La via dell'implementazione del ruolo della comunità in sanità sembra allora tracciata, come anche l'individuazione dei migliori metodi (collaborativi) per coltivarne il coinvolgimento.

Se la collaborazione con i cittadini assurge ormai a principio comune dell'azione amministrativa (cfr. art. 1, co. 2-*bis*, l. n. 241/1990 come introdotto dalla l. n. 120/2020), nell'ambito dei servizi alla persona la collaborazione costituisce uno snodo concettuale necessario, meritevole di essere declinato in termini peculiari. Facendo tesoro delle esperienze che valorizzano i c.d. partenariati misti, composti da soggetti pubblici, privati e organizzazioni della società civile, quali attori strategici per indirizzare le

¹⁰⁰ Nell'ambito della Missione 5, dedicata all'inclusione sociale e alla coesione territoriale, si legge che “*L'azione pubblica potrà avvalersi del contributo del Terzo settore*” ed è evidenziato che “*La pianificazione in co-progettazione di servizi sfruttando sinergie tra impresa sociale, volontariato e amministrazione, consente di operare una lettura più penetrante dei disagi e dei bisogni al fine di venire incontro alle nuove marginalità e fornire servizi più innovativi, in un reciproco scambio di competenze ed esperienze che arricchiranno sia la PA sia il Terzo settore*”.

¹⁰¹ D. CALDIROLA, *Welfare comunitario e Casa della Comunità*, cit. Per tale lettura integrata della Missione 5 e della Missione 6, sia pure dal punto di vista dell'implementazione della telemedicina, cfr. F. APERIO BELLA, *Telemedicina tra decentramento ed esigenze di uniformità*, in C. BOTTARI, P.G. TÁRRAGA LÓPEZ, J. CANTERO MARTÍNEZ, *Sanità rurale e assistenza sanitaria decentrata Spagna e Italia. Esperienze a confronto*, 345 ss., spec. 349.

decisioni pubbliche, sia al livello globale che locale, verso soluzioni volte a risolvere le più importanti sfide dello sviluppo sostenibile¹⁰² (si pensi specialmente all'ambito urbano¹⁰³), assumere la prospettiva della comunità in sanità richiede di superare la logica di contrapposizione tra pubblico e privato, riconoscendo il volto solidaristico del fenomeno, e, per tale via, di guardare con particolare attenzione al "privato sociale".

Si tratta, si badi, di indicazioni generali, che si radicano nel dettato costituzionale e in un'interpretazione sistematica delle fonti primarie, oltre che in considerazioni sociali ed economiche, sicché non trovano ostacolo nel fatto che il Terzo settore o certi moduli di amministrazione collaborativa siano o meno contemplati in specifici ambiti di intervento sociale o sanitario¹⁰⁴.

¹⁰² V., da ultimo, il Goal 17 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, che declina, nel contesto della rivitalizzazione delle partnership globali, un set di sub-obiettivi che comprendono l'esigenza di "*potenziare le partnership globali affiancandole con partnerships multi-attoriali che mobilitino e condividano il sapere, le conoscenze, la tecnologia e le risorse finanziarie per supportare il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile in tutti i paesi, specialmente quelli in via di sviluppo*" (17.16) e di "*incoraggiare e promuovere partnership effettive tra pubblico-privato e società civile, basandosi sull'esperienza e sulle strategie di reperimento delle risorse dei partenariati*" (17.17). Si v. il Report dell'Asvis "*Agenda 2030 Un viaggio attraverso gli Obiettivi di sviluppo sostenibile*", luglio 2021.

¹⁰³ Sull'utilizzo dei partenariati per raggiungere obiettivi di sostenibilità e uguaglianza, con particolare riferimento al settore urbanistico si v. per tutti C. IAIONE, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di) *La Co-città*, Napoli, 2018; più di recente S. FOSTER, C. IAIONE, *Co-Cities Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, MIT Press, 2022 dove gli autori ipotizzano il passaggio a una nuova forma di partenariato il c.d. "*public-private-science-social-community partnerships*", in grado di superare la dicotomia pubblico-privato nella governance dei beni comuni urbani. In argomento già ID., *Ostrom in the City: Design Principles and Practices for the Urban Commons*, in D. COLE, B. HUDSON, J. ROSENBLOOM (a cura di), *Routledge Handbook on the Study of the Commons*, 2019, 235; ID., *The city as a commons*, in *Yale L. & Pol. Rev.*, 2016, 281; più di recente C. IAIONE, *Il diritto delle comunità urbane*, Franco Angeli, 2020. Nel diritto internazionale convenzionale è in effetti da tempo oggetto di attenzione l'esigenza che i soggetti che compongono il variegato mondo del Terzo settore siano coinvolti nelle scelte amministrative, specialmente in materia di protezione del paesaggio e del patrimonio culturale (tra i primi documenti di policy cfr. la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio architettonico dell'Europa adottata dal Consiglio d'Europa a Granada il 3 ottobre 1985, *sub specie* l'art. 14, n. 1).

¹⁰⁴ Si allude al dibattito circa il mancato riferimento esplicito al Terzo settore e ai diversi istituti di relativa collaborazione con gli enti pubblici disciplinati nel Titolo VII del d.lgs. 117/2017, ad opera della Missione 6 del PNRR e del DM n. 77/2022, adottato in relativa attuazione, pur rappresentando il modello procedimentale di elezione per assicurare la (pur invocata dal decreto) partecipazione attiva della comunità (cfr. D. CALDIROLA,

Sul piano delle implicazioni concrete, occorre considerare che quando la peculiare “sensibilità” dei servizi che vengono in rilievo si accompagna a determinate caratteristiche dei soggetti coinvolti (connotazione solidaristica e gratuità della loro attività), l’orizzonte si apre non solo alla sottrazione dal rispetto alle norme di derivazione euro-unitaria sulla contrattualistica pubblica, bensì all’applicazione di altri moduli procedimentali che, nel rispetto del quadro normativo europeo, si candidano per realizzare la funzione di promozione richiesta dall’art. 118, co. 4 Cost. con numerosi vantaggi per la stessa amministrazione.

Il Codice del Terzo settore offre, su questo versante, soluzioni in grado di garantire la necessaria flessibilità – in modo da preservare un coerente livello di differenziazione in base alle caratteristiche del territorio e ai bisogni della comunità – insieme ad un adeguato raccordo tra tutti i livelli, dal quale potrebbero conseguire efficientamenti in termini di innalzamento della qualità e promozione di un clima di fiducia¹⁰⁵, oltre che notevoli risparmi di spesa¹⁰⁶. Per realizzare congiuntamente e sinergicamente gli obiettivi di elevazione del soddisfacimento dei bisogni e di risparmio, sia in termini di spesa che di oneri procedurali, occorre cogliere le opportunità che le previsioni codicistiche mettono a disposizione, senza farne un uso distorto.

Viene in rilievo, *in primis*, lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dall’art. 55 CTS che, nella sua

Welfare comunitario e Casa della Comunità, cit. che denuncia, in particolare, il mancato richiamo all’art. 55, dedicato alla co-programmazione e co-progettazione e all’art. 56, dedicato alle convenzioni, malgrado si tratti di forme di cooperazione in grado di realizzare un efficace raccordo tra servizi sanitari e servizi sociali e di valorizzare il ruolo del *non-profit* nell’assistenza sanitaria territoriale). Per l’affermazione dell’applicabilità dei riferiti moduli di amministrazione condivisa all’ambito sanitario cfr. di recente A. SANTUARI, *La tutela dei diritti dei pazienti tra sanità digitale e collaborazioni pubblico-private: il ruolo degli Enti del Terzo settore*, in *San. pub. e priv.*, 1/2024, 5 ss..

¹⁰⁵ Significativo, in argomento, il passaggio delle Linee guida ministeriali in cui si afferma, non solo che, come ripetuto, la co-programmazione dovrebbe generare un arricchimento della lettura dei bisogni, anche in modo integrato, rispetto ai tradizionali ambiti di competenza amministrativa degli enti, ma che lo strumento dovrebbe agevolare, in fase attuativa, “la continuità del rapporto di collaborazione sussidiaria, come tale produttiva di integrazione di attività, risorse, anche immateriali, qualificazione della spesa e, da ultimo, costruzione di politiche pubbliche condivise e potenzialmente effettive, oltre alla produzione di clima di fiducia reciproco” (Ministero del lavoro e delle politiche sociali, decreto 30 marzo 2021, n. 72, recante “Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55-57 del decreto legislativo n. 117 del 2017”, p. 8).

¹⁰⁶ In quest’ordine di idee D. CALDIROLA, *Welfare comunitario e Casa della Comunità: dal PNRR alla riforma dell’assistenza sanitaria territoriale*, cit., *passim*, nonché A. SANTUARI, *La tutela dei diritti dei pazienti tra sanità digitale e collaborazioni pubblico-private*, cit. *passim*.

attuale ampiezza, costituisce una innovativa “procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria”¹⁰⁷ nonché, più specificamente “*una delle metodologie ordinariamente utilizzabili per l’attivazione di rapporti di collaborazione con gli enti del Terzo Settore*”¹⁰⁸ e riservata a questi ultimi per via della loro specifica attitudine a partecipare alla realizzazione dell’interesse generale¹⁰⁹. Ebbene, come noto, a differenza delle convenzioni (art. 56 e 57) la disposizione in analisi apre al coinvolgimento della comunità non già limitatamente alla prestazione di servizi, bensì nell’esercizio delle funzioni pubbliche di programmazione (art. 55, co. 2) e progettazione, (art. 55, co. 3 e ss.), anche attraverso la previa selezione del soggetto co-progettante in forma di accreditamento (art. 55, co. 4)¹¹⁰. Si tratta di strumenti

¹⁰⁷ C. cost. n. 131/2020 cit. che, si badi, non ha con tale affermazione inteso negare la preesistenza di strumenti di sperimentali e innovazione nel contesto normativo precedente. Si allude al già citato art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 (Istruttorie pubbliche per la coprogettazione con i soggetti del terzo settore) che, tuttavia, come efficacemente rilevato in dottrina, è rimasta una “co-progettazione dimenticata” (E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 158 ss.). La stessa Corte costituzionale, nella già menzionata sentenza n. 131 del 2020, riconosce che la disposizione in analisi abbia ampliato “*una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale, nell’art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) e quindi dall’art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 marzo 2001 (Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell’art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328)*”.

¹⁰⁸ TAR Toscana, sez. III, 12 maggio 2022, n. 661.

¹⁰⁹ Sulla compatibilità costituzionale di tale riserva v. D. PALAZZO, *Pubblico e privato*, cit. 445 che argomenta tale compatibilità tanto nel confronto con enti che perseguono interessi economici (per ciò che, non essendo orientati a rappresentare i bisogni con oggettività, fornirebbero un apporto non comparabile), quanto nel confronto con enti non iscritti al Registro (in quanto l’iscrizione al RUNTS assolverebbe alla finalità pubblicistica di garanzia della stabilità e meritevolezza dell’operato dell’ente registrato). Non mancano, invero, opinioni più dubitative: G. LEONARDI, *Riforma del Terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019, 44 ss.; L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.A.*, in *Urb. e app.*, 2018, 15 ss., qui 18.

¹¹⁰ Si condivide, in proposito, la posizione di F. GIGLIONI, *Principi e ricadute*, cit. 513 in quanto l’accreditamento è presentato dal legislatore come mezzo attraverso cui individuare gli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, sicché l’istituto si differenzia dal più volte richiamato accreditamento in ambito sanitario, socio-sanitario, e sociale, risolvendosi in una procedura di semplificazione dell’attivazione dei rapporti collaborativi con gli enti del Terzo settore (in argomento v. anche il Vademecum “L’affidamento dei servizi sociali nel dialogo fra Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore”, 2 ed., 2022, reperibile all’indirizzo <https://www.anci.it/coprogetta-vademecum-affidamento-servizi-sociali/>).

preziosi non solo per ridurre l'asimmetria informativa che ostacola l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico, ma anche per convogliare con strumenti agili risorse private verso obiettivi di interesse generale, adeguando la prestazione al contesto territoriale nel quale le p.A. si trovano ad operare¹¹¹. Con specifico riferimento alla co-progettazione, tale forma di partenariato, pur potendo attenersi sia al momento progettuale che a quello realizzativo, involge di regola entrambi i momenti, al fine di assicurare che i servizi, ideati con il coinvolgimento degli enti del Terzo settore, siano concretamente gestiti dai medesimi. Nella prassi, la procedura si apre con un avviso pubblico, cui segue la valutazione dei progetti presentati, la redazione di una graduatoria e la stipula con il primo classificato di una "convenzione" che regola le modalità di esecuzione del progetto prescelto e definisce la remunerazione del *partner*. Inoltre, come chiarito dalle Linee Guida ministeriali del 2021¹¹², che rimangono di riferimento in questo ambito¹¹³, la co-progettazione si può espletare non soltanto con l'adesione alle proposte di collaborazione formulate dagli enti pubblici (in tesi, locali e del Servizio Sanitario), ma anche con l'assunzione dell'iniziativa da parte degli stessi enti del Terzo settore, cui spetterà la formalizzazione di una proposta progettuale, che indichi con chiarezza l'idea progettuale avanzata, le attività rimesse alla cura del partenariato, comprese le risorse umane a disposizione, e che poi spetterà all'ente medesimo pubblicizzare¹¹⁴.

La posizione della comunità in sanità, specialmente nel contesto della nuova sanità territoriale, può e deve essere diversa rispetto al passato, inducendo a leggere l'istituto in analisi nella sua forma più genuina di strumento di amministrazione condivisa e di promozione dell'autonoma iniziativa dei cittadini (art. 118, co. 4 Cost.). Ciò può avvenire non solo, come è evidente, nei casi in cui la co-progettazione sia attivata dagli enti del Terzo settore, ma anche quando l'amministrazione lasci spazio alla progettualità del privato sociale, ad esempio limitandosi ad individuare, in sede di avviso pubblico, le finalità che intende perseguire ed eventualmente le tipologie di attività che, a titolo esemplificativo e in via generica, possano risultare ad esse strumentali, rimettendo agli enti l'ideazione e

¹¹¹ E. FREDIANI, *La co-progettazione*, cit., 196 ss., D. PALAZZO, *Pubblico e privato*, cit. 444 ss.

¹¹² Cfr. le citate "Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli articoli 55-57 del decreto legislativo n. 117 del 2017" di cui al DM n. 72/2021, p. 13.

¹¹³ Cfr. ANAC, Linee guida n. 17/2022 Recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali", p. 3.

¹¹⁴ In argomento A. SANTUARI, *op. cit.* 15.

l'elaborazione di proposte idonee.

Spetta, allora, alle amministrazioni regionali e locali (non solo attraverso specifici interventi normativi, ma anche approntando strumenti di informazione, tecnologici e finanziari) porre le basi affinché la comunità possa partecipare, in modo proattivo, consapevole e propositivo, alla definizione, costruzione e gestione delle attività e delle azioni, che definiscono i percorsi di “presa in carico globale e olistica” delle persone, favorendo, anzitutto, forme di co-programmazione che lascino uno spazio reale alla definizione dei bisogni da parte della comunità. In secondo luogo, la trasversalità degli interventi in materia di servizi alla persona richiede che la cooperazione si instauri anche tra gli stessi attori istituzionali, che devono impegnandosi a superare le problematiche connesse al diverso criterio riparto di competenze legislative Stato-Regioni nell'ambito della tutela della salute e dell'assistenza sociale. In tale ultima prospettiva, meritano attenzione gli “accordi di collaborazione organizzativi” che la recente legislazione appronta quale strumento per assicurare una effettiva integrazione operativa nei processi di erogazione delle prestazioni, degli interventi e dei servizi per le persone anziane non autosufficienti (cfr. art. 26 d.lgs. n. 29/2024).

Solo per tale via l'instaurazione di un rapporto di reciprocità con gli individui in ambito sanitario, basato su logiche di responsabilizzazione e concorso verso obiettivi comuni, potrà essere davvero proficuo per l'amministrazione, non solo e non tanto sotto il profilo “contabilistico”, valorizzato (in chiave quasi “salvifica”) per tutti i partenariati¹¹⁵, ma specialmente perché idoneo all'instaurazione di un vero e proprio paradigma collaborativo, allineato con l'attuale modo di concepire la salute umana, che non può essere scissa dalla salute del pianeta e di tutti i suoi abitanti perché non dipende solo dalle cure sanitarie, bensì da un'ampia serie di “determinanti” quali l'ambiente, i regimi alimentari, lo stile di vita, i fattori sociali ecc.¹¹⁶, ciò che spinge a coinvolgere gli individui in qualità di protagonisti della propria salute in un'ottica di prevenzione, favorendo

¹¹⁵ Sarebbe riduttivo guardare solo in chiave di “risparmio”, ossia di mancata iscrizione a bilancio dello stato, i benefici cui può condurre l'operazione che dà luogo al partenariato negli ambiti in esame essendo capace di condurre tanto a una migliore gestione del patrimonio pubblico, quanto a una più ampia soddisfazione dei diritti civili e sociali della comunità (per una critica più generale alla visione “contabilistica” delle *partnerships* pubblico-private al di fuori dall'ambito dei servizi sociali cfr. A. MOLITERNI, *Prospettive del partenariato*, cit., 459).

¹¹⁶ Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a F. APERIO BELLA (a cura di) *One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari. Per un approccio olistico alla salute umana, animale e ambientale*, cit. *passim*.

la promozione delle forme di azione collettiva che abbiano ricadute pubbliche¹¹⁷. La stessa personalizzazione delle cure propria dell'approccio integrato ai bisogni sanitari e sociali del paziente, in ultima analisi, depone per la promozione delle autonomie sociali, entro cui la persona sviluppa, matura e concretamente vive la sua dimensione del pluralismo¹¹⁸, attuando pienamente, per tale via, la centralità della persona che emerge da una combinazione articolata ed equilibrata tra gli artt. 2, 3, 32, 38 e 118, ultimo comma, Cost..

¹¹⁷ S. CATUOGNO, *Il partenariato pubblico-privato in sanità*, cit., 70.

¹¹⁸ Un'impostazione simile si rintraccia in F. PIZZOLATO, *La dimensione territoriale delle cure sanitarie: il principio costituzionale del pluralismo e le politiche comunitarie*, in *Corti sup. e sal.*, 1, 2022.

Enrico Zampetti

*Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina
dei servizi pubblici locali di rilevanza economica**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La nozione di servizio pubblico – 3. La specificità dei servizi pubblici locali – 4. Concorrenza e istituzione del servizio – 5. *Segue.* Istituzione del servizio e attribuzione di diritti esclusivi – 6. Concorrenza e gestione del servizio – 7. Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali – 8. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il recente d.lgs. n. 201 del 2022 ha riordinato la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in attuazione dei criteri direttivi posti dalla legge delega n. 118 del 2022¹. In parziale discontinuità con la precedente normativa, il decreto rivolge una specifica attenzione alla fase istitutiva dei servizi pubblici locali, in particolare di quelli facoltativi, prevedendo un'apposita disciplina procedimentale dichiaratamente orientata ai principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale. In linea con la previgente normativa, la nuova disciplina riserva la consueta attenzione alla scelta delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, compiendo in tal senso un'opera di razionalizzazione. Di estremo interesse è la definizione di servizio pubblico locale che, sebbene ribadisca una concettualizzazione ormai consolidata, viene a codificare positivamente gli elementi essenziali della nozione, attribuendole maggiore stabilità e certezza.

Scopo delle presenti osservazioni non è quello di fornire un quadro completo della disciplina recata nel decreto, anche perché i limiti oggettivi dello scritto non lo consentirebbero. L'obiettivo è quello più circoscritto di individuare l'effettiva rilevanza dei principi di concorrenza e sussidiarietà

* Contributo già pubblicato su *Diritto e Società*, 3/2024, 511 ss.

¹ D.lgs 23 dicembre 2022 n. 201 “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, in attuazione dell'articolo 8 delle l. 5 agosto 2022 n. 118 “Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”.

orizzontale nella fase istitutiva dei servizi non obbligatori e nella scelta sulle forme di gestione, anche al fine di verificare se tali principi, secondo quanto sembra desumersi dal decreto, valgano realmente come limiti alla discrezionalità dell'ente locale. Ogni riflessione al riguardo non può che prendere avvio dalla nozione di servizio pubblico.

2. La nozione di servizio pubblico

Si è affermato che la nozione di servizio pubblico sia una delle più tormentate del diritto amministrativo². Spia di questo tormento sono le diverse concezioni che nel tempo hanno interessato la nozione, tra tutte la concezione soggettiva, quella oggettiva e, più di recente, quella soggettiva temperata³. Senza poter ripercorrere in questa sede gli elementi caratterizzanti delle varie concezioni⁴, basti soffermarsi sull'ultima delle

² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986, 69-70.

³ Per la concezione soggettiva, uno dei principali riferimenti è A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, t.1, Milano 1930, 379 ss.; nella dottrina contemporanea, sostiene la concezione soggettiva R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.* 2003, 493 ss.; l'elaborazione della concezione oggettiva si deve, come noto, a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964; per un più recente sviluppo della concezione oggettiva, L. R. PERFETTI, *Contributo a una teoria dei pubblici servizi*, Padova 2001, spec. 297 ss.; per un inquadramento della concezione soggettivo-temperata, I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano 1986, 101 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna 1993, I, 953 ss.; per approfondimenti sulle varie concezioni, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova 2003; Id., *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 2012, 629 ss.; M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir. I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano 2022, 1088; R. VILLATA - S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Torino 2021; sulla nozione generale e le sue implicazioni, G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, 207 ss., già in *Sutdi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano 1969, II, 993 ss.; F. MERUSI, *Servizio Pubblico*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Torino 1970, 220 ss.

⁴ In estrema sintesi, per la concezione soggettiva i servizi pubblici sono le attività dichiarate tali dalla legge o in via amministrativa di cui lo Stato o altro ente pubblico assume la titolarità e la gestione diretta o indiretta. È una concezione che trova la sua ambientazione principalmente nel periodo anteriore alla Costituzione, caratterizzato dalla gestione pubblica e monopolistica dei grandi servizi nazionali. Per la concezione oggettiva, invece, prevalentemente sviluppatasi nel periodo successivo alla Costituzione, la qualificazione di servizio pubblico prescinde da una dichiarazione in tal senso della legge o da una formale

tre che delle prime due vorrebbe essere una sintesi. Secondo la concezione soggettiva temperata, una determinata attività può essere qualificata servizio pubblico se la titolarità ne sia imputata al soggetto pubblico, che assume così il dovere di predisporre, organizzare e garantire la prestazione del servizio⁵. Quanto alla concreta gestione, il servizio pubblico può essere svolto sia dal soggetto pubblico che da un soggetto privato appositamente incaricato. Un'attività così qualificata deve garantire l'effettiva fruizione del servizio a tutti i potenziali utenti, senza discriminazioni e soluzioni di continuità, a prezzi accessibili e nel rispetto di predeterminati *standard* quantitativi e qualitativi. In altri termini, il servizio deve essere espletato secondo principi di doverosità, non discriminazione, continuità e accessibilità, che ne connotano il regime giuridico e lo differenziano da quello delle ordinarie attività economiche⁶. Pertanto, oltre all'imputabilità pubblica

assunzione in via amministrativa, ma investe ogni attività sottoposta ad una disciplina legislativa che, ai sensi dell'articolo 41 co.3 Cost, ne conformi le prestazioni in funzione del raggiungimento di fini sociali. La concezione soggettiva temperata implica la titolarità pubblica del servizio, ma postula che la relativa gestione possa essere svolta anche da un soggetto privato, sia pur nell'ambito della cornice regolatoria posta dal titolare pubblico. Ognuna di queste concezioni presenta al suo interno delle varianti che ne temperano o ne accentuano gli aspetti più radicali, ma gli elementi di fondo restano quelli sinteticamente illustrati, tuttora rilevanti per una rinnovata riflessione sui servizi pubblici.

⁵ G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 953 - 954 ss., secondo cui, per qualificare una determinata attività come servizio pubblico, "è necessaria cioè la presenza di un complesso organizzativo unitario, nell'ambito del quale il servizio rimane in titolarità (seppure non monopolistica) dell'amministrazione pubblica; in altri termini, si può parlare di servizio pubblico anche se gestito da soggetti privati solo quando l'attività relativa si inserisca istituzionalmente nel novero delle misure attuative dei compiti dell'amministrazione, sulla scorta di strumenti organizzatori dettati dalla legge ovvero adottati dall'amministrazione pubblica in base ad essa".

⁶ G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 960; con specifico riferimento al concetto di doverosità, A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 474; ID., *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di un pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano 1995, 28, secondo cui sarebbe "questa loro doverosità che li distingue dalle prestazioni fornite come normali attività economiche, da soggetti privati ma talora, come si è visto, anche pubblici, che servizi pubblici non possano essere considerate: le quali in tanto sono a disposizione degli acquirenti e degli utenti, solo in quanto operatori economici hanno trovato di loro interesse offrirle ad essi, e finché vi trovano interesse, secondo le regole del mercato". Resta inteso che l'espletamento del servizio deve comunque rispettare il principio di economicità, G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 959: "infatti, anche quando l'interesse pubblico richiede che il servizio sia erogato gratuitamente o sottocosto, l'economicità deve comunque essere rispettata perché l'amministrazione si deve porre come utente collettivo garantendo la copertura integrale dei costi e dei fattori di produzione"; in termini, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di*

della titolarità, la nozione di servizio pubblico si caratterizza per un grado di soddisfazione dei bisogni che il mercato non è in grado di assicurare e che solo l'intervento pubblico può garantire attraverso una regolazione esercitata in via legislativa o amministrativa.

Senonchè, con specifico riferimento alla dimensione nazionale, la descritta concezione deve necessariamente misurarsi con il processo di liberalizzazione che, tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta del secolo scorso, ha investito i grandi servizi pubblici sino ad allora gestiti dallo Stato in regime di monopolio⁷. A seguito della liberalizzazione, le attività esercitate in questi settori sono pacificamente imputabili agli operatori economici che le svolgono, non essendo più configurabile una titolarità pubblica in relazione ad attività liberalizzate. Tuttavia, l'estrema rilevanza di queste attività per i bisogni della collettività ne ha determinato la soggezione a specifici obblighi di servizio, volti a garantire che le prestazioni siano espletate nel rispetto dei principi di non discriminazione, universalità, accessibilità, ossia secondo quegli stessi canoni che, come si è visto, caratterizzano in generale la nozione di servizio pubblico⁸. Tali obblighi di servizio, imposti dalla legge e/o in via amministrativa, differenziano il regime giuridico di queste attività da quello delle ordinarie attività economiche, pur mantenendosi la titolarità dell'attività in capo al soggetto privato che la esercita. Si è posta così la questione, oggetto di un ampio dibattito, se queste attività possano essere inquadrate nella nozione di servizio pubblico, magari attraverso una rivalorizzazione della concezione oggettiva, o se, invece, debbano essere considerate delle ordinarie attività economiche pur se destinatarie di una specifica regolazione a cui gli altri operatori sono

interesse generale, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2006, 786.

⁷ Sul processo di liberalizzazione dei servizi pubblici, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001, 237 ss.; Id., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005, 33 ss.; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, 186 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 235 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002, 49 ss.; per un approfondimento generale, S. CASSESE, a cura di, *La nuova costituzione economica*, Sesta edizione riveduta e aggiornata, Bari 2021.

⁸ Per un inquadramento della nozione di obblighi di servizio pubblico, A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano 2001; A. TRAVI, *Produzione e vendita di energia elettrica e gas e obblighi di servizio pubblico*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. DE FOCATIIS - A. MAESTRONI, Milano 2011, 13 ss.; con specifico riferimento agli obblighi di servizio universale, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano 2002; Id., *Servizio universale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 1057.

sottratti⁹. Probabilmente, la questione può essere superata osservando che, a prescindere dai profili legati all'imputabilità dell'attività, il discrimine tra un'ordinaria attività economica e un'attività di servizio pubblico resta pur sempre nell'intensità e nella tipologia della regolazione. Al cospetto di una regolazione che, attraverso l'imposizione di obblighi di servizio, funzionalizza l'attività garantendo che le prestazioni si svolgano secondo canoni di universalità, non discriminazione e accessibilità, non sembra ci siano ostacoli a ricondurre, sia pur con i dovuti adattamenti, le attività in esame alla nozione generale di servizio pubblico¹⁰. Del resto, per la nozione eurounitaria di servizio d'interesse (economico) generale è indifferente la natura del soggetto agente e il regime d'imputabilità dell'attività, ma è decisivo che l'attività sia funzionalizzata all'interesse generale attraverso l'imposizione di obblighi di servizio da parte degli Stati membri¹¹.

Si può così concludere che, anche in un contesto di liberalizzazione dei servizi nazionali, la nozione di servizio pubblico identifichi le attività

⁹ Ritene, ad esempio, che la regolazione non abbia nulla a che fare con il servizio pubblico, F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna 2002, 65; per una diversa prospettiva, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 423; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit., 278, secondo cui anche la regolazione economica può "tendere a garantire prestazioni che, per un qualsiasi motivo anche legato alla tipologia del mercato (o comunque al grado di effettiva apertura che ha raggiunto), esso non potrebbe offrire per come il pubblico potere richiede che siano offerte". Secondo questa prospettiva, anche la regolazione economica, e non solo quella sociale, può determinare la qualificazione in termini di servizio pubblico o di pubblica utilità dell'attività che ne è oggetto; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 165 ss., ritiene che la fattispecie del servizio di pubblica utilità ricorra quando l'attività economica sia gravata non solo dalla regolazione in senso debole (economica) ma anche dalla regolazione in senso forte (sociale) attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico; in argomento, si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2012, 124 ss.; Id., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 956 ss; sui rapporti tra concorrenza e regolazione, F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010, 149 ss.; in generale, sulle varie tipologie di regolazione, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992, 430 ss.

¹⁰ Per approfondimenti sul tema, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 283 ss.

¹¹ Sui servizi di interesse economico generale, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 747 ss.; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano 2008; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino 2018; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 2020, 53 ss.; P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 3/2020, 531 ss.; cfr. Prot. 26 sui "Servizi di interesse generale" allegato al TUE e al Tfue, nonché l'art. 14 del Tfue.

preordinate a soddisfare bisogni generali a condizioni che di norma il mercato non è in grado di assicurare. A conferma di tale impostazione depone la definizione attualmente recata nel d.lgs. n. 175 del 2016 che, nel solco del diritto eurounitario, riconduce alla nozione di servizi d'interesse generale *“le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”*¹².

3. La specificità dei servizi pubblici locali

In ambito locale la vicenda dei servizi pubblici assume contorni peculiari¹³.

A differenza dei grandi servizi nazionali, il sistema dei servizi pubblici locali non si è mai caratterizzato per un generalizzato regime di riserva preclusivo dell'esercizio sul mercato delle attività oggetto del servizio. Vero è che la legge Giolitti del 1903¹⁴ e il Testo unico del 1925¹⁵ contemplavano

¹² Art. 2, lettera h, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 su cui v. M. ALLENA - P. GIUGLIANO, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano 2018, 113 ss.

¹³ Sul sistema dei servizi pubblici locali, così come delineato prima del d.lgs. n. 201 del 2022, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a R. CAVALLO PERIN, *Comune e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli 1993; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino 2007; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano 2005; S. MANGIAMELI, a cura di, *I servizi pubblici locali*, Torino 2008; G. CORSO, *I servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quadrim. pubbl. serv.*, 2002, 7 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 629 sss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano 2003, tomo III, 2581 ss.; Id., *Servizi pubblici locali*, cit., 1086 ss; Id., *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 3/2020, 511 ss.

¹⁴ L. 29 marzo 1903 n. 103 “Sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni”.

¹⁵ R.d. 15 ottobre 1925 n. 2578 “Approvazione del testo unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province”; l’articolo 1 del R.d. del 1925, così come l’articolo 1 della l. n. 103 del 1903, prevedevano che la “costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione” e la “costruzione ed esercizio di mercati pubblici” potessero essere assunti “anche con diritto di privativa”; per approfondimenti su tale disciplina, M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare*

la possibilità per i Comuni di assumere determinati servizi in privativa, ma, al di là di questa evenienza e ferme restando apposite previsioni normative, nulla vietava in astratto che le attività assunte come servizio fossero esercitate anche da soggetti privati. Successivamente, la legge n. 142 del 1990 e il d.lgs. n. 267 del 2000 hanno previsto che “*i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge*”, confermando che, in assenza di una disposizione di legge, l'attività oggetto del servizio pubblico non è soggetta ad esclusiva¹⁶.

Tuttavia, l'assenza di un regime generalizzato di esclusiva non ha impedito e non impedisce che, talvolta, i servizi pubblici assunti dai Comuni possano dare luogo a dei monopoli di fatto. Una peculiare strutturazione del mercato o il limitato ambito territoriale potrebbero, infatti, rendere impossibile o poco conveniente esercitare quella stessa attività che il Comune abbia assunto come servizio pubblico. Ugualmente, l'attribuzione al solo gestore del servizio dei titoli d'accesso ai beni demaniali strumentali all'espletamento delle prestazioni potrebbe di fatto impedire ad altri operatori di svolgere un'analogha attività¹⁷.

Pertanto, la modalità per promuovere la concorrenza in mercati formalmente aperti, ma che di fatto potrebbero chiudersi a causa dell'istituzione del servizio, va principalmente individuata in una tipologia di affidamento che garantisca a monte quel confronto competitivo che a valle il concreto esercizio del servizio potrebbe vanificare. Di qui, come dimostra la maggior parte degli interventi normativi succedutisi nella materia dei servizi pubblici locali, la propensione del nostro ordinamento a privilegiare la gara pubblica tra le modalità di affidamento del servizio, secondo il modello della concorrenza per il mercato¹⁸.

L'altra peculiarità della dimensione locale riguarda le attività che possono formare oggetto dei servizi pubblici. A parte i servizi che devono essere

riguardo alle aziende, in *Riv. amm. rep. it.*, 1953, anche in Id., *Scritti*, volume III, Milano 2003, 743 ss.

¹⁶ Così articolo 22, co.2, l. 8 giugno 1990 n. 142 e art. 112, co.2, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

¹⁷ Su questa specifica ipotesi e sull'argomento in generale, G. FONDERICO, *Limitazione nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Milano 2023, spec. 208 e 225; Id., *Il Comune regolatore. Le privative e i diritti speciali nei servizi pubblici locali*, Pisa 2012.

¹⁸ Sulle varie riforme che hanno interessato i servizi pubblici locali (dalla l. 28 dicembre 2001 n. 448 al d.l. 25 giugno 2008 n. 112 e sviluppi successivi), E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 645 ss.

obbligatoriamente garantiti¹⁹, gli enti locali possono discrezionalmente decidere quali servizi assumere per soddisfare i bisogni delle rispettive comunità²⁰. Il non più vigente articolo 112, co.1, del d.lgs. n. 267 del 2000 prevedeva al riguardo che “*gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. Si tratta di una disposizione alquanto generica che attribuiva agli enti locali un’ampia discrezionalità nell’istituzione dei servizi pubblici²¹, ma che la giurisprudenza ha sempre giustificato richiamando l’autonomia degli enti nell’individuazione dei bisogni da soddisfare²². Attualmente, il d.lgs. n. 201 del 2022 reca una

¹⁹ Ci si riferisce, ad esempio, al servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani (art. 198 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), nonché al servizio idrico (art. 142 d.lgs. n. 152/2006, cit.).

²⁰ La legge Giolitti del 1903 e il testo unico del 1925 elencavano espressamente le attività suscettibili di essere assunte dagli enti locali come servizi pubblici, sebbene l’elenco fosse inteso come meramente indicativo.

²¹ Sulla discrezionalità riconosciuta agli enti locali nell’istituzione di servizi pubblici non obbligatori, A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell’assunzione del servizio pubblico da parte dell’ente locale*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 193, che sottolinea che “l’ambito in cui la discrezionalità dell’Amministrazione locale in materia di servizi risulta maggiore è quello nel quale il legislatore, fissati soltanto alcuni principi, non individua a priori il pubblico servizio, ma lascia che sia l’ente a determinare quali attività, in ragione delle loro caratteristiche debbano essere qualificate come tali”; A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 77; ID., *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. amm.*, 1/2007, 79 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 41; G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, Napoli 2018.

²² Cons. St., Sez. V, 13 dicembre 2006 n. 7369: “la genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose. Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell’ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività”. È il caso di sottolineare che la mancata tipizzazione delle attività suscettibili di essere assunte come servizi pubblici non ha sollevato particolari criticità rispetto al principio di legalità, essendosi l’attenzione maggiormente concentrata sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali (G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 86, il quale osserva che “si assiste ad una generale tendenza ad abbandonare la via della tipizzazione delle attività costituenti servizi pubblici”, precisando che “il principio di tipicità ha perso rilevanza nei confronti della qualificazione delle attività come servizi pubblici locali”).

disciplina più strutturata dell'istituzione dei servizi pubblici facoltativi, gravando gli enti di alcuni oneri procedimentali che, almeno nelle intenzioni, dovrebbero limitare la discrezionalità dell'ente e tutelare i principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale. Al contempo, reca una previsione analoga a quella già contenuta nel citato d.lgs. n. 175 del 2016, che definisce i “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, alternativamente indicati con l'espressione “*servizi d'interesse economico di livello locale*”, come i “*servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”. Si conferma così che, anche a livello locale, la nozione di servizio pubblico si caratterizza per un grado di soddisfazione dei bisogni che il mercato non è in grado di assicurare e che solo l'intervento pubblico può garantire²³.

Occorre adesso soffermarsi più a fondo sulla disciplina recata nel d.lgs. n. 201 del 2022, a partire dalle previsioni che regolano l'istituzione dei servizi facoltativi.

4. Concorrenza e istituzione del servizio

L'articolo 10, co. 4, del d.lgs. n. 201 del 2022 prevede che “*i servizi di cui al comma 3 sono istituiti in esito ad apposita istruttoria, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali*”²⁴. L'istituzione di un servizio facoltativo

²³ Sulla regolazione pubblica dei servizi pubblici locali, anche con riferimento ai servizi a rete, S. LUCATTINI, *La regolazione dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino 2023, 27 ss.

²⁴ Sulla disciplina di cui al d.lgs. n. 201 del 2022, R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit.; R. VILLATA, a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit.; G. VERCILLO, a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Napoli 2023; G. CAIA, M. CALCAGNILE, E. CARLONI, F. FIGORILLI, P. PRINCIPATO, D. SIMEOLI, *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Napoli 2023.

è, dunque, condizionata dall'inidoneità del mercato a soddisfare i bisogni, con la conseguenza che, come si è ormai soliti affermare, il servizio sarebbe legittimamente istituito soltanto nelle ipotesi di "fallimento" del mercato²⁵.

I primi commenti hanno rilevato che la complessiva disciplina procedimentale, e in particolare la previsione di un'apposita istruttoria, verrebbero opportunamente a limitare la discrezionalità politico-amministrativa dell'ente nella scelta di istituire i servizi pubblici²⁶, restringendo i più ampi margini della precedente normativa che, come si è già sottolineato, si limitava genericamente a prevedere che "*gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*"²⁷.

In quest'ottica, come anche sembra evincersi da altre disposizioni del decreto²⁸, la limitazione della discrezionalità sarebbe funzionale alla tutela della concorrenza, in quanto preserverebbe i mercati "idonei" da qualsiasi possibile alterazione derivante dall'istituzione del servizio pubblico²⁹. Come, infatti, si è già anticipato, pur in assenza di esclusiva, l'istituzione del servizio potrebbe creare pregiudizio agli altri operatori economici, quando per varie ragioni le relative modalità di esecuzione impediscano o rendano più difficile l'esercizio di quella stessa attività.

²⁵ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 1088.

²⁶ In questa prospettiva, A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., spec. 176 e 180, il quale sottolinea come il legislatore abbia "sottoposto la (tradizionalmente ampia) discrezionalità politico-amministrativa degli enti locali ad una serie di limiti sostanziali e procedurali, al fine di conferire maggiore razionalità alle scelte concernenti l'istituzione e l'organizzazione dei servizi pubblici"; F. FIGORILLI, *Istituzione e affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: una nuova forma di discrezionalità?*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 192, il quale, a proposito dell'istruttoria prevista dall'articolo 10, evidenzia come la via che si è voluto intraprendere sia quella di un robusto ridimensionamento dei margini discrezionali a disposizione dell'amministrazione procedente".

²⁷ Così articolo 112, co.1, d.lgs. n. 267 del 2000.

²⁸ Nel prevedere che "l'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale rispondono a principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini (...)", l'art. 3 del d.lgs. n. 201 del 2022 prefigura una diretta rilevanza del principio di concorrenza anche nella fase di istituzione del servizio.

²⁹ La verifica d'inidoneità prevista dalla norma riguarda, in realtà, anche i "cittadini, singoli e associati" (il profilo verrà trattato specificamente più avanti a proposito del principio di sussidiarietà orizzontale).

È bene evidenziare che il diritto dell'Unione europea offre una precisa nozione di concorrenza identificabile nelle regole di condotta che le imprese e lo Stato sono tenute a rispettare quando agiscono sul mercato³⁰. Ciò nonostante, non sempre vi è chiarezza su cosa debba effettivamente intendersi per concorrenza, anche perché la nostra Costituzione non chiarisce il significato della nozione, limitandosi a sancire all'articolo 41 la libertà di iniziativa economica³¹. La nozione di concorrenza può così assumere diverse accezioni: un'accezione che si identifica nelle regole sui comportamenti da rispettare nel mercato³²; un'accezione incentrata sulla libertà di accedere al mercato e svolgere le attività economiche senza restrizioni che non siano quelle previste dall'articolo 41 Cost³³; un'ulteriore accezione che, come anche recentemente evidenziato dalla Corte costituzionale, inquadra la concorrenza nelle regole che garantiscono il confronto competitivo tra le imprese in vista dell'affidamento degli appalti e dei servizi pubblici³⁴. Le accezioni che più interessano la scelta

³⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, 15 ss.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.;

³¹ L'assenza di un esplicito riferimento alla concorrenza ha ingenerato a suo tempo un ampio dibattito sull'effettiva rilevanza della concorrenza in ambito costituzionale; in tema, si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., *La Costituzione economica – Atti del Convegno Ferrara*, 11-12 ottobre 1991, Padova 1997, e, in particolare, all'intervento di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, *ivi*, cit., pp. 7 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 2001, 93 ss.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. e soc.*, 4/2011, 636 ss.; M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 315; né l'esatto significato della concorrenza può trarsi dalla lettera e) dell'articolo 117 che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la "tutela della concorrenza", dal momento che la concorrenza è soltanto richiamata dalla norma per delimitare la competenza senza alcuna esplicazione del concetto.

³² Tra le varie questioni di cui si è occupata la dottrina con riferimento alla disciplina antitrust, vi è anche quella relativa all'individuazione dei caratteri di una funzione amministrativa volta a reprimere gli illeciti concorrenziali, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998.

³³ Sulla concorrenza e le relative questioni definitorie, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 191 ss.

³⁴ Cfr., ad esempio, Corte cost., 17 novembre 2010 n. 325, che, a proposito delle restrizioni all'affidamento *in house* previste dall'art. 23 bis d.l. n. 112 del 2008, ha rilevato che le suddette restrizioni «si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica»; per una critica della giurisprudenza costituzionale che inquadra la regola della procedura di gara in una regola di concorrenza, F. TRIMARCHI BANFI, *Il*

sull'istituzione del servizio sono le prime due, considerato che l'eventuale istituzione del servizio potrebbe incidere sulla libera iniziativa economica degli altri operatori o comunque alterare l'ordinario assetto del mercato. L'altra accezione, come si vedrà, riguarda più specificamente la scelta sulle forme di gestione.

Con queste precisazioni, si può più agevolmente esaminare se la disciplina procedimentale prevista dal d.lgs. n. 201 del 2022 impatti realmente sulla discrezionalità amministrativa a tutela del principio di concorrenza.

Va subito evidenziato che, nel contesto dei servizi pubblici, l'adeguatezza delle prestazioni offerte sul mercato non deve misurarsi in base alla loro capacità di soddisfare i bisogni, ma in base a quella di soddisfare i bisogni alle specifiche condizioni richieste ad un'attività di servizio pubblico. Tali condizioni sono differenti in termini di "*accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*" da quelle offerte sul mercato e, come attualmente precisato dal decreto, possono essere garantite solo da un apposito intervento pubblico³⁵. In altri termini, l'idoneità o inidoneità delle prestazioni offerte sul mercato non è misurabile in base agli stessi parametri utilizzati per valutare l'efficienza o inefficienza del mercato, ma secondo le condizioni indicate nella disciplina positiva alle

principio di concorrenza: proprietà e fondamento, cit., 41 ss.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, cit., 736 ss.; F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, II, Milano 2019, 953, rileva che le previsioni in materia di gare pubbliche sono principalmente dirette a garantire i principi di buon andamento e imparzialità: "la garanzia della libertà di concorrenza e di mercato rimane pur sempre un mezzo rispetto al fine ultimo che deve essere perseguito da una pubblica amministrazione, che è quello di garantire il rispetto del principio di buon andamento e imparzialità nella cura dell'interesse pubblico (art. 97 Cost.), ormai riconosciuto anche in ambito comunitario come diritto di una buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)"; si veda anche la posizione di M. CALABRÒ – A.G. PIETROSANTI, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, cit., 218, i quali, con specifico riferimento al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, evidenziano come esso, da un lato, sia "espressione della prima (concorrenza ai sensi del diritto nazionale), nella misura in cui è volto a garantire la soddisfazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; dall'altro lato, e nel contempo, esso è strumento delle «regole europee della concorrenza», poste a presidio non dell'imparzialità della p.a., bensì del corretto ed efficace funzionamento del mercato".

³⁵ Così art. 2, lettera d), d.lgs. n. 201/2022, cit.

quali l'ente locale, in esito ad un suo preciso apprezzamento, ritenga debbano essere soddisfatti i bisogni³⁶. Conseguentemente, una volta che l'ente locale abbia deciso di soddisfare i bisogni alle condizioni del servizio pubblico, il giudizio sul mercato non potrà che essere di inidoneità (o lo sarà molto probabilmente), perché difficilmente si troveranno imprese che liberamente decidono di esercitare le proprie attività in base a criteri estranei alla logica imprenditoriale. L'istruttoria avrà, pertanto, un esito quasi sempre scontato tutte le volte che a monte l'ente locale abbia ritenuto che determinati bisogni vadano garantiti a condizioni differenti da quelle di mercato "*in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*"³⁷.

In questa prospettiva l'istruttoria in esame non sembra poter realmente incidere sulla discrezionalità amministrativa né costituire un diretto presidio del principio di concorrenza. Se mercato e intervento pubblico non sono fungibili, ovvero se le condizioni offerte dal mercato non possono per definizione garantire le condizioni qualificanti la nozione di servizio pubblico, la decisione se istituire o meno un servizio non può essere condizionata dall'assenza o dalla presenza di un mercato, per quanto efficiente e funzionante³⁸. Non è, pertanto, un *favor* per il mercato o per

³⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, cit., 956, distingue tra "inadeguatezza del mercato dovuta a cattivo funzionamento" ed "inadeguatezza in relazione ad obiettivi che sono estranei alla logica del mercato". A tale distinzione l'A. fa discendere un'analoga distinzione "nell'ambito delle misure che vengono genericamente ascritte alla categoria della regolazione", precisando che la regolazione atterrebbe "propriamente al cattivo funzionamento del mercato", ma "non alla provvista di prestazioni che un mercato, anche se efficiente, non può fornire o non può fornire alle condizioni ritenute adeguate all'interesse generale come apprezzato attraverso il processo politico". Al di là se la regolazione possa sempre ritenersi estranea alla provvista di prestazioni che il mercato non può fornire, l'assunto di fondo conferma che l'inadeguatezza del mercato evocata dall'articolo 10 non si misura con gli ordinari parametri utilizzati per misurare il cattivo funzionamento del mercato.

³⁷ M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000, 115, sottolinea che, nel caso dei servizi pubblici "tutto si misura in vista del raggiungimento dello scopo, sicché il fallimento del mercato finisce per identificarsi col mancato assolvimento del servizio, quale che sia la ragione che lo abbia causato". L'affermazione sembra in linea con la conclusione qui sostenuta per cui, se il parametro di riferimento è la soddisfazione dei bisogni a condizioni che il mercato non può oggettivamente soddisfare, l'istruttoria prevista dall'articolo 10 è destinata ad avere un esito scontato perché quasi sempre accerterà l'inidoneità del mercato.

³⁸ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 653 evidenzia che se "alla base della scelta di istituire un servizio pubblico, vi è infatti sempre la considerazione della non adeguatezza dell'iniziativa privata", è "chiaro però che l'ente locale deve poter definire autonomamente i livelli minimi delle prestazioni sulla cui base valutare poi la sufficienza del mercato,

la concorrenza a precludere l'istituzione del servizio, ma la valutazione di non voler assicurare a quel bisogno il grado di soddisfazione che soltanto l'intervento pubblico può garantire³⁹. Si torna così all'assunto generale che la scelta di come soddisfare il bisogno, se alle condizioni del servizio pubblico o alle condizioni di mercato, resta affidata ad una valutazione discrezionale calibrata sulla coesione sociale e l'omogeneità di sviluppo che, in un dato momento storico, l'ente intende garantire alla propria collettività⁴⁰. Questa decisione deve, ovviamente, rispettare gli ordinari canoni di proporzionalità e ragionevolezza⁴¹, rivelandosi effettivamente strumentale alla soddisfazione dell'interesse generale, così da giustificare eventuali alterazioni del mercato, ma il diretto parametro per sindacarne la legittimità non è individuabile nel principio di concorrenza⁴². Ciò trova

anche solo in relazione alla garanzia di continuità del servizio". M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., 115, ritiene che la "questione del fallimento dovrebbe invece essere successiva a quella della qualificazione: un servizio è infatti doveroso, indipendentemente dal fatto che il mercato riesca a soddisfarlo ovvero occorra ricorrere ad altri strumenti".

³⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.* 2020, 24, osserva che la decisione di assumere servizi pubblici a condizioni non sostenibili per il comune operatore economico non è "una deroga (eccezionale) al regime di concorrenza, poiché è attuazione (ordinaria) delle politiche sociali prescritte dall'art. 3, co.2 della Costituzione"; S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, privative, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus*, 2/2022, 321.

⁴⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 24, evidenzia che "la provvista pubblica di servizi a condizioni non sostenibili per il comune operatore economico non segue al fallimento dei mercati, bensì al giudizio politico sui bisogni che devono essere soddisfatti e che non è compito dei mercati soddisfare"; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., 472, evidenzia come la valutazione sulla istituzione di un servizio pubblico "abbia, "in tutta evidenza, carattere essenzialmente politico". Merita segnalare che, nell'attuale contesto normativo, una riflessione sulla concorrenza deve anche misurarsi con il principio del risultato che, ai sensi dell'articolo 1 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, "costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" e che, come anche si legge nella relazione illustrativa della Commissione speciale del Consiglio di Stato istituita per la redazione del progetto di codice dei contratti pubblici, deve essere inteso come "fine" rispetto alla concorrenza intesa come "metodo", secondo un nesso in cui la concorrenza è in funzione del risultato (sul principio di risultato, M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, cit., 11 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 1/2023, 5 ss.).

⁴¹ A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, cit, 193.

⁴² S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, privative, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 317, evidenzia che i margini

conferma anche nel diritto dell'Unione europea, laddove l'istituzione di servizi d'interesse economico generale è rimessa ad un apprezzamento degli Stati membri sindacabile per errore manifesto, quando non sia riscontrabile un'effettiva funzionalizzazione della decisione all'interesse generale⁴³.

Beninteso, ciò non significa che l'istruttoria non debba essere effettuata o che il suo svolgimento sia inutile. Se anche può rivelarsi scontato che le imprese operanti sul mercato siano inidonee a garantire le condizioni del servizio pubblico, gli esiti dell'istruttoria consentono pur sempre di conoscere come il mercato soddisferebbe quei bisogni, apportando un elemento conoscitivo da tenere in considerazione che, però, come meglio si dirà, assume uno specifico e maggior rilievo nella successiva scelta sulle modalità di gestione.

5. Segue. *Istituzione del servizio e attribuzione di diritti esclusivi*

Che la concorrenza abbia una scarsa rilevanza nella fase istitutiva del servizio dipende anche dal fatto che di norma l'istituzione del servizio non implica la creazione di una riserva tale da precludere agli operatori privati di esercitare sul mercato la stessa attività assunta come servizio pubblico⁴⁴. L'espressione riserva viene qui utilizzata nel suo significato più tecnico di riservare una determinata attività ad un solo soggetto e di precluderne l'esercizio agli altri. La precisazione non è inutile perché, talvolta, con la

del sindacato giurisdizionale sulla scelta di assumere la titolarità del servizio pubblico "dovrebbero essere limitati nei termini della sola irragionevolezza"; A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, cit., 202, rileva che le esigenze della concorrenza vanno comunque considerate nell'ambito di una valutazione improntata a criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

⁴³ Per riferimenti giurisprudenziali, C. FRATEA, art 106 TFUE, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR - M.C. BARUFFI, Padova 2014, 841 ss.; cfr. Prot. 26 sui "Servizi di interesse generale" allegato al TUE e al Tfue, secondo cui i "valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti (...) il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti (...)".

⁴⁴ Su questi aspetti, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 309 ss.

stessa espressione si vuole intendere che l'esercizio del servizio pubblico sia "riservato" ad un solo soggetto con esclusione degli altri operatori economici⁴⁵, i quali possono liberamente esercitare la stessa attività al di fuori del servizio pubblico. In quest'ultima accezione l'espressione perde molto della sua efficacia qualificante, perché di fatto si limita a descrivere il fenomeno ordinario per cui il servizio pubblico è di norma "riservato" ad un solo soggetto. Oltre ad essere più tecnica e qualificante, la prima accezione sembra anche quella recepita dal d.lgs. n. 201 del 2022 che, all'articolo 2, definisce il diritto esclusivo come quel diritto che ha "*l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività in un ambito determinato*"⁴⁶.

Ad ogni modo, il momento in cui si decide la riserva non coincide con quello in cui si istituisce il servizio. Così si desume dall'articolo 13 del decreto che, nel disciplinare l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, la ammette "*solo se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà di impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica*", confermando che la decisione di attribuire un diritto esclusivo è distinta da quella di istituire il servizio⁴⁷. Ne consegue che, in assenza dell'attribuzione di un diritto esclusivo, l'istituzione del servizio non preclude ad altri operatori economici di svolgere sul mercato la stessa attività materiale espletata dal gestore del servizio. Ciò accade, ad esempio, quando all'istituzione del servizio segua la decisione di imporre obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori già presenti sul mercato. In questi casi, gli obblighi di servizio sono assolti da uno o più degli operatori di mercato, mentre gli altri continuano ad esercitare quella stessa attività al di fuori del servizio pubblico⁴⁸. Ma può anche accadere quando il servizio sia gestito da una società *in house* o da un'impresa selezionata in esito a gara pubblica. Anche in queste ipotesi, in assenza di una riserva, l'esecuzione del servizio può convivere con l'esercizio di quella stessa attività da parte delle imprese che operano a condizioni di mercato.

⁴⁵ M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: i servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, cit., 3, evidenza, a proposito dell'istituzione dei servizi pubblici locali, che le "motivazioni sociali impongono l'esclusività della gestione sicché la competizione e la libertà di iniziativa privata arretrano".

⁴⁶ F. PILEGGI, *Definizioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 77 ss.

⁴⁷ Sulla disciplina posta dall'articolo 13 del d.lgs. n. 201 del 2022, G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi*, cit., 205 ss.

⁴⁸ Cfr. art. 12 del d.lgs. n. 201 del 2022 "Obblighi di servizio pubblico per gli operatori di mercato".

Ciò che, pertanto, può significativamente alterare la concorrenza non è tanto l'istituzione del servizio quanto l'eventuale decisione di attribuire al gestore di quel servizio un diritto di esclusiva⁴⁹. Resta inteso che il diritto dell'Unione europea, come anche ribadito dal citato articolo 13, riconosce pacificamente la possibilità di attribuire un diritto di esclusiva alle imprese incaricate di servizi d'interesse economico generale, a condizione che ciò sia strettamente necessario per garantire l'adempimento della specifica funzione loro attribuita. Pertanto, così come la decisione di istituire il servizio, anche la decisione di attribuire un diritto di esclusiva si giustifica per la sua stretta funzionalità all'interesse generale, in base a criteri di proporzionalità e ragionevolezza⁵⁰.

6. Concorrenza e gestione del servizio

Il principio di concorrenza assume maggiore rilevanza nella fase di gestione del servizio. Una volta istituito il servizio, l'ente locale può decidere la forma di gestione più appropriata tra quelle previste dall'articolo 14 del d.lgs. n. 201 del 2022, quali l'affidamento a terzi mediante procedura ad

⁴⁹ L'attuale definizione di diritto esclusivo recata nel d.lgs. n. 201 del 2022 prevede che tale diritto possa essere concesso, oltre che con legge, anche mediante "disposizione amministrativa". Pur volendo ritenere che la previsione soddisfi la competenza legislativa (esclusiva) statale in materia di concorrenza, occorre verificare se la possibilità di attribuire un diritto esclusivo in via amministrativa rispetti anche la riserva di legge imposta dall'articolo 43 Cost. È vero che la norma del decreto sancisce le modalità procedurali che devono essere seguite dall'ente locale, ma la costituzione del diritto avverrebbe pur sempre mediante una decisione amministrativa riferibile a qualsiasi servizio, senza alcuna predeterminazione legislativa che astrattamente individui le attività suscettibili di riserva; al riguardo, seppure con riferimento ad una diversa e anteriore disciplina, G. CORSO, *I servizi pubblici locali*, cit., 8, evidenzia che "l'art. 43 Cost. sottopone a riserva di legge l'assunzione diretta dei servizi pubblici essenziali da parte dello Stato o degli enti pubblici. Contrasta con questo schema la formula dell'articolo 1 del R.D. n. 2578/1925 che rimette la decisione al singolo comune (artt. 1 e 10 ss.)"; si veda anche E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 653.

⁵⁰ Cfr. Corte di giustizia Ue, 19 maggio 1993, C – 320/91, *Courbeau* che, a proposito dell'articolo 106, co. 2. precisa che "quest' ultima disposizione consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l' applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l' esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l' adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi".

evidenza pubblica, l'affidamento a società mista, l'affidamento a società *in house*, la gestione in economia o mediante aziende speciali per i servizi diversi da quelli a rete⁵¹. Stranamente il decreto non include tra le forme di gestione l'imposizione degli obblighi di servizio pubblico a carico degli operatori già attivi sul mercato, nonostante tale imposizione sia una scelta conseguente a quella di istituire il servizio pubblico e riveli una modalità attraverso cui assicurarne l'espletamento⁵².

Gli affidamenti a terzi e a società miste consentono agli operatori interessati di partecipare alle relative gare pubbliche, garantendo una forma di concorrenza interna alla procedura che si manifesta attraverso la presentazione e valutazione delle diverse offerte. In assenza di un diritto di esclusiva, il soggetto selezionato sarà l'unico ad esercitare il servizio pubblico, ma altri operatori potranno liberamente svolgere la stessa attività alle condizioni di mercato. Viceversa, l'eventuale attribuzione di un diritto di esclusiva consentirà al soggetto selezionato di essere l'unico a poter svolgere il servizio pubblico e l'unico a poter svolgere l'attività materiale

⁵¹ L'articolo 14 prevede che, ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, "l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati"; per approfondimenti, M. CLARICH – A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 228 ss.; G. CAIA, *La disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 89 ss.; S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, cit., 71 ss.

⁵² L'articolo 12 rubricato "Obblighi di servizio pubblico per gli operatori di mercato" è, infatti, collocato nel Capo I del d.lgs. n. 201 del 2022 dedicato alla "istituzione del servizio pubblico locale". Probabilmente, la mancata inclusione della norma nel capo appositamente dedicato alle forme di gestione deriva dalla circostanza che l'imposizione degli obblighi di servizio pubblico non implica un affidamento del servizio in senso proprio, ma, come è stato evidenziato, "si limita a condizionare gli operatori abilitati al rispetto di determinati obblighi" (G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico per gli operatori su mercato*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 197). La scelta di collocarla al di fuori delle forme di gestione resta in ogni caso poco comprensibile, in quanto il condizionamento determinato dall'imposizione degli obblighi di servizio pubblico è pur sempre preordinato a realizzare l'interesse generale secondo il "programma" predisposto dall'ente locale.

che ne forma oggetto. Sebbene il decreto non la inquadri tra le modalità di gestione, l'imposizione di obblighi di servizio alle imprese operanti sul mercato non crea di norma alterazioni della concorrenza in quanto gli operatori non gravati dagli obblighi possono continuare liberamente a svolgere l'attività, mentre gli operatori che ne sono gravati possono essere sostenuti con meccanismi compensativi che preservano la gestione efficiente dell'attività.

Più problematica per la concorrenza è l'opzione per l'affidamento *in house*, in quanto implica un affidamento diretto del servizio senza che sia svolta una gara per individuarne il gestore⁵³. Per tale ragione, l'articolo 17 del decreto stabilisce che la relativa decisione debba essere assistita da una motivazione particolarmente stringente che dia conto delle “ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini un'efficiente gestione del servizio” e dei benefici che questa forma di gestione garantisce alla collettività in termini di qualità, accessibilità, impatto sulla finanza pubblica e obiettivi di socialità⁵⁴. La previsione di una motivazione rinforzata serve ad evitare

⁵³ Sull'affidamento *in house*, E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico – privato*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 915 ss.; R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1/2006, 51 ss.; R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa* (Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014), a cura di P.L. PORTALURI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014, 23 ss.; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, Napoli 2012; A. ROMANO TASSONE, *La società in «in house» dall'«eccezionale eccezionalità» all'«anomala normalità»*, in *Dir.e proc.amm.*, 2/2014, 397 ss.; F. FRACCHIA-S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in *Le società in house*, a cura di M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, Napoli 2020, 5 ss.; M. PIZZI, *Affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, diretto da M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS, Milano 2019, 747 ss.; E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Il governo dell'economia e la comunicazione pubblica ai tempi del Covid-19. La prospettiva giuridica*, a cura di A. RIVIEZZO - R. BORELLO, Roma 2022, 78 ss., anche in *Giustizia Insieme*, 13 agosto 2021; con specifico riferimento all'articolo 18 del d.lgs. n. 201 del 2022, F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, cit., 269 ss.; G. FARES – V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 284 ss.

⁵⁴ Bisogna, tuttavia, precisare che la necessità di una motivazione rafforzata non è imposta dal diritto dell'Unione europea, il quale ammette l'affidamento diretto a condizione che l'affidatario si configuri come mera articolazione interna dell'amministrazione, secondo i requisiti dell'*in house* a suo tempo individuati dalla giurisprudenza e successivamente

che l'affidamento *in house* venga impropriamente utilizzato per eludere il principio della gara pubblica e che, invece, vi si possa ricorrere solo nelle ipotesi eccezionali in cui sia impossibile o comunque non conveniente rivolgersi al mercato⁵⁵. La necessità di motivare sulle “ragioni del mancato ricorso al mercato” implica di verificare se esistano sul mercato degli operatori economici che possano gestire il servizio alle condizioni e secondo il programma imposto dall'ente locale. Se la verifica è positiva l'affidamento *in house* dovrà di norma cedere il posto ad altre forme di gestione idonee a garantire il confronto competitivo nell'ambito di una procedura di gara. È bene sottolineare che questa verifica è diversa da quella prevista per la fase istitutiva del servizio su cui ci siamo soffermati in precedenza, anche per la semplice ragione che, a differenza dell'altra, si svolge in un momento in cui l'assunzione del servizio è stata già deliberata. Più esattamente, la verifica in esame è preordinata ad accertare se il mercato, con l'ausilio dell'intervento pubblico, sia potenzialmente capace di soddisfare i bisogni della collettività di riferimento secondo canoni di doverosità, non discriminazione, accessibilità, e continuità; invece, la verifica prevista dall'articolo 10 è strumentale a rilevare se il mercato sia idoneo a soddisfare i bisogni secondo quegli stessi canoni, anche in assenza di un intervento

codificati nel diritto positivo. Nell'ottica del diritto eurounitario, l'affidamento *in house* non pregiudica né i principi di parità di trattamento e non discriminazione, né le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, poichè l'espletamento del servizio rimane un fatto interno all'amministrazione che non coinvolge gli operatori economici presenti sul mercato (Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH; Corte di giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA). Solo nelle ipotesi in cui l'amministrazione decida di rivolgersi al mercato per selezionare l'esecutore del servizio, il diritto europeo impone l'espletamento di una procedura di gara, a tutela dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, nonché delle libertà di stabilimento e prestazione dei servizi. La previsione di una motivazione rafforzata rappresenta, dunque, una precisa scelta del nostro ordinamento, che peraltro la stessa Corte di giustizia, sia pur con riferimento al pregresso contesto normativo, ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione europea e, segnatamente, con la libertà organizzativa degli Stati membri nell'organizzazione dei loro servizi, escludendo in particolare che un così rigido onere motivazionale possa comprimere la libertà riconosciuta agli Stati membri in ordine all'organizzazione dei propri servizi (Corte di giustizia UE, Sez. IX, 6 febbraio 2020 n. C-89/19 a C-91/19, in *Urb. app.*, 3/2020, con nota di C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti in house*, 354 ss.).

⁵⁵ In quest'ottica, come recentemente evidenziato dalla Corte costituzionale, le condizioni più severe previste per l'affidamento *in house* garantirebbero una più ampia applicazione della “regola concorrenziale dell'affidamento del servizio mediante gara” (Corte costituzionale 27 maggio 2020 n. 100 su cui M. TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020 n. 100)*, in *Giustizia Insieme*, 11 giugno 2020).

pubblico. Gli esiti della prima verifica variano da caso a caso, mentre, come più volte sottolineato, gli esiti della seconda sono più scontati e non condizionano direttamente la scelta a monte di come soddisfare il bisogno. Al contrario, la verifica che l'ente deve svolgere ai fini dell'affidamento *in house* condiziona direttamente la scelta sulla forma di gestione, e lo fa a tutela del principio di concorrenza, in quanto il fatto che esistano imprese potenzialmente capaci di adattarsi al ritmo e al programma dell'ente dovrebbe far propendere per le forme di gestione che garantiscono il confronto competitivo.

Va ancora sottolineato che l'affidamento *in house* non implica automaticamente la creazione di una riserva in capo al gestore del servizio, con la conseguenza che, ove non venga attribuito un diritto di esclusiva, gli operatori privati possono liberamente svolgere la stessa attività materiale oggetto del servizio. Pertanto, la massima alterazione della concorrenza è causata dalla combinazione affidamento *in house* - attribuzione di un diritto esclusivo, laddove il solo affidamento *in house* elimina esclusivamente la possibilità di competere per il servizio pubblico⁵⁶.

In conclusione, la rilevanza della concorrenza è senz'altro più consistente nella disciplina sulle modalità di gestione di quanto lo sia nella disciplina sull'assunzione del servizio. Tuttavia, il suo reale impatto non va misurato soltanto sulla scelta della forma di gestione, ma dipende anche e soprattutto dall'eventuale attribuzione dei diritti di esclusiva, dalla peculiare strutturazione del mercato e da ogni altra circostanza che venga di fatto a determinare un regime riservato.

7. Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali

Il d.lgs. n. 201 del 2022 richiama più volte il principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale. L'articolo 3 prevede che “*l'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale rispondono a principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini (...)*”, prefigurando una diretta rilevanza della sussidiarietà

⁵⁶ M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, cit., 77, secondo cui “non è quindi l'autoproduzione in sé a chiudere il servizio alle logiche imprenditoriali, bensì la combinazione tra autoproduzione e struttura monopolistica del mercato; per effetto della quale la concorrenza viene posta fuori campo, sia nella forma piena della concorrenza nel mercato, sia in quella minore della concorrenza per il mercato”.

orizzontale nella fase di istituzione e gestione del servizio⁵⁷. L'articolo 10, già più volte richiamato, sancisce che “*ai fini del soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, gli enti favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni*”, riproducendo pedissequamente la previsione costituzionale in materia di sussidiarietà orizzontale⁵⁸.

Secondo un'opinione largamente diffusa, il principio di sussidiarietà precluderebbe all'ente locale di istituire il servizio pubblico ogni qualvolta

⁵⁷ Sul principio di sussidiarietà, senza alcuna pretesa di completezza, S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, 373 ss.; M. P. CHITI, *Sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 505 ss.; AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Atti del Convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995, Rimini 1997; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e soc.*, 1999, 433 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 13 ss.; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli 2003; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, agg. XII, Roma, 2004; P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, pp. 95 ss.; Id., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli 2005, 1752 ss.; A. RIVIEZZO, *L'associazionismo economico nei rapporti coi soggetti pubblici: rappresentanza degli interessi e c.d. principio di sussidiarietà*, in *Riv. giur. mezz.*, 2-3/2006, 377 ss.; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2909 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss.; T. E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, II, Annali, Milano 2008, 1133 ss.; E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità «orizzontale»*, Pisa 2010; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna 2013; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 3 ss.; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del terzo settore*, Milano 2021; D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2/2022, 513 ss.; Id., *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino 2022; per approfondimenti sul principio di sussidiarietà nella giurisprudenza amministrativa, S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 593 ss.

⁵⁸ Vale evidenziare che, nel contesto del d.lgs. n. 201 del 2022, “alla dimensione della sussidiarietà orizzontale non sono completamente estranee le iniziative assunte dalle imprese” (così A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, cit., 173), come conferma il fatto che il principio viene richiamato con specifico riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

i bisogni della comunità possano essere soddisfatti dall'iniziativa privata, assolvendo ad una funzione analoga a quella che svolgerebbe il principio di concorrenza con specifico riferimento alle imprese operanti sul mercato⁵⁹. La sussidiarietà orizzontale viene così intesa in un'accezione di matrice liberale che richiederebbe l'arretramento dello Stato e delle sue articolazioni al cospetto di una società capace di provvedere ai suoi bisogni⁶⁰.

Senonchè, questa accezione non sembra realmente coincidere con il significato della sussidiarietà orizzontale implicato dall'articolo 118 co 4. Cost., ai sensi del quale “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”. Il *favor* evocato dalla norma non si risolve, infatti, in un generalizzato arretramento del pubblico a vantaggio della società civile, ma si traduce nel riconoscimento e nel sostegno delle attività d'interesse generale frutto dell'autonoma e spontanea iniziativa dei privati. Il riferimento è principalmente alle iniziative di “cittadinanza attiva o praticata” variamente inquadrabili nel campo della sussidiarietà orizzontale, quali, solo per citare alcuni esempi, le attività di cura dei beni comuni, le attività di riutilizzo di edifici abbandonati o degradati, le attività di gestione di spazi verdi⁶¹. Al contrario, le attività di servizio pubblico, anche quando espletate dai privati, sono il frutto di un'apposita iniziativa dell'amministrazione

⁵⁹ In quest'ordine di idee, D. SORACE, *Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, 1149; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locale e nuove forme di amministrazione*, Atti del Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna il 21-23 settembre 1995, Milano 1997, 32; più di recente, con riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 202 del 2022, A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, cit., 174, secondo cui “il principio di sussidiarietà orizzontale è destinato ad operare in maniera simile – ma non coincidente – al principio di concorrenza, venendo richiedere agli enti locali di verificare in maniera continuativa l'eventuale idoneità e maturità della società civile, del terzo settore o del mercato ad assicurare – anche alla luce del progresso tecnologico – l'erogazione di attività e di servizi di interesse generale in grado di soddisfare i bisogni essenziali della collettività”.

⁶⁰ Sulle diverse radici del principio di sussidiarietà, tra cui quella riconducibile al pensiero liberale, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 14

⁶¹ Su questi aspetti, F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2/2016, 305 ss.; ID., *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus* 2/2016, 271 ss.; E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e amministrazione*, 2/2019, 339 ss.; G. MACDONALD, *Sussidiarietà orizzontale. Cittadini attivi nella cura dei beni comuni*, 2018, Roma 2018; P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli 2023.

correlata alla scelta di soddisfare il bisogno a condizioni differenti da quelle di mercato, secondo un predefinito programma d'intervento. Sia le attività di servizio pubblico che le attività d'interesse generale dei privati soddisfano i bisogni della comunità di riferimento, ma ciò che è differente è il grado di soddisfazione del bisogno che l'una e l'altra attività sono in grado di garantire. Il servizio pubblico soddisfa il bisogno in termini di "accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza", secondo quanto imposto dalla regolazione finalistica del rapporto di pubblico servizio; le attività d'interesse generale soddisfano il bisogno secondo le autonome determinazioni dei soggetti privati, senza risultare assoggettate al ritmo e al programma del soggetto pubblico⁶². Più che decretare un generalizzato arretramento del pubblico a favore del privato, il decreto rimarca soltanto la possibilità che un bisogno possa essere soddisfatto anche in attuazione del principio di sussidiarietà e non necessariamente attraverso l'istituzione del servizio pubblico⁶³; e che l'ente locale debba concretamente sostenere le iniziative provenienti dai privati. Conseguentemente, la sussidiarietà non preclude l'istituzione del servizio pubblico al cospetto di iniziative dei privati, perché diverso è il grado di soddisfazione dei bisogni che il servizio pubblico e i privati sono in grado di assicurare. Al contrario del principio di concorrenza, il principio di

⁶² S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 308: "l'operazione interpretativa di assorbimento, nella nozione di servizio pubblico, *bonne a tout faire*, delle attività private di interesse generale, assimila un impegno – quello dell'operatore privato – esente da responsabilità istituzionale e libero dalla continuità del dovere, con un concetto iuridico concepito per accogliere un'altra fattispecie – quella dell'azione pubblica – diversamente caratterizzata dalla necessità di fornire prestazioni di interesse generale, a fronte di un preciso onere politico e amministrativo"; in termini, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 30, evidenzia come le iniziative autonome di interesse generale considerate dall'articolo 118 Cost. "si collocano bensì in ambiti che appartengono alla sfera d'azione degli enti territoriali, ma non sono strumentali a compiti a determinati che devono essere assolti dagli enti medesimi; si può pensar, ad esempio, a iniziative culturali o di assistenza in situazioni di difficoltà che non sono coperte dal servizio pubblico"; sulla distinzione tra il concetto di attività d'interesse generale e quello di servizio pubblico, D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, cit., 524 ss.; Id., *Pubblico e privato nelle attività d'interesse generale*, cit., 181 ss.

⁶³ S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 306, secondo cui "l'affermazione del principio di sussidiarietà non comporta, nemmeno come conseguenza dell'esame del diritto positivo, una soggezione dell'iniziativa economia pubblica a quella privata che vieti la prima in presenza della seconda, implicando piuttosto una attenta e ponderata valutazione circa l'effettiva necessità che, in presenza di risposte al mercato a bisogni di interesse pubblico, sia opportuno avviare attività ulteriori con oneri a carico dei soggetti pubblici".

sussidiarietà non sembra assumere una specifica rilevanza nemmeno ai fini della scelta sulle modalità di gestione del servizio, dal momento che, anche quando la prestazione è concretamente eseguita da un privato, l'attività è pur sempre svolta in un contesto organizzativo già predisposto, secondo il programma e il ritmo impressi dall'ente locale, e non è dunque ascrivibile ad alcuna "*autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati*"⁶⁴.

Un impatto diretto del principio di sussidiarietà sui servizi pubblici potrebbe riguardare soltanto l'accezione di sussidiarietà recentemente precisata dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁵. Nella sentenza n. 131 del 2020⁶⁶, la Corte correla la sussidiarietà orizzontale ad una nuova forma dei rapporti tra amministrazione e privati, nel solco del modello di amministrazione condivisa già da tempo elaborato dalla dottrina amministrativistica⁶⁷. In questo modello l'amministrazione coinvolge i privati nella cura dell'interesse generale, attraverso una collaborazione tra pubblico e privato che investe l'individuazione dei bisogni e la programmazione delle azioni necessarie per la loro soddisfazione.

⁶⁴ In tal senso, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit. 27 ss.; per una diversa prospettiva, A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, 5009 ss.; si vedano anche le considerazioni di F. VESSIA, *La scelta di gestione in house dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO - F. VESSIA, Milano 2017, 271 ss, secondo cui "il fondamento di legittimità degli affidamenti in house, ossia il principio di necessità e proporzionalità in applicazione della regola della sussidiarietà orizzontale, deriva dalle fonti comunitarie e costituisce il recepimento delle interpretazioni che la Corte di Giustizia ha fatto dell'articolo 1056, c.2. TFUE".

⁶⁵ E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, cit., 88 ss.

⁶⁶ Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it.*; con riferimento all'articolo 55 d.lgs. n. 117/2017, la Corte rileva che "in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria", precisando che l'art. 55 in esame pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare "il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo CTS, così da configurarsi "un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici" che si sostanzia in una "specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale" (per un commento alla sentenza, E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sent. n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 5/2020, 1184 ss.).

⁶⁷ Sull'amministrazione condivisa e la sua teorizzazione, il principale riferimento è G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 19997, 29 ss.; si veda anche il recente volume *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA e M. BOMBARDELLI, Napoli 2022.

L'apporto dei privati non s'inquadra in un rapporto sinallagmatico in cui la prestazione è remunerata attraverso un corrispettivo, ma in una collaborazione per la cura dell'interesse generale estranea alle logiche del mercato e del profitto. Il riferimento diretto della Corte costituzionale è agli istituti della coprogrammazione e della coprogettazione attualmente disciplinati dall'articolo 55 del codice del terzo settore⁶⁸, ma il modello dell'amministrazione condivisa riguarda in generale tutte le ipotesi in cui tra pubblico e privato si instaura un rapporto di collaborazione finalizzato alla cura dell'interesse generale, in un contesto generalmente privo di rilevanza economica e ispirato da intenti solidaristici. Non è, però, da escludersi che analoghe collaborazioni possano essere praticate anche nel campo dei servizi pubblici di rilevanza economica⁶⁹. Ad esempio, i privati potrebbero dare il loro contributo alle valutazioni dell'ente locale sull'opportunità o meno di istituire un servizio pubblico. Così come accade per la coprogrammazione disciplinata dal codice del terzo settore, il coinvolgimento dei privati potrebbe rivelarsi utile sia per individuare meglio i bisogni che realmente emergono nella comunità di riferimento, sia per verificare quale sia il grado di soddisfazione richiesto per quei bisogni, se sia necessaria una loro soddisfazione alle condizioni del servizio pubblico o se, invece, sia sufficiente la soddisfazione che la società o il mercato può autonomamente garantire. In questa prospettiva, la rilevanza del principio di sussidiarietà risiederebbe nell'apporto che i privati possono dare a questa valutazione, in quanto soggetti necessariamente coinvolti nel relativo procedimento amministrativo. Nel d.lgs. n. 201 del 2022 si prevede soltanto che *“nell'organizzazione e nella erogazione dei servizi di interesse generale di livello locale è assicurata la centralità del cittadino*

⁶⁸ Sugli istituti della coprogrammazione e della coprogettazione, D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività d'interesse generale*, cit., 443 ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino 2021; R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra stato, mercato e terzo settore*, Napoli 2023, 157 ss.; sulla collaborazione tra il pubblico e il privato sociale nel settore sanitario, F. APERIO BELLA, *Pubblico, privato e comunità in sanità*, in questo numero della *Rivista*.

⁶⁹ S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 307, secondo cui “sebbene la sentenza della Consulta si riferisca al settore delle iniziative private sociali, appartenenti al mondo del terzo settore, essa esprime certamente un principio più generale, nella parte in cui accetta che la cura dell'interesse comune non è oggetto di alcun monopolio pubblico”; il coinvolgimento dei privati è stato esaminato anche con specifico riferimento alla stesura delle carte dei servizi, nell'ottica di riconoscere al cittadino “la possibilità di incidere direttamente sulle condizioni di offerta dei servizi” (M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir.amm.*, 1/2014, 391).

e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva", ma, al di là di questo generico richiamo, mancano delle disposizioni più specifiche che impongano all'ente di coinvolgere attivamente i privati nella fase d'istituzione del servizio. Né sembra muoversi nel senso auspicato l'articolo 10, co.5, secondo cui "*la deliberazione di istituzione del servizio (...) può essere sottoposta a consultazione pubblica prima della sua adozione*", dal momento che la consultazione è prevista come meramente facoltativa e in ogni caso interverrebbe solo quando la delibera sia già stata definita nei suoi contenuti. Ugualmente è a dirsi per l'articolo 18 secondo cui gli enti locali, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, "*possono attivare con enti del terzo settore rapporti di partenariato (...) per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico di rilevanza economica locale*"⁷⁰. Il partenariato sarebbe, infatti, attivato solo a valle dell'istituzione del servizio, quando la valutazione sui bisogni è già stata effettuata dall'ente, e riguarderebbe in ogni caso progetti da ricondurre funzionalmente al servizio già istituito.

8. Osservazioni conclusive

L'attuale nozione di servizio pubblico locale, così come codificata nel d.lgs. n. 201 del 2022, implica l'espletamento delle prestazioni a condizioni differenti da quelle offerte sul mercato. Una nozione così rigida e precisa rappresenta un rilevante parametro di riferimento per la decisione sull'istituzione del servizio, in quanto la condiziona alla rilevata necessità di soddisfare il bisogno alle condizioni di "*accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*". Al contempo, la nozione riduce la rilevanza dei principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella fase istitutiva, dequotando l'idea che il servizio non debba essere istituito se il bisogno risulti soddisfatto dalla società civile o dal mercato. Se il principio di concorrenza riacquista piena rilevanza nella scelta sulle modalità di gestione, non altrettanto vale per il principio di sussidiarietà. Lungi dal risolversi in un generalizzato arretramento del pubblico a fronte di una società in grado di provvedere ai suoi bisogni, il principio di sussidiarietà implica più limitatamente che i bisogni possano

⁷⁰ Per un commento della norma, M. CROCE, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 317 ss.

essere soddisfatti anche dalle autonome iniziative dei privati e che gli enti locali debbano sostenere tali iniziative.

Se, dunque, è la stessa nozione di servizio pubblico ad orientare la scelta sull'istituzione del servizio, è pur vero che tale nozione non rappresenta un limite particolarmente stringente per la discrezionalità amministrativa, in quanto il *come* soddisfare i bisogni risponde ad un'opzione politica di fondo incentrata sul grado di coesione sociale e omogeneità di sviluppo che l'ente intende assicurare. Conseguentemente, un eventuale sindacato giurisdizionale sulla scelta di assumere il servizio continuerà ad assestarsi su un ordinario controllo di proporzionalità e ragionevolezza che, per quanto intenso possa essere, resta connotato da un'intrinseca e fisiologica elasticità. Un controllo più rigido potrebbe derivare dal coinvolgimento dei privati nella fase d'individuazione dei bisogni e degli eventuali interventi per soddisfarli, nel solco di quel modello di amministrazione condivisa che identifica oggi l'accezione più avanzata della sussidiarietà orizzontale. Ovviamente, affinché la collaborazione tra pubblico e privato possa proficuamente svolgersi, dovrebbe essere istituzionalizzato un apposito momento procedimentale, prevedendo forme e modi del coinvolgimento. Va da sé che un siffatto coinvolgimento ridurrebbe la discrezionalità della scelta imponendo all'ente locale di tenere in adeguata considerazione i risultati della collaborazione. Al contempo, gli esiti della collaborazione offrirebbero al controllo di proporzionalità e ragionevolezza un più saldo parametro di riferimento. È, però, un dato che, al momento, il d.lgs. n. 201 del 2022 non contempla questo tipo di coinvolgimento, rivelando in ciò una battuta d'arresto nell'attuazione della sussidiarietà orizzontale.

Andrea Carbone

*Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa**

SOMMARIO: 1. Profili storici e introduttivi – 2. *Segue* – 3. Considerazione oggettiva e soggettiva dell'organizzazione amministrativa – 4. Il rilievo procedurale dell'organizzazione. La struttura procedurale della funzione – 5. La declinazione del modello organizzativo e delle relative relazioni – 5.1 *Segue*. I termini di declinazione delle relazioni organizzative – 6. Considerazioni conclusive.

1. Profili storici e introduttivi

Il termine organizzazione amministrativa viene comunemente inteso come riferibile a due distinte accezioni, quale, cioè, fattore 'organizzante', sotto un profilo dinamico, per come relativo all'attività di organizzazione, e quale struttura 'organizzata', sotto un profilo quindi statico, concernente l'insieme di strutture predisposte per il perseguimento di determinati fini¹.

Tali profili, viene pure solitamente aggiunto, non sono in necessaria contrapposizione tra loro, dipendendo, l'effettiva declinazione della loro relazione, dallo specifico modello ricostruttivo posto a relativo fondamento. La considerazione generale dell'organizzazione amministrativa, sotto un profilo giuridico, e delle relazioni di carattere organizzativo, che di detto profilo sono espressione, rappresenta, infatti, una problematica che si connette direttamente con quella afferente alla considerazione del rilievo giuridico del soggetto pubblico, e, per tale via, dello stesso potere giuridico e del relativo modello di produzione, che al primo si vengono a correlare. Scopo delle presenti considerazioni è, dunque, la ricostruzione di una generale struttura di un modello organizzativo amministrativo, partendo appunto dall'esame dei modi di esplicazione di tali correlazioni.

In proposito, può partirsi dal ricordare come la figura dello Stato

* Contributo, qui riproposto identico con la mera correzione di alcuni errori materiali, già pubblicato su *Federalismi.it*, n. 17/2024, pp. 25 ss.

¹ Cfr. ad es. R. MARRAMA, *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 1998, pp. 345 ss.

persona, se da un lato rappresentò un punto fondamentale per la creazione dello Stato di diritto, rendendo impersonale lo Stato, e riducendo il Monarca a suo organo, dall'altro fu funzionale all'elaborazione di un'unitaria e compatta visione dell'entità statale, quale propria dell'epoca². L'unitarietà giuridica dello Stato era, cioè, sotto tale profilo, funzionale alla difesa rispetto alle istanze di disgregazione che allo stesso potevano contrapporsi³;

² In generale, l'elaborazione della concezione dello Stato-persona trova la sua realizzazione, non serve ricordarlo, nell'opera di Gerber, e in quella della giuspubblicistica successiva che sviluppò, in vario modo, il concetto della personalità giuridica dello Stato, tra cui, in particolare, nelle differenti declinazioni, Laband e G. Jellinek. In Italia, la dottrina ricostruirà la concezione dello Stato prendendo le mosse da tali impostazioni, a partire da V.E. Orlando, e poi, nelle differenti declinazioni, dai seguaci della Sua Scuola, in particolare con O. Ranelletti e Santi Romano, pur nell'approdo, da parte di quest'ultimo, alla Sua originale concezione istituzionalistica (cfr., anche per i riferimenti a tali Autori, *infra*, nel testo e alle note successive).

In proposito, per una complessiva ricostruzione, si vedano, in particolare, P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 9 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 3 ss.; ID., *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 708 ss.; ID., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari-Roma, Laterza, 1990, pp. 3 ss.; G. BERTI, *La parabola della persona dello Stato (e dei suoi organi)*, in *Quad. fiorentini*, 1982-1983, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 17 ss.; ID., *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, Giuffrè, 1977, p. 41 ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 10 ss. e 193 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 9 ss.; ID., *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 91 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1991, pp. 110 ss.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 32 ss. e 62 ss.; F.G. COCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 443 ss.; G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 7 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1992, p. 12 ss.; ID., *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, UTET, 1995, pp. 513 ss. Sono presenti, peraltro, ricostruzioni che mettono in discussione la correttezza dell'interpretazione che vede un'effettiva considerazione unitaria e monista dello Stato a fine '800: cfr. M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 344 ss.

³ Tale impostazione, come noto, trova la sua sistemazione giuridica nell'opera di C.F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971 (op. orig. 1865), pp. 91 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches verzeichnis*, I-IV, Tübingen, Laupp, 1876-1882. Nella dottrina italiana, si vedano, in

al contempo, ne esibiva una configurazione, di stampo originariamente organicistica, che, nella sua struttura, si presentava idonea a conformarsi ai dettami dogmatici della pandettistica, e a spiegarne conformemente la giuridicità, secondo i paradigmi propri della corrispondente definizione del tempo⁴. Il dogma del soggetto, in uno con quello dell'atto, su cui, per tale via, si incentrava la dialettica tra Stato e cittadini, forniva così una contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato la cui risoluzione veniva effettuata dal ruolo fondante della legge, quale appunto scioglitrice del conflitto, nell'attribuzione dei relativi diritti alla P.A. o ai privati.

Il punto di crisi, è noto, sorge dalla circostanza per cui, ridotta ad unità lo Stato, ne vengono meno i presupposti su cui era avvenuta la soggettivizzazione della figura dello Stato stesso come persona, propri degli schemi dello statualismo monoclasse borghese. Essi, infatti, erano stati determinati dalla contrapposizione dialettica tra lo Stato, da un lato, e il Parlamento, quale rappresentanza della società civile, dall'altro; ma nella considerazione istituzionale che ricomponne la giuridicità nell'unità, tutt'al contrario, il secondo viene inglobato nel primo, costituendone espressione⁵.

In tale prospettiva, entra allora in crisi, nel diritto pubblico, il generale riferimento alla giuridicità quale espressione di una norma regolante un rapporto giuridico bilaterale, per la stessa impossibilità di concepire lo Stato come estraneo alla produzione del diritto al quale è soggetto. Entra in crisi, di conseguenza, la stessa concezione dello Stato come persona soggetta a norme, rispetto al quale fosse configurabile una sfera interna di irrilevanza,

particolare V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1897, pp. 3 ss.; ID., *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1905, pp. 21 ss.; ID., *Note alla trad. it., La personalità giuridica dello Stato*, in G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1921 (seconda ediz. orig. 1905), pp. 680 ss.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Pierro, 1912, pp. 134 ss.; SANTI ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, 1898, ora in *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 1 ss.

⁴ Tale profilo aveva trovato riscontro soprattutto nell'originaria elaborazione di C.F. VON GERBER, *Sui diritti pubblici*, in *Diritto pubblico*, cit. (op. orig. 1852), pp. 34 ss.

⁵ In particolare, può dirsi che, mentre nella realtà tedesca ciò era stato l'esito, essenzialmente, di un'impostazione di stampo accentratrice e di matrice in sé autoritaria, quale propria della realtà statuale bismarckiana, in Italia lo stesso fenomeno, pur attenendo ad una linea comune di esigenza di sistemazione teorica, e in parte pure connotandosi in maniera simile, si presentava comunque in un senso maggiormente liberale, acquisendo particolare rilievo, rispetto ad esso, il cambiamento dei rapporti tra Parlamento e Governo a cui si assistette in quel periodo, con il passaggio allo Stato parlamentare, che andava verso una caratterizzazione di stampo c.d. pluriclasse. Cfr., in proposito, i riferimenti citati alle note precedenti.

lasciata al momento politico.

La riconsiderazione della categoria del giuridico, che per questa via si è imposta, ha così portato alla necessità di riconfigurare quei rapporti posti al di fuori di ciò che veniva allora reputato assumere rilevanza giuridica, quale rapporto intersoggettivo regolato dalla legge; rapporti che, come tali, fino ad a quel momento si erano reputati costituire manifestazione di un 'potere di supremazia speciale'⁶.

Sotto tale profilo, con riferimento, in particolare, alla sfera esterna allo Stato, si tentò di mantenere la concezione della giuridicità propria di una relazione bilaterale normativamente regolamentata, attraverso la definizione, in sé tuttavia non certo esente da discrasie, del c.d. rapporto giuridico non paritario, incentrato sullo schema potere-interesse legittimo, per come declinato nei canoni corrispondenti⁷.

La sfera interna, invece, ha necessitato un più profondo ripensamento, in quanto evidente era la difficoltà nel mantenere intatto, da un lato, lo schema del rapporto giuridico, nei termini in cui veniva declinato, senza negare, dall'altro, la stessa soggettività dello Stato. Assumendosi un rapporto giuridico interno allo Stato, infatti, il rischio era quello di sgretolarne la figura unitaria.

In tale quadro, la soluzione, di carattere generale, che fu autorevolmente perseguita, senza disattendere la personalità unitaria statuale e la norma come regolativa del rapporto bilaterale, è stata quella di ipotizzare un'auto-limitazione dello Stato, attraverso la considerazione di un'obbligazione di quest'ultimo contratta con sé stesso, la quale, come tale, poteva risultare idonea a fornire il fondamento, tra l'altro, dei rapporti organizzativi⁸.

⁶ Secondo la concettualologia mutuata dalla scienza tedesca: si veda in proposito SANTI ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle camere parlamentari*, in *Arch. giur.*, 1906, ora in *Scritti minori*, I, cit., pp. 225 ss.; ID., *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni* in *Giur. it.*, 1898, ora in *Scritti minori*, II, cit., p. 84; ID., *I diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, cit., pp. 158-159. Cfr. poi, per una ricostruzione, quanto riportato in F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 139 ss.; A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, Torino, Giappichelli, 1953.

⁷ Sul punto, si rimanda interamente alla nostra trattazione in *Potere e situazioni soggettive*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 4 ss.

⁸ È questa, non serve ricordarlo, la soluzione approntata da G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1912 (seconda ediz. orig. 1905), p. 10 ss.; ID., *La dottrina generale dello Stato*, cit., p. 302 ss., spec. pp. 346 ss. e 373 ss., che scaturisce dalla distinzione tra dottrina sociale dello Stato e dottrina giuridica dello Stato. Tale concezione, quantomeno nei suoi termini generali, è stata essenzialmente

La massima estensione possibile della tradizionale concezione del normativismo si è avuta, ad ogni modo, nei termini, estremamente concettuali, del riferimento della personalità giuridica dello Stato alla sua persona 'reale', quale consistente nel complesso dei suoi funzionari quale organizzazione statale. In questo senso, è stato possibile riferire ad essa uno dei termini del rapporto, e la sua stessa giuridicità, in quanto appunto oggetto di regolamentazione da parte di una norma che contempla la relativa relazione intersoggettiva⁹.

La necessità di ancorarsi a termini meno concettualistici e formalistici, mantenendo al contempo intatta la personalità dello Stato e fermo il conferimento di giuridicità alle relazioni organizzative, senza per questo spostare, a sua volta, il fondamento della giuridicità dalla bilateralità della norma, ha portato a soluzioni di ordine differente, maggiormente rivolti a valorizzare il versante organizzativo in sé considerato.

In particolare, una parte della dottrina ha ancorato la giuridicità delle relazioni in questione a norme disciplinanti la competenza degli organi, fondandola sulla loro attitudine ad avere una rilevanza esterna nei rapporti

accolta anche da parte della dottrina italiana del tempo: cfr. V.E. ORLANDO, *Prefazione*, in G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pp. IX ss.; ID., *Note alla trad. it., La personalità giuridica dello Stato*, cit., pp. 680 ss.; ID., *Introduzione*, cit., pp. 32 ss.; nonché, nella considerazione del rapporto unisoggettivo, SANTI ROMANO, *Nozione e natura degli organi*, cit., pp. 24 ss., sia pure successivamente risolvendo la propria elaborazione in termini istituzionistici (cfr. subito *infra*, nel testo e in nota).

⁹ È, quella descritta, la nota ricostruzione di D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, Milano, 1921, ora in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, CEDAM, 1966, pp. 227 ss. In tale prospettiva, poiché, nell'elaborazione propria dell'A., il potere giuridico, in capo alla persona dello Stato, può avvenire unicamente in quei casi in cui sia riscontrabile un rapporto intersoggettivo regolato dalla legge (cfr. ID., *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1910, pp. 28 ss. e 221 ss.), il riconoscimento della giuridicità dell'attività organizzativa avverrebbe attraverso la possibilità di fare riferimento alla persona reale dello Stato, la quale, come detto nel testo, sarebbe costituita dal complesso dei suoi funzionari in quanto tali, cioè dalla stessa organizzazione statale. In ragione di tale concettualizzazione, la personalità giuridica verrebbe ridotta ad una funzione minimale, di costituzione di uno dei due termini necessari della norma. In questo modo, la teorica di Donati rappresenta il punto estremo a cui il formalismo giuridico può arrivare nel processo di depotenziamento della personalità giuridica dello Stato (in questo senso, G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., pp. 69 ss.; non si condivide, quindi, l'idea che Donati, con la figura della personalità reale dello Stato, abbia effettuato una concessione al realismo, come ritenuto da G. BERTI, *Rileggendo Donato Donati*, in *Arch. giur.*, 1967, ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 11 ss.; vi è invece continuità nel Suo pensiero, come rileva, condivisibilmente, G. FALCON, *Donato Donati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, pp. 254 ss.).

con i terzi¹⁰. In questo modo, si introduceva un concetto di soggettività 'organica', idonea a rilevare nelle relazioni tra organi, pur sprovvisti di personalità¹¹. Questa, è però agevole notare, godeva del suo rilievo in ragione di un elemento in sé esterno, la rilevanza rispetto ai terzi¹²; e faticava comunque ad affermarsi per quelle relazioni ove la competenza non appariva correttamente definita, cioè quelle di carattere propriamente gerarchico¹³.

Invero, può dirsi, in generale, che la criticità delle soluzioni analizzate era contenuta nelle stesse premesse poste dalla problematica che tentavano di risolvere, quelle, cioè, di coniugazione della soggettività statuale, come al tempo unitariamente intesa, e della giuridicità propria della regolamentazione del rapporto bilaterale, pure nei termini propri dell'epoca. Il risultato era una certa artificiosità nella considerazione delle relazioni giuridiche, e, conseguentemente, un'insoddisfacente definizione dei rapporti organizzativi. Di fatto, opinando nel senso appena descritto – a voler, in altri termini, rimanere ancorati ad un'ottica monistica della concezione potere, e a non disattendere le premesse da cui si partiva, della personalità unitaria dello Stato – si finiva per dover ammettere, per l'uno o per l'altro verso, in ordine alle relazioni interorganiche, un rapporto unisoggettivo, salvo non ridurre il rapporto giuridico a quello tra le persone fisiche dei funzionari. Ed in effetti, proprio la figura del rapporto unisoggettivo veniva a rappresentare il punto finale di raccordo, ma insieme anche la massima artificiosità, della prospettiva in esame, per come applicata ai rapporti organizzativi¹⁴.

¹⁰ In questo senso, A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, *Lo Stato. Gli uffici*, Padova, CEDAM, 1931, spec. pp. 83 ss. e 109 ss.; Id., *Competenza e ufficio*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, I, Padova, CEDAM, 1931, pp. 330 ss. Si veda anche U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, Jovene, 1948, pp. 50 ss. e 128 ss.

¹¹ A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., pp. 122 ss.

¹² Così di fatto non andandosi oltre l'ancoraggio ad un altro rapporto, quello appunto esterno: cfr., in proposito, in particolare G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, II, pp. 321 ss., spec. pp. 335 ss.

¹³ Cfr. quanto si dirà *infra*, al par. successivo.

¹⁴ In questo senso, il fondamento del rapporto unisoggettivo deriva dalla stessa concezione dell'autolimitazione dello Stato di matrice jellinkiana, di cui si è detto. La sua ammissibilità si ritrova poi, nello specifico, nella dottrina che partendo, in via generale, da tale declinazione, risolve il rapporto unisoggettivo nell'esistenza di una pluralità di organi: cfr. SANTI ROMANO, *Nozione e natura degli organi*, cit., pp. 24 ss.; Id., *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 163 ss., il quale, però, non serve ricordarlo, ha potuto comunque inserirsi, nel corso dell'evoluzione del Suo pensiero, nell'ottica istituzionistica da Egli stesso elaborata. In effetti, a quest'ultimo proposito, può evidenziarsi, più in generale, come lo stesso superamento della concezione

L'alternativa era allora quella di superare le premesse da cui si partiva, della concezione bilatera della norma e/o della considerazione ad essa endogena della giuridicità, per cercare di fondare su altre basi le relazioni organizzative, insieme, a ben vedere, alla stessa giuridicità del potere pubblico. Ciò avvenne, essenzialmente, attraverso due differenti prospettive.

La prima soluzione consisteva nell'accedere all'impostazione istituzionistica, e risolvere così l'intera problematica della giuridicità nella pluralità degli ordinamenti, introducendo dunque un elemento di stampo dualista, derivante dalla contrapposizione, resa possibile dalla premessa data in tesi, tra Stato-ordinamento e Stato-persona¹⁵.

La seconda si è presentata invece rimanendo su un piano di concezione monista del potere, ma collegando la giuridicità della norma alla sua idoneità a porsi in termini di ipoteticità, da cui deriverebbe la stessa propagazione del giuridico. In particolare, la rivisitazione del paradigma della giuridicità, in questo senso intesa, è ciò che ha caratterizzato la ricostruzione gradualistica kelseniana¹⁶. Non sono mancate, peraltro, nella medesima

positivistica tradizionale della giuridicità nient'altro rappresenti, sotto il profilo che qui interessa, se non un tentativo di fornire una diversa base concettuale alla tipologia di rapporto in esame: sul punto, cfr. subito *infra*, nel testo e in nota.

¹⁵ Si veda SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1948, spec. pp. 219-221, ed ivi anche la risoluzione del potere di supremazia speciale nella teoria degli ordinamenti giuridici. In questo senso, spostandosi il fondamento della produzione giuridica nello Stato-ordinamento, si può raffigurare lo Stato persona come destinatario della norma e quindi come parte di un rapporto giuridico: è questo passaggio teorico, che apre, infatti, il versante interno dello Stato-persona ad un processo di progressiva giuridicizzazione, divenendo possibile, rispetto alla norma bilatera che emana dallo Stato-ordinamento, pensare la persona dello Stato quale parte di rapporti che fino allora erano rimasti confinati nella sfera fattuale interna senza poter attingere ad una dimensione del giuridicamente qualificabile (cfr. G. DI GASPARE, *Organizzazione*, cit., p. 516). Va detto peraltro che, per tale via, configurandosi un rapporto tra ordinamenti interni e ordinamento generale, può dubitarsi che ci siano effettivi passi avanti rispetto alla considerazione di un ambito di supremazia speciale: cfr. F. MERUSI, *Le direttive governative*, cit., p. 140; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, UTET, 1975, pp. 29 ss.; nonché G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, CEDAM, 1969, pp. 88 ss., di cui si dirà *infra*, in nota.

¹⁶ Nella teorizzazione gradualistica di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (op. orig. 1934), p. 50 ss., infatti, si è potuta fornire, rimanendo in una chiave di lettura normativistica, una giustificazione della giuridicità che prescindesse dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo. Vi è, in tale ottica, il superamento della concezione dell'autolimitazione dello Stato attraverso la riconduzione del relativo momento alla potenzialità effettuale della norma fondamentale; attraverso, cioè, la sua considerazione quale limite intrinseco al momento genetico del diritto, assunto in termini di ipoteticità della norma. Si perviene, così, ad una concezione

direzione, soluzioni meno formaliste, nelle quali la propagazione della giuridicità non si è prestata ad una estromissione del dato teleologico ad essa sotteso, ma non ha necessitato neppure, al contempo, di fare riferimento ad un elemento estraneo rispetto alla norma, in ragione della considerazione di detto dato quale già insito nella norma che pone lo Stato¹⁷.

2. *Segue*

La configurazione dello Stato come persona, unitario soggetto di diritto, era funzionale, lo si è visto, ad una considerazione parimenti unitaria degli interessi di cui lo Stato stesso era portatore, di modo da evitarne disgregazioni centrifughe. La stessa figura dell'organo, quale mezzo idoneo a fornire allo Stato la modalità della sua azione, si presentava consequenziale a tale concezione, in quanto, ascritto l'organo allo Stato stesso, se ne evitava ogni possibile frammentazione in questo senso¹⁸. La successiva evo-

della norma come ipotetica, rispetto alla quale si viene a costruire la dinamica giuridica secondo l'ordine della produzione; mentre il soggetto, in questi termini, è ridotto all'ordine dell'imputazione. Sulla concezione gradualistica del potere si tornerà più volte, in varie occasioni, nel corso della trattazione.

¹⁷ Tale ricostruzione è quella che si rinviene in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998 (rist. 1940), spec. p. 53 ss. In tale impostazione, la giuridicità deriva dal fatto normativo della costituzione in senso materiale, quale insieme di forze, di rapporti e di situazioni che scaturiscono dal conflitto di interessi che porta all'affermazione del gruppo di potere e alla posizione di questo come Stato. In questo senso, la costituzione in senso materiale non è un antecedente sociale logicamente precedente all'instaurazione dello Stato, ma è essa stessa norma che si pone quale porsi dello Stato, ricomprensiva dei fini e quindi dei limiti riconducibili al rapporto di forze affermatesi: si supera così il problema del rapporto tra realtà giuridica e realtà sociale, che in Jellinek aveva portato all'elaborazione del concetto di autolimitazione, assumendo che il limite del potere è insito nel suo stesso fondamento. Se, infatti, la giuridicità del potere deriva intrinsecamente dalla costituzione in senso materiale, ne consegue che la sua dimensione normativa è permeata della stessa politicità che caratterizza quest'ultima. Vi è quindi una visione monista del potere, ove gli spazi non coperti dalla norma legislativa non evocano un elemento politico esterno alla realtà giuridica; in relazione ad essa si viene a caratterizzare la dinamica giuridica.

¹⁸ Secondo l'elaborazione originaria propria della dottrina tedesca: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlino, 1887, pp. 624-625; G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., pp. 31 ss., spec. p. 33 e pp. 39 ss., pp. 245 ss.; ID., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949 (terza parte dell'*Allgemeine Staatslehre*, ediz. orig. pubbl. postuma), pp. 119 ss. Nella nostra dottrina, cfr. SANTI ROMANO, *Nozione e natura*, cit., p. 21; O. RANELLETTI, *Gli organi*

luzione, di cui si è dato cenno al precedente paragrafo, porta ad un punto di crisi tale visione, da cui derivano ulteriori conseguenze rilevanti sul piano dei rapporti organizzativi.

Si può partire, in proposito, dal rilievo del concetto di organo, figura in cui trova tradizionalmente il suo punto di contatto il problema del rapporto tra organizzazione e potere¹⁹. Ora, nell'originaria elaborazione organicistica dello Stato, l'organo risolveva l'impossibilità di attribuire la capacità di agire ad una persona giuridica attraverso l'assunzione nell'organizzazione della capacità del funzionario agente, che in questo senso risulta appunto organo dello Stato: l'immedesimazione organica del funzionario avrebbe consentito quindi alla persona giuridica di entrare nell'ordine della produzione, che altrimenti gli sarebbe stato precluso. Il successivo abbandono dell'impostazione organicistica, e la ricerca di un maggior rigore giuridico che tale evoluzione accompagna, ha portato, come parimenti noto, a porre in relazione il funzionario agente con l'ufficio, cioè, inteso quest'ultimo in funzione dell'organo, con l'unità organizzativa a cui si correla la sfera astratta di competenze individuata dal dato normativo²⁰. Da ciò sono derivate determinate conseguenze.

In primo luogo, ragionando nella maniera descritta, l'abbandono della metafora organicistica in tanto può essere raggiunto, a ben vedere, in quanto si assuma che l'organo non sia in grado di inserirsi nell'ordine di produzione, ma venga a risolvere soltanto un problema d'imputazione: l'organo, cioè, è il mezzo attraverso il quale avviene l'iscrizione di un atto ad un ente collettivo, rilevando quindi, più in generale, essenzialmente quale centro di imputazione di fattispecie²¹. Nella prospettiva descritta, attraverso l'organo

dello Stato. Concetto, natura, rapporti, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, II, pp. 17 ss., p. 68; ID., *Principii*, cit., pp. 165 ss., p. 174.

¹⁹ In generale, per una ricostruzione del concetto di organo, si vedano, tra gli altri, A. MASSERA, *Contributo*, cit., pp. 193 ss.; F. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Ist. Enc. It., 1991, p. 1 ss.; F.G. SCOCA, *Le Amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 473 ss.; nonché quanto riportato nei contributi in questa sede diffusamente citati.

²⁰ Si veda A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., pp. 77 ss. Nel senso, invece, più radicale, per cui l'organo coincide compiutamente con l'ufficio inteso come astratta attribuzione di competenze, O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato*, cit., pp. 67 ss.; ID., *Principii*, cit., pp. 173 ss. In via più sfumata, che considera l'organo nel rapporto tra funzionario e l'ufficio, facendo essenzialmente coincidere l'ufficio con l'istituzione, si veda poi SANTI ROMANO, *Organi*, cit., p. 145 ss., spec. p. 156 ss.

²¹ Cfr., per tale nota impostazione, volta a negare la capacità di agire alla persona giuridica, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano,

si è dunque venuto tradizionalmente a risolvere l'ordine dell'imputazione, mentre è evidente come l'inquadramento dell'ordine della produzione scaturisca dal rapporto in cui si ritiene di dover porre il soggetto rispetto all'organizzazione.

In secondo luogo, rapportato l'ufficio, in funzione dell'organo, ad uno schema astratto di competenze (più correttamente, rappresentando l'ufficio l'unità organizzativa a cui detto schema viene posto in correlazione), doveva essere rivisitata, sul fronte delle relazioni organizzative, la tradizionale ascrizione di queste ultime, sin a quel momento seguita, ad una considerazione ampia di gerarchia: quest'ultima, infatti, esprimeva in sé, essenzialmente, nient'altro che una modalità di generale considerazione delle relazioni tra agenti nell'ambito dei rapporti di supremazia speciale²²; come tale, mal si confaceva ad uno specifico ordine di distribuzione delle competenze, e sul suo incardinamento nelle relative unità organizzative. Nella prospettiva indicata, si è allora limitato il concetto di gerarchia ad uno specifico ordine di rapporti (il cui nesso di subordinazione corrisponde ad una essenziale fungibilità nella sfera di competenza sottordinata)²³, improntandosi, al contempo, la generalità delle relazioni organizzative sul rapporto di direzione²⁴.

L'evoluzione intervenuta, propria dello scenario appena rappresentato, ha condotto dunque alla necessità di una specifica ridefinizione dei rapporti organizzativi, e della relazione tra organizzazione amministrativa e produzione giuridica. Si sono così riscontrate, in proposito, diverse alternative teoriche, differenti tra loro, le quali risentono, nelle soluzioni

Giuffrè, 1939, pp. 143-144 e 162 ss.; ID., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 31 ss. In adesione alla prospettiva di Falzea, M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 46 ss.

²² Sul punto, si veda, ad es., quanto riportato in G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 616 ss.

²³ In questo senso la ricostruzione di A. DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., pp. 271 ss., secondo cui, in particolare (p. 313), la gerarchia sarebbe un concetto antitetico alla competenza esclusiva di un organo. Si veda anche, nella Sua differente sistemazione, A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, Vita e Pensiero, 1936, pp. 1 ss., 33 ss. e 69 ss.

²⁴ Si vedano, sui profili indicati e sui loro rapporti, A. DE VALLES, *Teoria*, cit., pp. 135 ss. e pp. 244 ss.; A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit., pp. 26 e 58-59, sia pure riferendo la direttiva nell'ambito della nozione di gerarchia; V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 632 ss.; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., pp. 41 ss., 73 ss. e 141 ss.; ID., *Gerarchia amministrativa*, cit., pp. 616 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Direttiva*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Ist. Enc. It., 1989, pp. 3 ss.; G.D. COMPORTI, *Il coordinamento*, cit., pp. 30 ss.; A. PIOGGIA, *Gerarchia (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 2661 ss.

presentate, della concezione dell'ordinamento giuridico assunta a rispettivo fondamento.

Una prima serie di impostazioni, di cui si è avuto riscontro, si è posta in continuità con l'ottica della giuridicità propria dell'istituzionismo, pur rapportandovisi in maniera tendenzialmente più sfumata rispetto alla sua originaria elaborazione, ed anzi finendo per prescindere, nella sua più autorevole estrinsecazione, dal riferimento ad un ordinamento particolare, non ritenendosi che la P.A. possa essere (più) considerata un ordinamento giuridico²⁵. In particolare, in quest'ultima prospettiva, si è definita la

²⁵ In via generale, può dirsi, infatti, che la dottrina successiva che si è posta nella medesima ottica di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, loc. ult. cit., ha dimostrato un approccio tendenzialmente sempre più sfumato rispetto all'originaria concezione dell'ottica istituzionistica, e come tale è venuta a caratterizzare la definizione della considerazione giuridica dell'organizzazione amministrativa: in proposito, si vedano in particolare E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 1 ss. e 39 ss.; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, p. 91 ss.; F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 207 ss.; N. SAITTA, *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 69 ss.; M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 337 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1965, p. 103 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 91 ss.

¹ In tale prospettiva, da parte dell'illustre Maestro da ultimo citato (*Corso*, cit., p. 180 ss.; *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 161 ss.), si è messo in luce come l'Amministrazione non poteva più (quantomeno della seconda metà del secolo scorso, giacché tale processo non era ancora considerato compiuto nelle *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 138 ss.) essere qualificata come ordinamento autonomo, in quanto l'ampliamento della normativa generale relativa all'organizzazione amministrativa aveva portato all'erosione degli spazi di autonomia dell'ordinamento amministrativo, fino a ricondurlo a quello generale.

L'opinione negativa in ordine alla configurazione di un ordinamento amministrativo, va però notato, non era stata accolta da V. OTTAVIANO, *op. ult. cit.*, p. 97 ss., e da F. BASSI, *op. ult. cit.*, p. 561 ss., i quali, facendo riferimento alla pluriquificazione normativa, rilevavano come anche la legge, vista dal punto di vista dell'Amministrazione, fosse fonte autonoma dell'ordinamento di quest'ultima. Essa non era stata accolta neppure da E. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, p. 55 ss., secondo cui non assumeva rilevanza in tal senso il carattere autonomo o meno dell'ordinamento. In via generale, poi, la dimensione ordinamentale dell'Amministrazione è stata sostenuta anche da A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 133 ss. e 300 ss.; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss.; ID., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 511 ss.; ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, *ivi*, 1994, p. 635 ss.; ID., *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I,

norma organizzativa quale norma che dà rilievo giuridico, nell'ambito dell'ordinamento generale, ad un centro di riferimento di interessi già esistente sul piano sociale, il quale assume in tal modo la connotazione di 'figura soggettiva': le figure soggettive risulterebbero, quindi, espressione dell'interesse incorporato nella relativa norma organizzativa, quali norme di identificazione di interessi come pubblici, e verrebbero individuate dall'ordinamento generale quali entità, anche prive di personalità giuridica, la cui azione faccia derivare la produzione di effetti giuridici²⁶.

Lo scenario si presenta invece piuttosto differente da parte di chi, partendo dalla considerazione della funzione in chiave normativo-strutturale, cioè come concretizzazione del potere nell'atto²⁷, ha proposto una

cit., pp. 12 ss.; ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, ivi, p. 261 ss., correlandola ad una particolare declinazione della distinzione tra norme di azione e norme di relazione. Non pare invece affrontare direttamente il problema N. SAITTA, *Premesse*, loc. ult. cit., che, pur ritenendo rilevante, nella qualificazione dell'organizzazione, la definizione di una pluralità di ordinamenti, fonda, a ben vedere (pp. 60 ss.), la giuridicità delle norme organizzative sull'accettazione del carattere ipotetico della norma.

²⁶ M.S. GIANNINI, *Corso*, II, cit., pp. 116 ss. e 133 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 103 ss. e 115 ss. In tale prospettiva, può dirsi che la figura soggettiva rappresenta l'emersione, sul piano dell'ordinamento generale, di ciò che precedentemente sarebbe stato rappresentato dall'ordinamento amministrativo, per il progressivo dissolversi della autonoma realtà istituzionale di quest'ultimo in quella dell'ordinamento generale. La produzione avviene quindi, in questo senso, nell'ottica soggettiva propria di una concezione dualista del potere.

²⁷ È, questa, l'ottica propria di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1117 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi n. 59 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Ist. Enc. It., 1989, p. 2 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1987, p. 85 ss.; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, CEDAM, 1996, p. 176 ss., la quale considera la funzione sotto il suo profilo strutturale, come farsi dell'atto, e non nella sua visione teleologica, quale cura di interessi altrui, secondo la tradizionale impostazione diffusasi da parte di SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 179 ss.

Si noti, peraltro, come nella stessa impostazione di F. Benvenuti, pur ponendosi le basi per il superamento della tradizionale concezione volontaristica e psicologista del potere attraverso la sua oggettivizzazione nella riferita caratterizzazione della funzione, non si determina anche la totale espunzione del versante soggettivo dall'ordine della produzione dei fenomeni giuridici (cfr. in tal senso le lucide osservazioni di G. DI GASPARÉ, *Il potere*, cit., p. 175 ss.). Nell'ottica dell'illustre Autore, infatti, il soggetto rimane legato alla produzione giuridica della situazione effettuale, giacché, dal punto di vista soggettivo (cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1121), la funzione

compiuta visione oggettivistica del potere pubblico, e in essa ha risolto l'organizzazione amministrativa²⁸. In questo senso, si è posta infatti quella dottrina che, avvertita l'inadeguatezza della personalità giuridica a porsi quale referente del fenomeno della produzione, ha descritto il potere come energia giuridica attuale²⁹, che scaturirebbe dal continuo contatto tra realtà normativa e realtà istituzionale³⁰, la cui esplicazione consente il progredire

si risolve nell'attività del "soggetto a cui la funzione va imputata e che ne è, dunque, l'autore"; mentre, dal punto di vista oggettivo, la funzione è ciò che descrive l'esercizio del potere, la cui manifestazione sensibile avviene nel procedimento, che della funzione rappresenta la forma.

²⁸ Ci si riferisce a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968.

²⁹ Secondo G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 209 ss., spec. p. 219 ss., i fenomeni giuridici, distinti in quelli che attengono all'ordine della produzione e quelli che concernono l'ordine dell'imputazione, sono rappresentati, in relazione al primo dei due ordini, dal potere e dal procedimento, e, con riferimento al secondo, dalla persona giuridica e dalla responsabilità; figure intermedie, di sintesi, che descrivono gli aspetti terminali del campo della produzione e quelli iniziali dell'imputazione, sono l'organo e l'atto. In tale prospettiva, il potere è energia (non potenziale, bensì) attuale che si inserisce nello spazio compreso tra la norma e la sua attuazione "e cioè nel gioco di elasticità della volontà normativa rispetto alla disciplina della fattispecie concreta" (p. 228), secondo il modello di cui subito *infra*, alle note successive. Da tale rappresentazione della produzione giuridica (p. 266 ss.) è espunta quindi la categoria del soggetto, a cui non potrebbe essere ascritta la titolarità del potere quale energia potenziale (che come tale rilevarebbe quale situazione giuridica appartenente al soggetto stesso), giacché, nella costruzione oggettiva delineata, il potere non potrebbe determinarsi su un piano di potenzialità, ma soltanto di attualità; il soggetto è quindi relegato alla realtà dell'imputazione, cioè all'atto, i cui elementi (p. 273) "non sono, sotto il profilo della produzione, che la scomposizione, fittizia giacché a posteriori, e retrospettiva, dei fattori, dalla cui confluenza è appunto scaturita l'energia riversata nella produzione".

³⁰ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 253 ss., il quale, considerando che le forze dell'ordinamento sono da un lato la norma e dall'altro una determinata espressione istituzionale, riferibile agli ordinamenti particolari in cui si esprime la collettività, afferma che (pp. 259-260) nella produzione, tra questi ordinamenti e l'ordinamento complessivo come ordinamento normativo, non si frappone lo schermo della personalità, non opera cioè la separazione che rende distinguibili gli ordinamenti particolari da quello complessivo, ma "queste entità partecipano alla produzione giuridica apportando ad essa la loro forza di ordinamenti e cioè integrando sotto tale profilo la forza dell'ordinamento normativo". In questo quadro, (p. 262 ss.) la presenza degli ordinamenti particolari all'interno dei processi produttivi è dogmaticamente possibile attraverso la divisione tra la produzione e l'imputazione, delineando una fase o un momento della produzione dove gli ordinamenti, non presentandosi nella loro veste soggettiva, non si contrappongono all'ordinamento complessivo, ma si integrano in esso; tra i due livelli tra i quali si svolge la produzione giuridica, quello dell'ordinamento normativo e quello degli ordinamenti particolari, vi è corrispondenza nel senso che ad una norma o ad un gruppo di norme

dell'ordinamento. Nella prospettiva descritta, il potere viene dunque concepito come energia attuale, non potenziale: in tale ottica – che nella sua declinazione sembra essenzialmente costituire una rimeditazione critica dal punto di vista normativistico della teorizzazione istituzionistica³¹ – l'organizzazione si viene a risolvere nella dinamica del potere, nel senso che il nucleo organizzatorio essenziale scaturisce dalla composizione di un valore istituzionale e di un valore normativo che dà luogo al potere³², per cui

sull'attività corrisponde un ordinamento particolare ovvero una riunione di ordinamenti particolari. Il movimento giuridico si attua attraverso continui contratti tra tali poli, attraverso una composizione tra valore normativo e valore istituzionale, nel senso (pp. 266-267) che "l'ordinamento particolare o l'istituzione si esprime (...) mediante impulsi nei confronti della norma, basati sulla percezione e sull'espressione di un interesse, la cui ricorrenza è potenzialmente ed ipoteticamente assunta nel contenuto della norma stessa": la forza o l'energia che regge l'attuazione dei processi produttivi è il potere, che "non è dunque energia potenziale, ma attuale", giacché "l'ordinamento non è in se stesso mai potenziale, ma (...) esprime sempre una forza attuale". Il potere, cioè, non può descriversi allo stesso modo della norma quale proposizione ipotetica; infatti (pp. 275-276) "non tutte le espressioni obbiettive dell'ordinamento si possono trasferire in termini di proposizioni di dover essere. Il mondo obbiettivo non coincide cioè in tutto con la norma, in quanto contenente una proposizione circa il dovere di osservare un dato comportamento: l'ordinamento si afferma anche per la sua esistenza e cioè come modo di essere di una comunità e, così come vi sono figure che riproducono e ripetono il contenuto normativo dell'ordinamento, vi sono anche figure che riproducono il momento esistenziale dell'ordinamento stesso. Il potere appartiene a tale seconda categoria e, dominando e reggendo la produzione (...), è alcunché di esistenziale e non di normativo": ne consegue che i suoi risultati si definiscono in quanto esistenti e non come validi, cioè conformi al dato normativo.

³¹ In questo senso, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, p. 170, n. 130.

L'effettiva declinazione, nell'un senso o nell'altro, della teoria di Berti, è peraltro discussa, in ragione della complessità che strutturalmente la caratterizza: la iscrive nel più ampio filone dell'istituzionismo A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. Univ. Messina*, 1981, p. 429; allo stesso modo S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 749; ne considera invece l'approccio normativista G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 187 ss., ed ivi n. 84, anche in relazione al confronto con il precedente lavoro dello stesso G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1986 (ristampa di una prima edizione provvisoria de *La pubblica amministrazione come organizzazione* del 1961, poi profondamente modificata per l'impianto e per buona parte del contenuto e delle argomentazioni nella successiva opera omonima), che invece si sarebbe mosso in un ambito caratterizzato da un forte tentativo di conciliazione teorica dei punti di vista istituzionista e normativista.

³² G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 369 ss., secondo cui l'organizzazione in confronto al momento di imputazione della responsabilità dell'atto al soggetto, oltre a stabilire la misura del riferimento dell'atto all'organo, non

l'organizzazione amministrativa può concepirsi in senso dinamico come complesso di poteri³³.

La definizione dell'organizzazione, ad ogni modo, si è potuta declinare in una chiave normativista anche senza sfociare necessariamente in una completa commistione tra organizzazione e attività amministrativa. In questo senso, si è ritenuto che la linea di continuità fosse da fondarsi non appunto su una commistione, bensì su una contrapposizione dialettica tra le due entità. Nello specifico, l'organizzazione è stata rappresentata come uno sviluppo logico del corpo sociale, quale differenziazione in seno ad esso, strumentale alla cura di certi interessi della collettività, che promana dall'art. 97 Cost.; la struttura prodotta, in questo modo, nel farsi dell'organizzazione, parteciperebbe necessariamente alla considerazione dei fini dell'attività, in un processo continuo organizzazione-attività-interessi, senza necessità di un riferimento altro rispetto alla norma³⁴.

è che un riflesso più prossimo e più netto della vera organizzazione giuridica, che fa riferimento al potere. Tra l'ordinamento complessivo e le istituzioni minori in esso ricomprese non si instaura un rapporto interpersonale, ma il rapporto scaturisce dalla circostanza che l'istituzione sia in grado di esprimere un valore istituzionale idoneo a subire il confronto con la norma, idoneo, cioè, a comporsi con il valore normativo espresso dall'ordinamento complessivo, così da dar vita ad un potere. In questo senso, (p. 383) "la posizione di un ordinamento istituzionale verso l'ordinamento normativo è già un dato organizzatorio. Se organizzazione è ordine di una giustapposizione costante di elementi strutturali, la relazione tra l'istituzione e la norma, in quanto espressione di un ordinamento normativo, è organizzazione": (ivi, n. 18) "l'organizzazione entra nella realtà giuridica per così dire a pieno titolo, essendo appunto il risultato di un momento giuridico liminale quale è l'istituzione e di un momento giuridico più razionalizzato ma anch'esso originario, quale la norma". Poiché (p. 384 ss.) il potere nasce da questa organizzazione, è anch'esso un fatto di organizzazione: esso porta in se stesso la soluzione della pluralità degli ordinamenti istituzionali nell'unità dell'ordinamento normativo; in quanto formula organizzatoria di base, rende organizzazione la produzione stessa. Nel potere si risolve così, sotto il profilo dinamico, (pp. 385-386) "il problema della soggettività come riferimento ad una struttura giuridica di interessi differenziati: infatti, il potere inerisce l'interesse in se stesso come elemento che gli deriva dall'ordinamento istituzionale e quindi raggiunge la composizione tra l'interesse particolare e l'interesse generale della comunità".

³³ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 398-399, che in questo senso afferma che l'esercizio della competenza non è che la descrizione retrospettiva di una attuazione di potere, interpretata secondo gli strumenti dell'imputazione, ma, "poiché l'organizzazione giuridica ha un senso in quanto si traduca nell'attività giuridica e perciò è organizzazione in senso eminentemente dinamico, si può concludere affermando che il nucleo organizzatorio essenziale è il potere e che l'organizzazione amministrativa è una organizzazione di poteri, quali i soli elementi idonei, in quanto energie giuridiche, a interpretare e realizzare l'unità dell'ordinamento nella pluralità delle forze di cui esso si compone".

³⁴ In questo senso, in un'ottica riconducibile ai termini della costituzione materiale

Non sono mancate, infine, impostazioni che, pur ponendosi nell'ottica della funzione, non hanno però risolto l'intera ricostruzione in una chiave normativa, inserendo un elemento proprio di una caratterizzazione dualista del potere, senza peraltro necessità di ricorrere, per questa via, all'istituzionismo³⁵. Così, si è incentrata l'organizzazione amministrativa sul ruolo dell'ufficio, quale centro idoneo a collegare le azioni umane, nell'ambito della funzione, per la produzione di effetti giuridici: l'organizzazione amministrativa risulterebbe essere, in tal modo, il risultato di una qualificazione normativa che interviene a formare i rapporti organizzativi, nel suo aspetto statico; questa si legherebbe all'azione concreta nella sua dinamicità attraverso l'interposizione di un'attività di carattere mediato (di direttiva), interrottiva del gradualismo normativo³⁶.

mortatiana, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, spec. 114 ss. e 122 ss., partendo dal presupposto che la cellula dell'organizzazione è, sul piano giuridico, l'ufficio, cioè la possibilità-doverosità per un soggetto di curare un interesse collettivo, che sul piano oggettivo si risolve in una sfera di competenza, considera infatti, nell'ottica dell'art. 97 Cost., l'organizzazione come sviluppo logico del corpo sociale, quale differenziazione in seno ad esso, strumentale alla cura di certi interessi della collettività. In questo modo, come detto nel testo, la struttura prodotta, nel farsi dell'organizzazione, partecipa, non può che partecipare, alla considerazione dei fini dell'attività, è, cioè, posizione del canone valutativo della futura attività, in un processo continuo organizzazione-attività-interessi: la decisione organizzativa si rivela, infatti, necessariamente come decisione d'indirizzo dell'attività, in una continuità tra organizzazione e attività amministrativa ove l'assorbimento fra le due è precluso (cfr. p. 125, n. 54, per la critica alla tesi di Berti) proprio dalla circostanza che è dalla loro contrapposizione dialettica che scaturisce l'esperienza giuridica.

³⁵ Più in particolare, G. MARONGIU, *L'attività direttiva*, cit., pp. 85 ss., della cui impostazione si dirà subito di seguito, nel testo e in nota, ha inserito un elemento dualista al di fuori da una considerazione dell'ordinamento interno in chiave istituzionistica, in quanto, ritiene l'A., come già in precedenza accennato, che aderendo a tale teorica non ci si porrebbe effettivamente in discontinuità con l'impostazione che considera i rapporti organizzativi interni quali afferenti ad un ambito di supremazia speciale, solo passandosi, per la via indicata, ad una loro formulazione in termini non di diritto soggettivo, ma di diritto oggettivo.

In maniera simile, sotto il profilo in questione, si può vedere anche V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 14 ss. e 27 ss., il quale, nel rifiutare qualsiasi riferimento alla teoria degli ordinamenti, pone, quale rilevante ai fini dell'inquadramento dell'organizzazione amministrativa, un elemento comunque esterno rispetto alla norma, specificamente individuato nel ruolo che deve essere riconosciuto alla prassi amministrativa.

³⁶ È questa la rappresentazione che si ritrova in G. MARONGIU, *L'attività direttiva*, cit., spec. p. 108 ss.; ID., *Organo e ufficio*, cit., p. 4 ss., in cui è centrale l'ufficio, il quale, in disparte la sua possibile connotazione come organo, assume rilievo quale dato normativo a cui può far capo l'organizzazione: in un'ottica che fa riferimento all'esplicazione della

3. Considerazione oggettiva e soggettiva dell'organizzazione amministrativa

Si è visto, al precedente paragrafo, come l'elaborazione della funzione come farsi dell'atto, che pur in sé, nella sua originaria elaborazione, non determinava necessariamente la totale espunzione del versante soggettivo dall'ordine di produzione dei fenomeni giuridici³⁷, ha portato, nel successivo sviluppo di tale impostazione, ad estromettere completamente, nell'ottica di una concezione prettamente oggettivistica del potere, il soggetto dall'orizzonte della produzione giuridica, relegandolo al distinto piano dell'imputazione³⁸.

La considerazione oggettiva del potere, a cui per tale via si è pervenuti, è saldamente legata ad una concezione della funzione in cui la dinamica dell'attuazione del potere stesso risulta direttamente rivolta al momento produttivo della situazione effettuale. Il potere, come 'energia attuale', è energia volta alla trasformazione nel cui dinamismo il momento soggettivo è assorbito e si risolve: gli interessi differenziati che si ritrovano nella collettività non si esprimono, dunque, in differenti strutture soggettive, ma sono elementi che, attraverso il contatto tra l'ordinamento istituzionale e la norma, vengono ad inserirsi nel potere, attraverso il quale la pluralità di interessi trova composizione, risolvendosi nell'unità dell'ordinamento normativo³⁹. In questo senso, poiché l'organizzazione in confronto al momento dell'imputazione è solo un riflesso della vera organizzazione giuridica, che fa riferimento al potere, concepito nel senso già detto, si afferma che l'organizzazione scaturisce dall'idoneità di una realtà istituzionale ad esprimere il proprio valore attraverso una reazione al dato normativo:

funzione in senso strutturale, esso rappresenta il punto mediale, idoneo a consentire l'organizzazione dell'attività e a raccordare le azioni individuali in un agire strutturato rivolto alla produzione giuridica. L'ufficio assume dunque un ruolo centrale nell'ambito dell'organizzazione, non esaurendosi semplicemente in una sfera astratta di competenza normativamente attribuita, ma fungendo da centro idoneo a collegare le azioni umane per la produzione di effetti giuridici. In questo senso, come detto nel testo, l'organizzazione amministrativa è il risultato di una qualificazione normativa che interviene a formare i rapporti organizzativi, e quindi la struttura organizzativa nel suo aspetto statico: questa si lega all'azione concreta nella sua dinamicità attraverso l'interposizione dell'attività, di carattere mediato, di direttiva, che interrompe il gradualismo normativo, inserendo nella sua dialettica un elemento proprio di una prospettiva dualistica del potere.

³⁷ Cfr. quanto detto *supra*, al par. precedente, n. 27, in ordine all'impostazione di F. Benvenuti.

³⁸ Secondo l'impostazione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 209 ss., spec. pp. 219 ss. e 253 ss., di cui al par. precedente, nel testo e in nota.

³⁹ G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., spec. pp. 219 ss., 253 ss. e 384 ss.

tale reazione crea il potere, il quale, come tale, nasce dall'organizzazione ed è esso stesso fatto di organizzazione⁴⁰. Nella dinamicità del potere si risolve così il problema della soggettività come riferimento ad una struttura giuridica di interessi differenziati, quale risoluzione della pluralità degli ordinamenti istituzionali nell'unità dell'ordinamento normativo; configurandosi, cioè, all'interno del movimento dinamico, un'entità omnicomprensiva, ad un tempo soggetto ed oggetto dell'esperienza giuridica, nella cui unità verrebbero meno le conflittualità e parzialità proprie delle istanze soggettive⁴¹.

La chiave oggettivistica appena descritta, propria di tale dottrina, si è mantenuta, e si è resa in qualche modo ancora più evidente, anche nei successivi sviluppi che quest'ultima, nella sua espressione più compiuta, ha conosciuto, rispetto ai quali, alla centralità del potere obiettivato, è stata, per così dire, sostituita la centralità delle libertà della persona⁴².

Nella prospettiva propria di questa successiva elaborazione, le libertà si manifesterebbero infatti quale espressione diretta dei valori costituzionali, e, come tali, conterrebbero necessariamente un modo di essere del soggetto e insieme una posizione di responsabilità o solidarietà nei confronti degli altri soggetti; il loro intrecciarsi darebbe luogo, rispetto ad un particolare momento storico, ad un determinato ordine sociale, quale complesso di valori che si esprimerebbe all'interno del quadro costituzionale⁴³. L'ordine sociale, in questo senso inteso, parteciperebbe direttamente della sovranità, in ragione del ruolo costituzionalmente riconosciuto alle libertà: esso esprimerebbe quindi la sua positività senza necessità di intermediazioni organizzative, politiche e giuridiche, dello Stato⁴⁴. L'Amministrazione,

⁴⁰ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 369 ss.

⁴¹ Secondo l'immagine data all'impostazione di Berti nell'analisi compiuta sul punto da A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., pp. 437-438.

⁴² In questo senso il percorso di G. Berti, rispetto all'impostazione sostenuta ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. L'evoluzione può riscontrarsi già nella *Nota di chiusura* (1985), in ID., *Il principio organizzativo*, cit., p. 175 ss., per farsi poi più evidente nel corso delle opere successive: cfr. ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, CEDAM, 1994 (ma varie ediz., antecedenti e successive), spec. pp. 37 ss. e 139 ss.; ID., *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, Padova, CEDAM, 1994, *passim*, spec. p. 357 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 458 ss. Si ritrova, da ultimo, in particolare, nella sua opera postuma, parzialmente incompiuta, ID., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, CEDAM, 2008, spec. p. 83 ss.

Sulla centralità del concetto di libertà si veda lo stesso F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 877 ss.

⁴³ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 101 ss.

⁴⁴ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 107 ss., per cui (p. 107) "libertà significa negazione

si afferma allora in questo senso, sarebbe una forma della società, non un'immagine dello Stato: sarebbe, cioè, uno spazio all'interno del quale può rilevarsi l'effettivo atteggiarsi dell'ordine sociale⁴⁵, assumendo rilievo, a tale fine, la dimensione procedimentale come sede in cui detto ordine viene ad emergere⁴⁶. Il momento organizzativo si strutturerebbe di conseguenza, e rispetto a tale rappresentazione si verrebbe a risolvere lo stesso potere: l'organizzazione si costituirebbe, infatti, come effetto di un ordine giuridico già esistente e, come tale, dovrebbe adattarsi al principio di libertà da cui appunto l'ordine stesso ha preso l'avvio, cosicché l'ordine basato sulle libertà andrebbe direttamente a condizionare l'ordine come espressione di organizzazione⁴⁷.

della necessità che, per trasmettere alla dinamica sociale la positività (...) occorra necessariamente la mediazione dell'organizzazione politica e giuridica dello stato": ed infatti, (p. 111) se l'ordine oggettivo non è altro, come detto, che l'insieme dei valori sociali intesi nel senso della libertà e nel senso della normatività, che deriva a sua volta dalla connessione delle libertà e dei valori, esso può affermarsi anche positivamente senza l'ausilio o l'intermediazione di una organizzazione politica.

⁴⁵ G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 395 ss. Si veda anche U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, CEDAM, 1996, spec. pp. 10 ss. e 221 ss.

Per la nota rappresentazione della coesistenza, all'interno della nostra Costituzione, di tre modelli di Amministrazione diversi tra loro – un'Amministrazione servente il potere politico; un'Amministrazione autocefala; un'Amministrazione comunitaria – che portano ad una continua tensione nella dialettica tra dipendenza politica e autocefalia (oltre che in quella accentramento-decentramento), si veda M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1845 ss.

⁴⁶ In questo senso, secondo la prospettiva in generale già tracciata da F. Benvenuti, cfr. lo stesso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, p. 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 463 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., pp. 316 ss., 368 ss. e 401 ss.; nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, spec. pp. 281 ss., 303 ss. e 329 ss. (capitoli corrispondenti ai saggi *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Dem. dir.*, 2006; *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007; *Democrazia partecipativa e controllo dell'amministrazione*, in *Dem. dir.*, 2006). Sul punto, si veda *infra*, par. 4, nel testo e in nota.

⁴⁷ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 108, per cui se si parte dalle libertà anziché dal potere, l'organizzazione, così come costruita e immaginata in relazione ai poteri, non può più rappresentare la sede delle elaborazioni dell'ordine giuridico: "questo deve trovare

Ora, la rappresentazione in esame ha conosciuto, va detto, una sostanziale adesione da parte di uno specifico filone dottrinale, che, ponendosi in continuità con il percorso oggettivistico svolto, ha concepito la persona umana come unità fondamentale dell'organizzazione pubblica⁴⁸.

la sua consistenza indipendentemente dall'organizzazione e comunque prima che essa si costituisca: l'organizzazione si costituisce allora come effetto di un ordine giuridico già esistente e dovrà adattarsi al principio di libertà da cui appunto l'ordine stesso ha preso l'avvio. L'ordine basato sulle libertà condiziona dunque l'ordine come espressione di organizzazione. Quest'ultimo, in altri termini, rispecchierà il primo, divenendone la rappresentazione finale e conclusiva, ma essenzialmente fedele". In questo quadro (pp. 121-122) il potere, "cioè la forza dell'ordinamento che assiste il confronto dei diritti tra loro (...), nasce dalla libertà e se ne distingue solo come una specificazione, in quanto la libertà personale si oggettiva nella trama dell'ordinamento": esso è solo "un tramite, sul piano linguistico, tra le libertà in senso assoluto e il diritto (e dovere) del soggetto nell'ambito appunto dell'organizzazione sociale e dell'ordine in cui questa si rispecchia". Il potere, inteso non come figura all'interno dell'ordine di imputazione, ma come 'energia attiva', non è quindi più l'elemento centrale nel riferimento all'organizzazione, come ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 369 ss., su cui *supra*, al par. precedente.

⁴⁸ Nel senso descritto, si veda L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *Pers. Amm.*, 2019, 1, pp. 7 ss., con modifiche e con il titolo *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 43 ss.; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, *ivi*, 2017, 1, p. 3 ss., spec. pp. 41 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 61 ss.; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, CEDAM, 2016, pp. 1153 ss.; nonché, più in generale, ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.; ID., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 138-139. Si afferma, in proposito, che l'Amministrazione apparterrebbe all'ordine giuridico della società: rispetto a quest'ultima, infatti, la sovranità si esprimerebbe, in ragione dell'interpretazione che viene accolta del combinato disposto degli artt. 1 e 2 Cost., non solo nella legittimazione democratica di tipo rappresentativo, ma anche trattenendosi nel perimetro della sovranità popolare, senza articolarsi in forme istituzionali ed esprimendosi con l'esercizio delle libertà e dei diritti 'riconosciuti' dalla Costituzione, un ordine della società. Tale ordine, appunto per le caratteristiche appena esposte, è propriamente giuridico, di carattere extralegale: in seno ad esso è dato rinvenire, attraverso l'esplicazione di un moto continuo, la formazione di regole (concretamente conoscibili e verificabili) che i valori dell'ordine giuridico della società esprimono, ovviamente in conformità con gli elementi fondativi dell'ordine stesso (poiché, cioè, ciò che fonda la sussistenza di un siffatto ordine giuridico è il trattenersi delle libertà e dei diritti inviolabili nell'ambito della sovranità popolare, nessuna regola di quest'ordine potrà mai contrastare con libertà e diritti inviolabili che ne costituiscono il fondamento). L'esistenza di un ordine giuridico della

Tuttavia, in via generale, va pure aggiunto, il filone oggettivista non può dirsi aver trovato riscontro in tale sua più compiuta (ed estrema) declinazione. Le critiche, che ad esso sono state mosse, hanno in particolare assunto, essenzialmente, due differenti tipologie di gradazione.

Secondo un primo ordine di idee, vi sarebbe la necessità di recuperare una piena espressione soggettiva dell'esplicazione del potere pubblico, in quanto un'impostazione oggettivistica porterebbe comunque con sé, necessariamente, l'assorbimento dell'individuo, e della sua sfera di interessi, in quella della funzione⁴⁹. Il recupero del soggetto pubblico diviene, così, strumentale alla garanzia del soggetto privato, nella sua individualità, e corrispondentemente dovrebbe essere ricostruito il modello organizzativo amministrativo.

Secondo un differente ordine ricostruttivo, invece, le esigenze sottese alla ricostruzione oggettivistica non andrebbero disconosciute. Si afferma, cioè, la condivisibilità della valenza critica assunta da tale ricostruzione nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, e, con essa, la necessità di confrontarsi con una pluralità di centri di interessi all'interno dell'ordinamento complessivo; si coglie, inoltre, il generale rilievo che, in tale ambito, viene conferito alla processualizzazione dell'attività, e alla conseguente neutralizzazione del processo produttivo,

società, in cui si continua ad esprimere la sovranità, sarebbe allora idoneo a funzionalizzare ad esso tutte le funzioni pubbliche; la persona umana diviene, del pari, parte della stessa organizzazione amministrativa, declinata nel senso descritto.

Sul punto, si veda anche M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *Pers. amm.*, 2020, 1, pp. 545; ID., *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, *ivi*, 2021, 1, pp. 49 ss.; nonché ID., *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, *ivi*, 2020, 2, pp. 523 ss. Tale A., prendendo a fondamento l'art. 2 Cost., considera i soggetti privati come parte dell'organizzazione amministrativa, e, in ragione della commistione tra attività e organizzazione che si viene a creare, sostiene l'estensione dei principi propri della prima alla seconda. Si critica, del pari, in maniera decisa, la teoria dell'immedesimazione organica, la quale, fornendo solo il profilo giuridico dell'imputazione e dissolvendo in esso la persona (si veda quanto detto *supra*, par. 2, nonché quanto si dirà subito di seguito, nel testo), pone lo Stato-persona in chiave centrale, rendendo, di fatto, irrilevante l'organizzazione.

⁴⁹ In questo senso A. ORSI BATTAGLINI, *"Lastratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1307 ss., spec. pp. 1328 ss. e 1343 ss.; ID., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*; L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 11 ss.; C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 133 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. pp. 66 ss. e 176 ss.; nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 764 ss.

anche ai fini di ricercare una legittimazione del potere che avvenga sotto un profilo obiettivo, nel tradizionale decadimento del valore legittimante rivestito in proposito dalle procedure elettorali⁵⁰. Tuttavia, si ritiene che le esigenze descritte non dovrebbero portare ad una svalutazione del piano del soggetto, ma, al contrario, andrebbero piuttosto incanalate, per così dire, in una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo nell'ambito della globale esplicazione della funzione⁵¹.

In questo senso, si è affermato, la generale valenza critica, nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, non avrebbe posto comunque in ombra la circostanza per cui la carica di valore dei differenti interessi in gioco all'interno dell'ordinamento complessivo, nella loro conflittualità e contraddittoria complessità, non sarebbe idonea a ridursi ad una aprioristica unità sistematica rappresentata dal momento organizzatorio, ma necessiterebbe, al contrario, di una traduzione in termini soggettivi⁵². La stessa neutralizzazione del profilo di autoritarità del potere, che si vorrebbe raggiungere attraverso il riferimento ad un circuito atto a rilevare in maniera obiettiva l'interesse pubblico concreto sotteso alla decisione, nell'attribuire al potere una legittimazione idonea ad imporsi da sé nella sua obiettività, con una profonda svalutazione del ruolo dell'autorità decidente, non considera come sia proprio il venir meno di qualsiasi dato soggettivo, o meglio la sua artificiosa svalutazione in una totale obiettivizzazione della funzione, a rischiare di portare, a causa della

⁵⁰ Su quest'ultimo punto, per un approfondimento, si vedano, tra gli altri, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 873 ss., spec. pp. 883 ss., 909 ss. e 957 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 3467 ss.; ID., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, in *Jus*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, V, cit., p. 3927 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 449 ss. Sulla legittimazione del potere, si veda più in generale ID., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 558 ss. Si rimanda, in ogni caso, a quanto da noi già considerato ne *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 25 ss., nel testo e in nota, ed ivi ulteriori e più approfonditi richiami bibliografici.

⁵¹ In questo senso, in particolare, la prospettiva di A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., pp. 435 ss. e 465 ss., di cui di seguito, nel testo e in nota.

⁵² Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 435 ss., per cui (p. 459) "la categoria soggettiva (...) riveste un'importanza fondamentale, consistente nell'attribuzione, che solo tramite essa è possibile operare, di senso e di valore all'interno dell'ordinamento". In generale, il problema della soggettività giuridica e il declino della categoria del soggetto giuridico è questione più volta ripresa da parte di tale illustre A.: cfr. A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 279; ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 966 ss.

sua stessa artificiosità, ad un principio di legittimazione autoritario⁵³.

Allo stesso modo, può aggiungersi, anche il successivo sviluppo dell'impostazione oggettivistica, nel porre al centro della propria ricostruzione le libertà quali espressione dei valori costituzionali in cui si attua l'ordinamento (elemento idoneo a ricomprendere in sé, risolvendo l'uno nell'altro, il momento oggettivo e soggettivo del diritto), pur dando una più compiuta risposta all'esigenza contenutistica appena descritta, non si sottrae al rischio di un riferimento a conflitti che si presuppongono già, in sé, risolti all'interno dell'ordine della società, e quindi, nella sostanza, ad una negazione del conflitto stesso come contrapposizione tra soggetti; seguendosi peraltro, per tale via, una ricostruzione dell'assetto ordinamentale che conduce ad una compiuta svalutazione dello stesso concetto di potere nell'ambito della dinamica giuridica, e alla radicale riduzione dell'organizzazione a schermo dell'ordine sociale⁵⁴.

In considerazione dei rilievi riportati, le esigenze sottese al superamento di una rappresentazione individualistica del soggetto pubblico sono state allora incanalate nella ricerca di una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo, che fosse idonea a portare in evidenza il valore subiettivo sotteso alla conflittualità e frammentarietà degli interessi in gioco, e, per tale via, a recepire le istanze partecipatorie provenienti dalla collettività⁵⁵.

La comune considerazione, che si riscontra attualmente in ordine alla definizione dell'organizzazione amministrativa, si pone, in effetti, più o meno consapevolmente, nel solco della generale prospettiva appena descritta.

Lo Stato, in sé, non si reputa infatti svolgere più da tempo una funzione unificatrice od omogeneizzatrice, ed è presentato soltanto come uno dei soggetti pubblici che vengono in considerazione⁵⁶. Il dato soggettivo

⁵³ A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., pp. 463-464.

⁵⁴ Si veda, in proposito, quanto da noi rappresentato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 247 ss.

⁵⁵ In questo senso A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 465 ss., che riportava la necessità di adeguare alla positiva realtà della soggettività sociale l'assetto della soggettività giuridica: si riconoscono così, in linea di principio, le prerogative soggettive ad ogni entità che sociologicamente si profili come centro unitario, cioè sufficientemente coeso, di interessi, da indicarsi attraverso il concetto di 'figura soggettiva', secondo la concezione, espressamente richiamata, di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 115 ss., che fa propria una prospettiva di stampo istituzionistico, come visto *supra*, al par. precedente, nel testo e in nota.

⁵⁶ Si vedano, *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 131 ss.; F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione*, cit., pp. 462 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 77 ss.; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, cit., pp. 39 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 67 ss.; S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*.

si comporrebbe così, in vario modo, delle unità rappresentate da figure soggettive⁵⁷, cioè da quelle entità, dotate o meno di personalità giuridica, idonee ad essere titolari di posizioni protette in chiave organizzativa e/o procedimentale, e quindi dei correlati rapporti intersoggettivi⁵⁸. In tale prospettiva, si evidenzia il ruolo fondamentale degli uffici, quali unità organizzative a cui si correla una sfera di compiti individuata dal dato normativo⁵⁹; mentre si viene a collegare la figura dell'organo all'ordine di imputazione, e se ne evidenzia il differente piano di rilevanza rispetto a quella dell'ufficio, ponendosi in diverse declinazioni, ma in maniera essenzialmente problematica, i rapporti tra le due entità nell'ordine della produzione⁶⁰.

Le relazioni organizzative, che per tale via vengono a delinearci, vengono incentrate, essenzialmente, su rapporti di direzione, indirizzo e coordinamento (nei differenti significati, e sui diversi piani, a cui tali figure vengono riferite), relegandosi ad evenienza ormai infrequente la

Lineamenti di teoria dell'organizzazione, Padova, CEDAM, 1996, pp. 67 ss.; A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, cit., p. 4025; M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *Pers. amm.*, 2021, pp. 255 ss.

⁵⁷ La considerazione della figura soggettiva si ritrova, come ricordato, in M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 115 ss., nella specifica elaborazione rappresentata *supra*, al par. precedente. L'utilizzo di tale generale categoria, va avvertito, non si pone però necessariamente in aderenza all'impostazione gianniniana: si veda, in proposito, quanto sostenuto dagli Autori riportati alla nota successiva.

⁵⁸ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, pp. 473 ss. e 494 ss.; V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, pp. 74 ss.; G. SCIULLO, *op. ult. cit.*, pp. 65 ss.; S. VALENTINI, *op. loc. ult. cit.*; M. TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ In questo senso, in varie declinazioni, alcune delle quali già in proposito esaminate, M.S. GIANNINI, *Organi*, cit., pp. 41 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 127 ss. e 140 ss.; F. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., pp. 5-6; A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, cit., pp. 4019 ss.; ID., *La competenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 141 ss.; F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., pp. 545 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., pp. 68 ss. e 86 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., pp. 75 ss.; S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, cit., pp. 30 ss. Sul punto, si veda già A. DE VALLES, *Teoria dell'organizzazione*, cit., pp. 7 ss.; ID., *Competenza e ufficio*, cit., pp. 325 ss.

⁶⁰ Cfr., sempre nelle differenti declinazioni, M.S. GIANNINI, *Organi*, cit., pp. 44 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 140 ss.; F. MARONGIU, *op. ult. cit.*, pp. 4-5, in chiave critica, conformemente alla Sua ricostruzione; A. PIOGGIA, *opp. loc. ult. cit.*; ID., *Organo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, cit., pp. 4049-4050; F.G. SCOCA, *Le Amministrazioni*, cit., pp. 488 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., pp. 79 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., pp. 98 ss.; nonché S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, cit., pp. 73 ss., il quale peraltro ritiene figura di imputazione anche il mero ufficio, differendo l'organo soltanto in quanto idoneo a porre in essere atti forniti di effetti non mediati verso l'esterno.

presenza di un rapporto di gerarchia⁶¹. Si discute, poi, sia di quali rapporti

⁶¹ Si è infatti visto *supra*, al par. precedente, come la risalente considerazione gerarchica dell'Amministrazione, quale indicante una relazione di supremazia tra soggetti agenti al suo interno, fu oggetto di rivisitazione in ragione del rilievo che si era venuto a riconoscere all'organizzazione e ai rapporti tra unità organizzative, il quale necessitava, a tale scopo, di una certa separazione di competenze tra le unità stesse, che la gerarchia non era idonea ad assicurare compiutamente (A. DE VALLES, *Teoria*, cit., pp. 77 ss. e pp. 244 ss., di cui si è detto *supra*, par. 2, in nota). La centralità di tale modello è stata allora sostituita, come pure si è visto, da quella della direzione; e su di essa venne a strutturarsi il successivo assetto organizzatorio, anche in ragione delle modifiche legislative successivamente intervenute, in particolare con il d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993, che hanno configurato in maniera corrispondente i rapporti tra politica e amministrazione. La gerarchia, dal canto suo, è stata relegata ad ipotesi eccezionali, e nella maggioranza dei casi considerate in senso improprio, con il riconoscimento, cioè, di poteri di ordine, ma non con piena fungibilità di sfere di competenze.

Nella prospettiva descritta, il rapporto di direzione, in sé, è stato agevolmente definito, in via generale, come potere di indicare scopi da perseguire e di stabilire priorità degli scopi medesimi, senza tuttavia la possibilità di imporre comportamenti specifici. Esso, però, si è presentato problematico quanto alla sua specifica determinazione, risultando, in particolare, discussi i profili concernenti: le tipologie di poteri afferenti alla direzione; l'effettiva estensione, in termini di pervasività sull'attività da porre in essere, del potere di direttiva; l'efficacia giuridica dei relativi atti. Rispetto a tale, non del tutto definito, inquadramento, discusso è risultato anche il rapporto con altre figure, quali l'indirizzo o il coordinamento (nonché con lo stesso atto di direttiva, in sé inteso), oscillandosi, a seconda dell'impostazione assunta, tra la loro considerazione, da un lato, quali sostanziali sinonimi della direzione, o comunque in parte con essa coincidenti, o ancora corrispondenti ad una relazione a sé stante (in particolare, in questo senso, la considerazione del coordinamento quale espressione di rapporti di equiordinazione: cfr. subito di seguito, in nota); e, dall'altro, come figure rilevanti su un piano differente, quali singoli poteri ricompresi all'interno di rapporti organizzativi, o, in diversa maniera, come tipologie di attività risultato dell'esercizio di poteri inerenti a differenti tipi di rapporti organizzativi. Da ultimo, poi, l'impianto relazionale di queste figure è stato posto in correlazione con l'esplicazione del procedimento (in questo senso, ad es., l'esplicazione del coordinamento infrastrutturale secondo G.D. Comporti, cit. subito di seguito), sul quale, più in generale, si è concentrata maggiormente l'attenzione in ordine al loro rilievo nei rapporti tra soggetti pubblici: cfr. subito *infra*, nel testo.

Sul punto, si tengano presente, in particolare M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 277 ss.; F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, cit., pp. 599 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., pp. 101 ss.; G. TREVES, *L'organizzazione*, cit., pp. 80 ss.; S. VALENTINI, *Figure*, cit., pp. 87 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., pp. 120 ss.; ID., *La direttiva amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1 ss.; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 11 ss.; ID., *Coordinamento*, cit., pp. 632 ss.; G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione nella società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., pp. 41 ss., 73 ss. e 141 ss.; ID., *Gerarchia amministrativa*, cit., pp. 616 ss.; F. MERUSI, *Le direttive*

organizzativi assumano in tal senso rilevanza, tendendosi a reputare configurabili tanto rapporti propriamente intersoggettivi quanto rapporti soltanto interorganici⁶²; sia del carattere unicamente sovraordinato, o anche equiordinato, delle relazioni che possono intervenire⁶³.

L'impianto strutturale, in tal senso definito, è stato rapportato alle modifiche apportate dalla l. n. 241/1990, nel frattempo intervenute, subendone un adeguamento, ma, a ben vedere, non un corrispondente ed effettivo stravolgimento.

È stato evidenziato, invero, come l'introduzione della normativa generale del procedimento abbia portato con sé una nuova considerazione dell'impianto organizzativo e procedurale proprio del momento della produzione⁶⁴. In particolare, in tale prospettiva, si è denunciato il sostanziale

governative, cit., pp. 222 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Direttiva*, cit., pp. 3 ss.; S. D'ALBERGO, *Direttiva*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 603 ss.; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 75 ss.; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 25 ss. e 63 ss.; G.D. COMPORI, *Il coordinamento*, cit., pp. 30 ss.; A. PIOGGIA, *Gerarchia*, cit., pp. 2661 ss.; E. CATELANI, *Direttiva (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., III, pp. 1854 ss.; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012, pp. 7 ss.; S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *Pers. amm.*, 2020, 1, pp. 21 ss.; A. GIURICKOVIC DATO, *L'amministrazione coordinante: nozioni, morfologia e sviluppi*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 1 ss.

⁶² Si veda, ad es., M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 278 ss.; da ultimo, G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., pp. 132 ss.

⁶³ La posizione tradizionale si è posta nel senso che le relazioni di carattere equiordinato possano esplicarsi solo su un piano dinamico procedimentale, rimanendo, sotto il profilo statico, i relativi soggetti, in una posizione di reciproca indifferenza, al limite soggetti a coordinamento (cfr. in questo senso M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 299 ss.; F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., p. 602; *contra*, S. VALENTINI, *Figure*, cit., pp. 102 ss., che la considera una tipologia di rapporto a sé). In questa prospettiva, l'attività di coordinamento, in sé, verrebbe comunque ad esprimere una, quantomeno relativa, sovraordinazione (V. BACHELET, *Coordinamento*, cit., p. 635; da ultimo, M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche*, cit., p. 261), non potendo intendersi, essa stessa, come rapporto equiordinato (così, invece, parrebbe, G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., p. 131).

⁶⁴ In particolare, viene in questo senso in evidenza la considerazione della funzione, non sul piano della produzione effettuale, bensì specificamente su quello della decisione, e la valorizzazione dell'elemento contenutistico che a quest'ultima si accompagna, il quale è potuto compiutamente emergere nel momento in cui il tessuto di relazioni che in questo senso si crea (la sostanza processuale dell'attività, detto altrimenti) ha trovato esplicito riscontro nel dato normativo (nella l. n. 241/1990, e nelle successive modifiche della normativa sull'organizzazione): sul punto, cfr. quanto si dirà *infra*, al par. successivo, nel testo e in nota.

venir meno, o comunque la forte svalutazione, delle relazioni organiche e formali proprie del modello organizzativo precedente: è venuta in rilievo, a tal proposito, la figura del responsabile del procedimento⁶⁵, la quale avrebbe incentrato il modello organizzativo amministrativo sulla dinamica della produzione giuridica⁶⁶; mentre è stato svalutato lo schermo dell'organo,

⁶⁵ Rispetto alla figura del responsabile del procedimento, e ai relativi poteri di trattazione e istruzione di cui agli artt. 4 e 5, l. n. 241/1990, sono state infatti configurate puntuali relazioni giuridiche di carattere organizzativo e procedimentale con i soggetti privati che intervengono nel procedimento, con i soggetti pubblici partecipanti, e con l'autorità decidente, se diversa dallo stesso responsabile; relazioni che hanno posto in discussione il tradizionale assetto organizzativo dell'Amministrazione, nel senso descritto nel testo. Sul punto cfr., con differenti posizioni, M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 13 ss.; ID., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, *ivi.*, 2000, p. 505 ss.; M. RENNA, M. SGROI, *Il responsabile del procedimento*, in G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, CEDAM, 1995, p. 99 ss.; A. MAVELLI, *La responsabilità per il procedimento tra organizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Jus*, 1999, p. 977 ss.; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica*, cit., pp. 170 ss.; F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., p. 556 ss.; A. ZITO, *Compiti del responsabile del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 189 ss.; ID., *Profili funzionali del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, p. 167 ss.; S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento tra amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in *Giustamm.it*, 2009; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 525 ss.; G. SORICELLI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Napoli, Ed. Scientifica, 2009; M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, in *Pers. amm.*, 2019, 1, pp. 373 ss.

⁶⁶ Rileva E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Ist. Enc. It., 1995, p. 5, come il responsabile del procedimento sia idoneo a rispondere all'"esigenza di stabilire i nessi tra la produzione e l'imputazione dell'attività e di stabilire per questa via i centri di responsabilità dell'agire amministrativo, dispersi nei rivoli delle competenze amministrative". Sulla presenza di un nuovo criterio di organizzazione, che mette la parola fine alla separazione tra il momento della produzione del potere e quello della sua imputazione, si esprime G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 407 ss. Che l'impianto della l. n. 241/1990 costituisca un passo in avanti per l'adattamento dell'organizzazione e del procedimento all'ordine sociale che dovrebbero rispecchiare, ma che comunque le nuove figure e strutture di responsabilità, compreso il responsabile del procedimento, siano state sostanzialmente ingabbiate nelle maglie del vecchio modello amministrativo, è stato peraltro sostenuto da G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 279 ss.; cfr. già ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 283 ss., spec. p. 301 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, cit., spec. pp. 465-466.

che, secondo alcuni, sarebbe da considerarsi definitivamente relegato al momento formale dell'imputazione, perdendo, in tale prospettiva, ogni valenza dinamica⁶⁷. Sia pure, quindi, con possibilità di diverse graduazioni, si sarebbe così venuta a porre una differente declinazione del rapporto dell'ordine della produzione con quello dell'imputazione; correlativamente, hanno potuto ricevere un differente rilievo giuridico i rapporti procedurali che è dato riscontrare nell'esplicazione della funzione⁶⁸.

Rispetto a tale prospettiva, quando dalla influenza della dinamica della produzione sul modello organizzatorio si passa però ad una riconsiderazione di quest'ultimo, non pare messo in diretta discussione l'assetto precedente, per come lo si è rappresentato. In disparte, infatti, l'ultima declinazione della Scuola prettamente oggettivistica, di cui si è detto⁶⁹, le trattazioni attuali sull'organizzazione non si pongono, per lo più, in termini marcatamente differenti da quelle precedenti, salvo che per taluni adeguamenti intervenuti in senso corrispondente⁷⁰. Quel che più conta,

⁶⁷ Si vedano G. DI GASPARÉ, *op. loc. ult. cit.*; E. CARDI, *op. loc. ult. cit.* Da ultimo, nell'ambito dell'impostazione oggettivistica, M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa*, cit., p. 384, ha evidenziato come "l'organo era la figura organizzativa deputata a manifestare la volontà dell'amministrazione e l'atto amministrativo negoziale (e successivamente il provvedimento amministrativo, dotato di imperatività) era l'ipostasi giuridica di siffatta manifestazione di volontà". In senso invece di continuità con la precedente impostazione, F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., pp. 556 ss.

⁶⁸ L'impianto strutturale che si è venuto a creare è caratterizzato, infatti, dal rilievo di una pluralità di situazioni giuridiche di carattere procedurale, nel senso che si verrà a specificare nel proseguo della trattazione. In proposito, può evidenziarsi come lucidamente lo stesso G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 300, n. 80, notava come, nel momento in cui "fosse prevista una disciplina della partecipazione del privato all'azione amministrativa, la posizione individuale assumerebbe immediatamente il carattere di situazione soggettiva, giacché si trasferirebbe subito sul piano dei rapporti tipici della procedura. Mancando questa disciplina, non viene meno però la base materiale dell'interesse, che opera quindi come misura obbiettiva nei confronti della trasformazione di potere. La soggettivizzazione dell'interesse, mancando detta procedura, si verifica perciò in un momento successivo, quando l'atto è stato emanato ed è possibile reagire ad esso in sede giurisdizionale. La base materiale resta dunque identica".

⁶⁹ Cfr. *supra*, nel testo e alla n. 48.

⁷⁰ Si vedano le trattazioni richiamate diffusamente sopra, in nota. In effetti, la maggior parte degli spunti in ordine ad una possibile evoluzione dell'organizzazione amministrativa sono venute o da una trattazione di istituti specifici, in sé necessariamente affini con la dinamica dell'attività (su tutti, il responsabile del procedimento), o dall'analisi stessa dell'attività amministrativa (cfr., oltre ai contributi già citati, ad es. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 175 ss.; nonché, ampiamente, quanto si dirà *infra*, al par. successivo).

non sempre è agevole comprendere se tale approccio derivi da un'asettica adesione ai modelli tradizionali, ovvero se rappresenti l'esito di una specifica opzione ricostruttiva, che conduca, pur alla luce delle modifiche intervenute, a mantenere più o meno intatti i moduli precedenti.

Il risultato, ci pare, è una particolare incertezza, nel quadro attuale, sia in ordine alla specifica declinazione dei rapporti organizzatori, sia in merito all'effettivo rapporto intercorrente tra il momento dell'organizzazione e il momento dell'attività. Ciò che, peraltro, va in generale a caratterizzare, non può che andare in generale a caratterizzare, gli stessi istituti che si collocano all'interno dell'ambito relazionale che collega l'un momento con l'altro: si pensi, su tutte, alla questione concernente la definizione in senso monista o dualista della discrezionalità amministrativa, che di fatto, attualmente, non riceve una soluzione pienamente soddisfacente, venendo risolta, di solito piuttosto acriticamente, nei termini propri della sua tradizionale, e tutt'ora più diffusa, elaborazione⁷¹.

4. Il rilievo procedurale dell'organizzazione. La struttura procedurale della funzione

La logica che considera l'organizzazione quale profilo statico e separato dall'attività rispecchia, in sé, il collegamento con una visione unitaria dello Stato, e un'adesione ad una sua concezione improntata ad un soggettivismo sostanzialistico e alla sua espressione attraverso il dogma volontaristico; suoi corollari sono la considerazione dell'interesse pubblico in senso astratto, profilo già dato in capo allo Stato-persona, e il fondamento dei relativi rapporti con il cittadino sul paradigma della tradizionale contrapposizione autorità-libertà. La logica che lega organizzazione e attività, si pone, al contrario, all'interno di una visione pluralistica dei centri di interesse, e ad una considerazione della definizione dell'interesse pubblico all'esito dello svolgimento della funzione amministrativa, inteso quindi in concreto; nella sua espressione più radicale, ciò comporta la piena obiettivizzazione dell'azione amministrativa, e la piena confluenza del momento organizzatorio in quello dell'attività, inclusa anche la stessa ascrizione della persona privata all'organizzazione amministrativa⁷². L'attuale quadro ricostruttivo, complice anche l'intervento, ormai di parecchi anni

⁷¹ Sul punto, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 427 ss.

⁷² Cfr. *supra*, par. 3, nel testo e in nota.

fa, della l. n. 241/1990, pare oscillare tra i due poli, concedendo all'uno, ma senza lasciare l'altro, in una commistione che sembra più un tentativo di bilanciamento compromissorio tra tendenze contrapposte, che non l'esito di un'esplicita opzione ricostruttiva.

In tale prospettiva, deve, a nostro avviso, considerarsi quanto segue.

La definizione della funzione in termini normativo-strutturali, di cui si è già ricordato descrivendo la teoria oggettivistica, nel considerare la funzione come concretizzazione del potere nell'atto, viene ad incentrarla sul ruolo della disciplina procedurale in relazione al momento della trasformazione del potere: è attraverso la rilevanza che la funzione assume nel procedimento, in considerazione della struttura propria di quest'ultimo, che essa acquisisce una determinata consistenza contenutistica sotto il profilo giuridico⁷³. L'eccessiva connotazione formale che, per tale via, la figura in esame rischierebbe di assumere, è risultata stemperata dal

⁷³ In questo senso la considerazione del procedimento come la "forma della funzione", o la "manifestazione sensibile della funzione", secondo la formula enunciata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1123 ss., rischia di apparire riduttiva, laddove da essa non si faccia conseguire il collegamento della consistenza della rilevanza giuridica della funzione con quella che è la sua struttura procedimentale.

In particolare, secondo G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 279 ss., della cui posizione si è già detto, la funzione rappresenta il procedimento sostanziale attraverso il quale il potere si trasforma; un modo, cioè, di attuazione del potere, che risponde al *come* il potere si trasforma, e che non va confuso con la sua forma, cioè con il procedimento in senso formale, che corrisponde invece alla realizzazione della descrizione normativa dello svolgimento della funzione, la quale ha lo scopo di consentire il riscontro della validità del risultato della funzione (l'atto): in questo senso, la funzione (ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss., cit. p. 786) "è la sostanza processuale dell'attività", mentre il procedimento formale atterrebbe all'ordine di imputazione, e quindi appunto all'atto. Ancora più netta, poi, la posizione di F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 123 ss., che abbandona la concezione del procedimento in senso formale contrapposta al procedimento sostanziale, per definire la funzione come un modo tipizzato di attuazione del potere, con un'identificazione, quindi, della funzione nel procedimento. In generale, può richiamarsi, sul punto, anche quanto affermato da G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 40 ss., p. 42, secondo cui "non è possibile considerare il procedimento come una forma, un recipiente che preesiste indipendentemente dal suo contenuto: la funzione. (...) Non esiste cioè un potere che si manifesta in più forme ma tanti poteri ciascuno con una propria disciplina procedimentale e quindi con una propria configurazione "formale". La disciplina del procedimento infatti indicando quelli che sono gli interessi da considerare connatura, sul piano materiale, il potere stesso"; in questo senso la formula di F. Benvenuti del procedimento come forma della funzione deve essere intesa (p. 43) come "un modo di percezione e insieme di qualificazione, attraverso il procedimento, del potere nella sua trasformazione, piuttosto che una vera contrapposizione di due realtà, formale e materiale, distinte".

successivo sviluppo e specificazione che ha avuto lo stesso concetto di funzione: questa, in ragione della distinzione, che è possibile effettuare, tra il momento riferito in senso proprio alla modificazione della realtà giuridica (la produzione degli effetti) e il momento attinente al venir in essere della determinazione ad essa corrispondente, viene ad essere declinata come processo formativo di una decisione⁷⁴, intesa come una scelta tra le diverse alternative che sulla base dell'indagine compiuta rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo⁷⁵.

La struttura normativa della funzione viene dunque improntata sulla formazione della decisione, e attraverso tale dato strutturale si deve rapportare il profilo soggettivo che connota la funzione stessa.

A tal proposito, si può affermare, secondo quanto da parte nostra in più occasioni si è avuto modo di rappresentare, che detta struttura risulti improntata ad un canone generale di carattere processuale, inteso, secondo l'insegnamento proprio della dottrina processualcivilistica, quale procedura caratterizzata dall'esprimersi, nella definizione della decisione, nel contraddittorio tra le parti⁷⁶. La l. n. 241/1990 ha recepito, infatti,

⁷⁴ Si veda, in particolare, F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002, p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss. Cfr. anche D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, cit., p. 756 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, spec. p. 77 ss.

⁷⁵ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., p. 243; ID., *L'attività amministrativa*, cit., p. 263.

Il concetto di decisione che viene ad essere utilizzato, ove centrale è il momento di determinazione della scelta, si viene così a separare da quello a cui tale termine faceva tradizionalmente riferimento, con cui si individuava un atto che risolveva un procedimento (più o meno latamente) contenzioso (cfr. in questo senso M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953, pp. 37 e 49 ss.; ID., *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 810 ss., spec. p. 812; per la considerazione della decisione amministrativa quale manifestazione di volontà volta a risolvere un conflitto di interessi tra Amministrazione e amministrati si veda M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, ora in *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 39; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, ora in *Scritti*, III, cit., p. 553 ss., spec. p. 572 ss.; ID., *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, ora in *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, p. 607 ss.). Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., pp. 391-392, n. 17; II-2, cit., pp. 32 ss.; *Il contraddittorio*, cit., pp. 49 ss.

⁷⁶ La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, che richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi,

un modello procedimentale fondato su canoni che assumono, in termini soggettivi e oggettivi, i caratteri propri in via generale di un processo, per come appena specificati⁷⁷.

attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, CEDAM, 1936, p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, CEDAM, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione (cfr. *supra*, par. 2, n. 27), ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, UTET, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit., p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come rappresentato nel testo, quale farsi della decisione.

⁷⁷ Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, ESI, 1996, p. 248 ss.; L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del*

In particolare, sotto il profilo soggettivo, pur non ponendosi i soggetti partecipanti su un piano di parità rispetto al momento decisorio, né assistendosi, sotto tale profilo, ad una compiuta separazione tra contraddittori e autorità decidente, si è comunque in presenza di una procedura che, nella definizione della decisione, consente ai soggetti, nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla definizione del contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto⁷⁸. Sotto il

procedimento amministrativo, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso* (legge 7 agosto 1990, n. 241), Napoli, ESI, 1993, p. 89; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori, ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 103 ss. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in *Id.*, *La "manifesta infondatezza" della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, CEDAM, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008, p. 93 ss.; *Id.*, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; *Id.*, *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, CEDAM, 2012.

Sul punto, sia consentito rinviare, anche rispetto a quanto indicato alla nota precedente, a quanto rappresentato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 404 ss.; II-2, *Le situazioni (prettamente) procedurali*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 20 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 34 ss., ed *ivi* più approfonditamente riferimenti.

⁷⁸ In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l'accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché la disciplina del preavviso di rigetto, comportano che l'autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo

profilo oggettivo, poi, la considerazione normativa, che riceve l'attività procedimentale, è improntata ad un'ottica processuale, per come avente carattere di accertamento: viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verifica della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione

l'insegnamento processualciviltistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. L'assenza di una piena pariteticità tra le parti non toglie, infatti, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., pp. 69 ss.). Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti (così, invece, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pp. 239 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 939-940; ID., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., pp. 4512-4513; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 121 ss.).

La presenza di una procedura in contraddittorio (sia pure, nel senso descritto, non prettamente garantistico, ma collaborativo-garantistico, secondo la terminologia da noi utilizzata) consente quindi, come detto, di concludere nel senso che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere, e la cui struttura è quella propria di un modello fondato sulla mancanza o sull'incompleta separazione tra l'organo decidente e i contraddittori. Sul punto, si veda, ancora, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 403 ss.; II- 2, cit., pp. 20 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 34 ss. e 181 ss.; nonché *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *Pers. amm.*, 2019, ora modificato e con il titolo *Considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, Giappichelli, 2021, p. 338 ss.

della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedimentali, è prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta, che ad esse deve appunto essere rapportata⁷⁹.

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, può dirsi essere dunque strutturato nel senso di un processo che incentra la formazione della decisione sull'accertamento; di una procedura, cioè, volta ad accertare, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, la sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare.

Le conseguenze che, a nostro avviso, devono ricavarsi da tale ricostruzione sono rilevanti, sotto vari profili, ed in particolare in ordine a quelli relative alla caratterizzazione, e alla relativa consistenza, dei rapporti tra i soggetti che si svolgono nell'ambito dell'assetto strutturale della funzione. Nel senso descritto, infatti, le relazioni tra entità soggettive, che si rapportano in relazione all'esercizio del potere, siano esse rivolte ad utilità a rilievo sostanziale, ovvero ad utilità (prettamente) procedimentali, assumono comunque carattere procedurale, per come interne alla struttura processuale dell'azione amministrativa.

Le situazioni giuridiche soggettive configurabili assumono, cioè, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale. In

⁷⁹ In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, come pure si è considerato, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività viene quindi unitariamente considerata quale ascritta ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo: sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 410 ss.

Sul modello procedimentale amministrativo quale procedura di accertamento, si vedano anche, nelle differenti declinazioni, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001, spec. p. 75 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, CEDAM, 2012, p. 92 ss.

particolare, l'interesse del soggetto che si rivolge nei confronti dello svolgimento del procedimento individua le situazioni giuridiche *procedurali astratte, prettamente procedimentali*, che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse appunto del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale (esplicazione del contraddittorio, svolgimento delle attività di verifica, requisiti formali dell'atto, ecc.), attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale. L'interesse del soggetto che si rivolge alla situazione giuridica di potere (di produzione di un effetto precettivo) che nell'ambito del procedimento si esplica individua, invece, le situazioni *procedurali concrete, a rilievo sostanziale*, che traggono la loro configurazione nel rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sostanziali sulla produzione, per come considerate insieme con le prescrizioni procedurali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedura, e per come rapportate al modello normativo della funzione fatto proprio dal nostro ordinamento⁸⁰. In tale scenario, la stessa azione procedimentale amministrativa, quale agire rivolto alla decisione, viene dunque in considerazione nei termini di *comportamento procedurale*⁸¹, rispetto al quale le differenti situazioni vengono a rapportarsi, e, con essa, la stessa validità dell'atto (rispettivamente, per ragioni formali o sostanziali).

La struttura normativa della funzione è, inoltre, idonea a definire anche la consistenza delle situazioni giuridiche in questione. Tale profilo rileva, in primo luogo, in ordine alla considerazione della discrezionalità amministrativa, che deve reputarsi assumere, in forza di quanto rappresentato, un rilievo procedurale: in ragione del valore riferito, da parte dell'ordinamen-

⁸⁰ Sulle due tipologie di situazioni cfr., più nello specifico, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 408 ss., e II-2, cit., p. 11 ss.

⁸¹ Sulla considerazione, in senso corrispondente, del comportamento amministrativo, si veda in proposito E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*, spec. p. 222 ss., che rispetto alla categoria di comportamento tradizionalmente utilizzata nel diritto amministrativo, quale contrapposta all'atto, propone l'utilizzo della relativa categoria mutuata dalla teoria generale, quale idonea a ricomprendere l'intera gamma dell'azione amministrativa, compreso quindi, eventualmente, anche il provvedimento. Ci si situa, in questo modo, nell'ottica fatta propria da A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 209 ss., spec. pp. 220-221, per cui la sempre più ampia funzionalizzazione dell'azione amministrativa conseguente allo sviluppo del procedimento ha condotto "all'offuscamento prima ed all'obsolescenza poi della distinzione "materiale" tra atto e comportamento, mettendo in crisi la stessa traducibilità (di una parte almeno) dell'azione amministrativa nei termini propri dell'atto giuridico, e determinando quindi la tendenziale confluenza delle forme giuridiche di tale azione all'interno di una nozione ampia e omnicomprensiva di comportamento".

to, alla considerazione normativa di una procedura fondata, come visto, sull'accertamento, la regola di preferenza discrezionale, che eventualmente connota il relativo potere, deve, infatti, considerarsi già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia sul piano sostanziale. Da ciò consegue la configurabilità, anche in caso di potere discrezionale, di una pretesa all'utilità finale in capo al privato, e, correlativamente, la possibilità di esaurimento della scelta discrezionale in giudizio (senza che comunque, per tale via, questa possa essere espressa in alcun caso dal giudice)⁸².

Il medesimo profilo rileva, poi, anche sul piano prettamente procedimentale, dovendosi distinguere in elementi che attengono a profili relativi alla non obliterabilità dei caratteri essenziali della funzione – secondo i canoni processuali rappresentati, l'esplicazione del contraddittorio nei propri confronti, e la sussistenza della motivazione dell'atto, quale esprimente il collegamento tra verifica e decisione – ed elementi formali e procedurali a cui è estraneo tale carattere. In questi termini, solo per i primi, e non anche per i secondi, sarebbe assicurata in ogni caso un'autonoma tutela di invalidazione dell'atto: questa, in particolare, per i vizi inerenti al contraddittorio, risulterebbe definita dal secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il quale, per come differente dal primo, riferibile invece agli altri vizi formali o procedurali, non consente all'idoneità alla potenziale influenza sulla decisione di sfociare nell'effettiva verifica di un contenuto differente della decisione stessa⁸³.

⁸² Cfr., in proposito, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 443 ss.; II-1, *La situazione a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 211 ss.

⁸³ Nell'approccio da noi adottato, infatti, l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, costituisce diretta espressione, sotto il profilo patologico, della struttura normativa della funzione di stampo collaborativo-garantistico, quale specificato subito sopra, in nota: l'elemento procedurale rileva, in questo senso, nel suo scopo collaborativo-garantistico da doversi raggiungere, quello della potenziale influenza sulla decisione, ma diverso è il suo impatto in ordine ai vizi inerenti al contraddittorio rispetto agli altri vizi procedurali, in ragione del riferimento, rispetto ai primi, ad un carattere essenziale della connotazione processuale della funzione (mentre, per quanto concerne l'assenza di motivazione, il medesimo problema non si pone, atteso che la sua radicale mancanza, pur se vizio formale anch'essa, integrerebbe una nullità per mancanza di un elemento essenziale, di carattere formale). In questo senso, si interpretano, quindi, le prime due parti della disposizione, nel senso, cioè, che la seconda parte si riferirebbe, attraverso il richiamo dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento, a tutte le violazioni del contraddittorio, e andrebbe interpretata nel senso che la potenziale influenza del vizio, nel caso concreto, sarebbe sufficiente ad annullare l'atto: l'Amministrazione non potrebbe così addurre motivi ulteriori a sua difesa, ed è sufficiente che l'apporto della parte, che non si è potuto dedurre nel procedimento, sia congruente con la decisione controversa e non sia già contemplato nella motivazione

5. *La declinazione del modello organizzativo e delle relative relazioni*

Tanto considerato in via generale sulla struttura procedurale della funzione, il profilo, che in questa sede interessa, è rappresentato dall'incidenza, che la ricostruzione effettuata è in grado di svolgere, in ordine alla declinazione del complessivo modello organizzativo proprio dell'assetto strutturale della pubblica Amministrazione, e delle relative relazioni giuridiche ad esso afferenti.

Si parta dal presupposto che la norma organizzativa è quella che attribuisce, in sé, una competenza di carattere procedurale, di differente rilievo a seconda dei casi, oppure predetermina un compito corrispondente di carattere materiale, in capo ad un'unità organizzativa, già normativamente individuata, o individuata dalla norma stessa. La norma organizzativa si inserisce, in questo senso, nel tessuto procedurale proprio della funzione amministrativa, quale idonea a predisporre un'entità strutturale, che in essa viene a svolgersi. Nei termini indicati, essa partecipa quindi dei caratteri propri delle relazioni di carattere procedurale.

In particolare, l'assetto delle competenze procedurali è determinato dai requisiti concernenti la definizione della particolare articolazione organizzativa della trama procedurale di attuazione di situazioni di potere amministrativo, che consente di procedere validamente al relativo accertamento e all'adozione della decisione, secondo quanto stabilito dalle norme formali sulla produzione. L'attribuzione di una competenza procedurale, in questo senso, deve allora intendersi consistere, in ragione della struttura normativa della funzione amministrativa, nella determinazione normativa di una situazione giuridica, avente la modalità

dell'atto; l'annullamento è, cioè, escluso laddove l'apporto della parte non avrebbe potuto aggiungere profili ulteriori, rispetto a quanto considerato dall'Amministrazione, che avrebbero potenzialmente consentito di pervenire ad una differente definizione dell'ipotesi controversa. Nell'ipotesi, invece, delle altre violazioni, non vi sarebbero i limiti indicati, giacché, a differenza del secondo periodo, nel primo ciò che non poteva essere diverso è, per espressa statuizione legislativa, unicamente il *dispositivo* dell'atto: l'Amministrazione potrebbe difendersi in senso corrispondente; e l'atto sarebbe annullabile solo per l'erroneità sostanziale della decisione (l'erronea decisione di produrre o non produrre l'effetto, quando esso andava invece, rispettivamente, non prodotto o prodotto). L'introduzione del terzo periodo del co. 2, da parte della l. n. 120/2020, fa poi sì che, in caso di violazione della disciplina del preavviso di rigetto, non sarebbe più applicabile il secondo periodo, come detto in generale riferibile a qualsiasi violazione del contraddittorio: l'atto sarà quindi annullabile a fronte della semplice violazione, a prescindere da qualsiasi valutazione sulla potenziale influenza sul contenuto del provvedimento. Si veda, in proposito, *Potere*, II-2, cit., pp. 104 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 237 ss.

deontica dell'obbligo, il quale è rivolto, in disparte la specifica declinazione del relativo contenuto, verso la produzione di un effetto corrispondente a quanto rappresentato. Tale effetto può, in sé, avere carattere soltanto interno, relativo alla procedura di verifica dei fatti e definizione della decisione, ovvero può spiegarsi, e assumere rilevanza, anche sul piano sostanziale; ma, per quanto qui interessa, esso viene in rilievo, nei termini in esame, nel suo carattere prettamente procedurale, relativo, quindi, ai rapporti procedurali.

Nel senso descritto, la situazione procedurale in esame viene dunque a definirsi come il modo d'essere di un soggetto rispetto alla norma deontica individuata nei termini indicati, per come riferita alla competenza. La relazione organizzativa, del pari, è definita dal correlarsi, rispetto a tale situazione procedurale, di una situazione altrui di pretesa, concernente l'esercizio della prima situazione da parte del soggetto competente, ovvero il suo non esercizio in mancanza della relativa assegnazione o al di fuori dei suoi presupposti, in ragione della sussistenza, in capo a quel determinato soggetto, di una propria situazione avente le medesime caratteristiche e il medesimo contenuto, o comunque un contenuto con l'altra incompatibile. L'esercizio della situazione in questione, in tal senso rappresentata, può incidere su differenti piani di rilevanza procedurale; ma qualora, e per quanto, definisca, o contribuisca a definire, o comunque incida, quale suo esito, su una competenza procedurale in capo ad un'altra entità, l'effetto prodotto assume rilievo in termini parimenti organizzativi, e la successiva relazione, che da esso scaturisce, presenta, come è ovvio, i medesimi caratteri della precedente.

Nella prospettiva indicata, non vi è, dunque, una connotazione in via generale differente, in ordine alle situazioni in questione, rispetto a quella che verte sul loro carattere procedurale. L'organizzazione, tuttavia, assume una particolare valenza all'interno dello scenario rappresentato, quale momento di predisposizione dell'articolazione soggettiva idonea ad esprimersi nell'esplicazione della funzione amministrativa. Secondo quanto appena spiegato, infatti, l'atto organizzativo è quello che produce un effetto di predeterminazione, solitamente in termini generali, di una competenza, e di eventuali correlate relazioni giuridiche, avente un rilievo prettamente procedurale, nei termini indicati. L'attività organizzativa pone dunque la norma, che definisce il relativo assetto procedurale nei termini di una struttura deputata all'accertamento della sussistenza delle condizioni per l'esercizio del potere: in questo senso, la condizione di continuità tra organizzazione e attività non ne annulla comunque la distinzione.

Intesa nel senso descritto, la ricostruzione effettuata non consente neppure di ascrivere i privati, in via generale, all'organizzazione amministrativa. In particolare, la posizione dei privati, che nella dinamica procedurale può entrare all'interno del processo di formazione della decisione, quali contraddittori in senso proprio in seno ad esso, non presenta una strutturazione corrispondente a quella dei soggetti pubblici, in ragione del fatto che la modalità deontica delle situazioni giuridiche procedurali previste in capo ai primi, o di quelle in esse ricomprese ed inerenti al relativo esercizio, si declina in termini di facoltà, non di obbligo, come invece per i secondi. Tale aspetto costituisce, infatti, ciò che è in grado di segnare la distinzione, rispetto alla dinamica procedimentale, tra chi esplica il proprio apporto soggettivo unicamente nella partecipazione al procedimento amministrativo come contraddittore, e chi, invece, nella sua partecipazione al procedimento, esprime (anche) l'attuazione di una relazione organizzativa. Sin tanto che la presenza del privato si presenta nei termini descritti, dunque, il suo apporto non può rilevare in termini organizzativi⁸⁴.

⁸⁴ Si respinge, dunque, l'ottica della co-decisione, in cui, invece, viene a sfociare l'impostazione prettamente oggettivistica, di cui si è detto, e che, in via generale, ha trovato un certo riscontro a seguito dell'introduzione della l. n. 241/1990, nell'esame della struttura procedimentale della funzione: si vedano, nelle diverse declinazioni, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 77 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*, spec. pp. 197 ss., 274 ss. e 343 ss. Da parte nostra, più nello specifico, le considerazioni effettuate nel testo si correlano a quanto si è già avuto modo di spiegare in altra sede, sulla negazione della logica della co-decisione sotto il profilo strutturale della dinamica della funzione, nel legame tra il suo dato soggettivo e quello oggettivo dell'attività. In particolare, si è detto come l'accoglimento di tale logica si scontra con l'obiezione, innegabile, per cui, se può sicuramente affermarsi che le valutazioni compiute durante la fase istruttoria, alla quale intervengono i privati, partecipino già della decisione che si verrà a determinare, le scelte che intervengono all'interno dell'arco decisionale risultano comunque demandate all'autorità procedente, la quale ne assume la responsabilità; avvertendosi che, in caso contrario, si sarebbe sfociati in una logica prettamente oggettivistica: cfr. *Potere*, I, cit., pp. 402 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 19 ss. Nel medesimo senso, si veda anche A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto. (A proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 543-544, secondo cui "solo all'Amministrazione spetta stabilire la regola del giudizio e l'ordine di prevalenza fra i vari interessi in gioco"; cfr. anche F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., p. 347 ss.; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 34-36; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, pp. 13-14 e 33; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 255 ss.; M. TRIMARCHI, *La*

5.1 Segue. *I termini di declinazione delle relazioni organizzative*

La declinazione delle relazioni organizzative segue di conseguenza a quanto sin qui rappresentato in ordine alla generale considerazione attribuita all'organizzazione. In ordine ad esse, è possibile, in particolare, fornire un inquadramento dei relativi caratteri ricostruttivi, parimenti generale in conformità al tenore delle presenti considerazioni, idoneo a fissare, in tali termini, specifici punti fermi nell'analisi delle relazioni organizzative, e in generale nella teoria dell'organizzazione pubblica.

In primo luogo, la considerazione normativa di una situazione procedurale quale quella sopra descritta presuppone, in capo al relativo referente soggettivo, l'attitudine ad essere titolare della situazione in questione, cioè la capacità in ordine a tale situazione⁸⁵. La capacità, sotto tale profilo, è ciò che identifica la soggettività, per come collegata alle differenti situazioni considerate, senza che sotto tale profilo possa assumere rilievo, se non di tipo specificativo di un insieme determinato di capacità, il concetto di persona giuridica. In tale prospettiva, perde di senso una possibile distinzione tra relazioni intersoggettive e relazioni interorganiche: o è configurabile un rapporto tra situazioni procedurali, nei termini indicati, riconoscendosi quindi corrispondentemente il valore dei relativi soggetti, o la relazione in sé non assume alcuna rilevanza giuridica.

Nella medesima prospettiva, i modelli organizzativi, che storicamente sono stati individuati in merito all'assetto delle pubbliche Amministrazioni, quali la gerarchia, la direzione, ecc.⁸⁶, devono essere considerati formule riassuntive ricomprendenti di determinate situazioni giuridiche che si pongono nei termini sin qui indicati. A loro volta, le tipologie di situazioni procedurali, in tali denominazioni ricomprese, si declinano comunque nel senso di una relazione di pretesa-obbligo, solo differenziandosi in ordine al relativo contenuto, e alla sua specificità. Modelli differenti, che non possano esprimersi in questo senso (si è detto del riferimento a relazioni di carattere equiordinato), non sono in sé configurabili; salvo non individuare, gli stessi, la titolarità congiunta di una o più situazioni, che comunque è solitamente accompagnata da situazioni ulteriori, di carattere più o meno accessorio,

validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale, Pisa, ETS, 2013, p. 153; ID., *Premesse sistematiche*, cit., p. 269.

⁸⁵ Si veda, per approfondimenti, *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., p. 12; in termini generali, *Potere*, I, cit., pp. 57 ss.

⁸⁶ Sui quali si veda quanto rappresentato *supra*, spec. par. 3, nel testo e in nota, ed ivi i relativi riferimenti.

del tipo appunto pretesa-obbligo (così determinando, quindi, una qualche sovraordinazione in ordine al rapporto tra entità soggettive). L'autonomia o meno delle singole situazioni in questione, ovvero l'elevazione del modello organizzativo ad un'unica situazione giuridica composita, è poi questione di diritto positivo, in relazione alla precisa individuazione di un loro contenuto, e alla loro unitaria considerazione ai fini della loro tutela.

Per quanto concerne, infine, la violazione di una relazione organizzativa, intesa nei termini appena rappresentati, essa corrisponde alla violazione di una norma procedurale, rilevante come tale in ordine all'impugnazione degli atti. In questo senso, va precisato, lo stesso vizio, che interessa direttamente la violazione dell'ordine della competenza di un soggetto su un altro⁸⁷, non trova un rilievo differente da quello di elemento attinente

⁸⁷ L'incompetenza, intesa in questo senso, è infatti quella che definisce, come detto, i requisiti concernenti, rispetto ad uno specifico potere sostanziale, la definizione della particolare articolazione organizzativa della trama procedurale di attuazione di una situazione di potere amministrativo, che consente di procedere validamente al relativo accertamento e all'adozione del provvedimento, secondo quanto stabilito dalle norme formali sulla produzione. Come tale, essa si viene a qualificare quale vizio del provvedimento per violazione di una norma procedurale; ad essa si riferirebbe il diritto positivo, nel prevedere espressamente, come detto nel testo, il vizio di incompetenza quale ipotesi di annullabilità dell'atto, ora all'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990.

L'incompetenza, intesa nel significato descritto, e comunemente indicata come relativa, viene così a contrapporsi alla c.d. incompetenza assoluta, la quale, invece, denota l'ipotesi in cui manca la norma attributiva del potere sostanziale riferibile al soggetto, per cui non vi sarebbe semplicemente la violazione di una norma formale sulla produzione, ma risulterebbe esclusa, in relazione alla situazione giuridica a rilievo sostanziale, così come a quella prettamente procedurale attinente lo svolgimento della funzione, la stessa possibilità giuridica del presupposto per la loro titolarità e la loro attuazione, cioè la possibilità giuridica della relativa capacità speciale (cfr. *Potere*, I, cit., pp. 57 ss.; II-2, cit., p. 12, ed ivi i relativi riferimenti). In questo senso, nell'ambito del diritto positivo, l'incompetenza assoluta trova quindi corrispondente considerazione quale causa di nullità del provvedimento, ai sensi dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990, individuando un'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione.

In generale, il criterio discrezionale fra incompetenza assoluta, rientrante nel difetto assoluto di attribuzione, e incompetenza relativa, comportante invece l'illegittimità dell'atto, viene ricondotto alla circostanza per cui, nel caso della seconda, a differenza della prima, il provvedimento amministrativo è stato adottato da un organo che appartiene allo stesso settore, branca o plesso organizzativo di cui fa parte l'organo competente alla sua emissione; si sottolinea, tuttavia, che nella sua concreta applicazione, tale criterio non sia estraneo ad incertezze, scontando una certa ambiguità tra il riferimento al piano strutturale e quello al piano teleologico rispetto al potere esercitato (sul punto, si veda anche di seguito, in nota). In tale quadro, ad ogni modo, ogni organo, nell'ambito dell'attribuzione di ciascuna Amministrazione, risulta essere titolare di compiti specificamente individuati in via normativa; le forme di incompetenza relativa a cui comunemente, rispetto ad essi,

ad una violazione prettamente procedurale: non è infatti dato riscontrare il contrario né nella considerazione generale della struttura normativa della funzione⁸⁸, né in una specifica definizione dell'incompetenza nel

viene fatto riferimento, sono quelle per grado, per valore, per materia e per territorio, quali riferibili agli ordinari criteri organizzativi di riparto dei compiti tra i vari uffici; tuttavia, può discutersi delle modalità e dei criteri per la delimitazione di un ambito di compiti e funzioni rilevante in termini di competenza (cfr. pure subito di seguito, in nota). Sul punto, si vedano, in particolare, A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, ora in *Scritti giuridici*, III, cit., p. 57 ss., spec. p. 77 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1984, pp. 685-686; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 623 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., pp. 84-85; E. CASETTA, *Manuale*, cit., pp. 122-123 e 522-524; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, CEDAM, 1993, p. 318 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 553 ss.; P. GASPARRI, *Competenza amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 33 ss.; ID., *Incompetenza (dir. amm.)*, *ivi*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 68 ss.; F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Ist. Enc. It., 1989, p. 2 ss.; A. CROSETTI, *Incompetenza (diritto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, UTET, 1993, p. 204 ss.; A. ROMANO, *Art. 26 T.U. Cons. St.*, sez. I, in A. ROMANO, R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 2009, p. 1181 ss.; A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, cit., p. 4020 ss.; ID., *La competenza amministrativa*, cit., p. 118 ss.

⁸⁸ Tali considerazioni derivano dal generale inquadramento della competenza (relativa), per come rappresentato alla nota precedente, e si specificano in relazione ai termini in cui la competenza si inserisce all'interno del modello strutturale della funzione amministrativa proprio della nostra ricostruzione, di cui si è brevemente ricordato *supra*, al par. 4, nel testo e in nota. In proposito, si è già avuto modo di spiegare, come, attraverso l'impianto della l. n. 241/1990, l'assetto organizzativo sia potuto emergere compiutamente su base procedurale, consentendo di incentrare le corrispondenti relazioni attraverso situazioni giuridiche di carattere corrispondente, esplicandosi verso un procedimento che, in quanto tale, è fondato su un processo di accertamento, connotando in questo senso anche la specifica problematica inerente alla definizione della regola di preferenza propria della discrezionalità (eventualmente) conferita alla P.A., per cui il rilievo della competenza si conforma alla considerazione che da parte nostra si è dato alla discrezionalità nella configurazione della funzione amministrativa come modello processuale di accertamento, ove il relativo valore sostanziale si pone comunque nel suo assetto procedurale: in questi termini, la correttezza della scelta discrezionale viene direttamente in conto in relazione alla definizione della regola di preferenza, ma questa rileva, in ambito procedimentale, come già normativamente esistente, e, in ambito giudiziale, come limite procedurale alla cognizione del giudice, risultando come tale, quantomeno potenzialmente, recuperabile nel processo, in maniera rispettosa della relativa dimensione sostanziale (cfr., a quest'ultimo proposito, i riferimenti di cui *supra*, al par. 4). Nella prospettiva descritta, dunque, il rilievo della competenza viene comunque ascritto, anche nell'ipotesi in cui venga in conto una regola di preferenza discrezionale, alle modalità di accertamento della situazione a rilievo sostanziale, nel senso precisato. Le situazioni, che vengono in questione a proposito dell'elemento procedimentale riconducibile alla competenza, possono essere così in ogni caso

qualificate di carattere prettamente procedurale. Tale situazione giuridica procedurale, a sua volta, si viene a conformare, nella sua consistenza, secondo quanto già rappresentato, al modello procedurale di riferimento, quello, cioè, proprio della funzione amministrativa: in particolare, il modello in questione assume, con riferimento allo statuto generale dell'azione amministrativa, una struttura procedurale di carattere collaborativo-garantistico, in cui il rilievo teleologico della partecipazione, ricavabile dalla struttura della funzione, connota la consistenza delle relative situazioni procedurali, e di cui l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, come detto, costituisce diretta espressione. Sul punto, anche in relazione a quanto si rappresenterà di seguito, cfr. *Potere*, II-2, cit., pp. 67 ss., nel testo e in nota.

Nel momento in cui si accede alla nostra ricostruzione, non potrebbe invece trovare adesione un'impostazione che veda nell'incompetenza un rilievo soggettivo differente, il quale (senza, ovviamente, andare a sfociare nel difetto assoluto di attribuzione) concerna un presupposto di attuazione della situazione di potere, essenzialmente contiguo all'espressione della capacità d'agire o di una sua parte, che possa rilevare, in sé considerato, in una chiave ulteriore rispetto a quella attinente al suo valore procedurale, e quindi al generale rilievo in questo senso della normativa formale sulla produzione.

Così, non si presenta condivisibile la considerazione che della competenza dà A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, pp. 458 ss., nel testo e in nota, per cui essa, pur senza influire sull'ordine di imputazione al soggetto, e sulla conseguente definizione dei termini soggettivi del rapporto sostanziale, delineerebbe comunque la misura della legittimazione dell'organo a disporre in ordine ai rapporti che fanno capo all'Amministrazione, quale parte dell'attività attribuita ad una determinata 'figura soggettiva' (su tale categoria, nei suoi termini gianniniani, cfr. quanto detto ampiamente *supra*); in particolare, tale rilievo della competenza, e della legittimazione dell'organo, porterebbe, secondo l'illustre A., qualora la stessa risulti violata, ad un necessario annullamento con rinvio, che trovava infatti, all'epoca, e fino al Codice del processo amministrativo, espresso riscontro normativo nell'art. 45, co. 1, T.U. C.d.S. (sul quale si veda subito di seguito, in nota). Ora, rispetto alla prospettiva rappresentata, va considerato che, una volta risolta nella chiave procedurale spiegata l'esplicazione della funzione (e, con essa, lo stesso rilievo dell'articolazione soggettiva dell'ordine di produzione), i requisiti che non attengono alla sussistenza della situazione di potere, bensì alla sua attuazione, e le relazioni a quest'ultima afferenti, concernono, per definizione, la normativa procedimentale e la sua violazione; cosicché, salvo non sia presente una differente regolamentazione normativa del relativo profilo (la quale, tuttavia, non è più dato riscontrare: cfr. subito di seguito, nel testo e in nota), la considerazione di un presupposto soggettivo di attuazione della situazione di potere, nei termini specificati, andrebbe comunque ricondotta ad una strutturazione della trama soggettiva che si esprima nei termini procedurali ricordati, e non potrebbe, corrispondentemente, esplicitare un rilievo quale quello che gli viene attribuito dalla posizione appena richiamata, ma risulterebbe assorbita dal canone procedurale indicato, e, quindi, dal generale rilievo della normativa formale sulla produzione.

Allo stesso modo, non può condividersi neppure la ricostruzione di A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, cit., pp. 141 ss. e 179 ss., la quale considera la competenza come un assetto potenziale di interessi predefinito attraverso una serie di scelte di organizzazione, a cui si rapporterebbe una corrispondente pretesa del singolo, la quale, se violata, comporterebbe l'annullamento dell'atto; mentre, continua l'A., se la distribuzione di compiti non influisce sull'assetto di interessi, non si sarebbe al cospetto di una violazione

diritto positivo, da parte della normativa attinente alla regolamentazione procedimentale del potere amministrativo⁸⁹, o comunque, indirettamente,

di rilievo sostanziale, ascrivibile, cioè, ad una dimensione qualitativa della competenza, e, corrispondentemente, non sarebbe necessario l'annullamento. Ed infatti, nella nostra prospettiva, a venire in questione sarebbe unicamente il carattere meramente procedurale della competenza, per i motivi spiegati.

L'unica alternativa differente, che può porsi in questo senso, è, in effetti, quella di pervenire ad un'ulteriore declinazione del profilo di rilevanza della dimensione procedurale, nel momento in cui si ritenga assumere rilievo, nelle singole ipotesi che possono venire in questione, una particolare relazione soggettiva procedurale, per come rivolta al suo carattere concreto, sotto il profilo del relativo interesse sostanziale. Si dovrebbe cioè venire a configurare, in casi specifici, in ragione di un particolare riconoscimento del rapporto tra interesse sostanziale e corrispondente referente soggettivo, derivante dal rilievo a quest'ultimo riconosciuto in proposito, una specifica situazione giuridica a rilievo sostanziale, che sussisterebbe, in concreto, solo con riferimento a quel determinato referente soggettivo. Spostato il piano di riferimento sulla situazione a rilievo sostanziale, tuttavia, siamo evidentemente al di fuori della diretta considerazione della competenza, per come espressione, in sé considerata, del piano procedurale astratto; siamo, cioè, di fronte dell'ordinaria declinazione delle situazioni a rilievo sostanziale, per come attribuite a soggetti che, conseguentemente, assumono rilevanza in questo senso (l'ipotesi, in sé peculiare, a cui solitamente si fa riferimento è quella in cui sarebbe ravvisabile l'incompetenza relativa tra due organi di due diverse Amministrazioni, reputandosi in generale normativamente ascritta ad entrambe una medesima attribuzione: cfr., per tale possibilità, tra gli altri A. ROMANO, *Art. 26 T.U. Cons. St.*, cit., pp. 1187-1188; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 555 ss.).

⁸⁹ Una particolare considerazione della competenza non trova, cioè, riscontro, come detto nel testo, in una specifica regolamentazione della relativa violazione, che deroghi a quella ordinaria nel suo carattere di violazione di una norma procedurale, tale da poter connotare in maniera corrispondente il relativo vizio di invalidità – quale annullabilità non soggetta all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, o quale forma di invalidità differente (nello specifico, la nullità), idonea, come tale, a far venir meno lo stesso referente della non annullabilità – e, corrispondentemente, la situazione giuridica procedimentale che si pone nei suoi confronti.

Non sembra, in particolare, che ad un siffatto risultato possa pervenirsi aderendosi a quella impostazione (cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 3780 del 12 aprile 2005) secondo cui sarebbe sufficiente, nella sostanza, conferire un particolare valore alla tripartizione, espressamente mantenuta dal legislatore, dei vizi di legittimità, rispetto alla quale dovrebbe assumersi che, mentre la violazione delle norme sulla competenza integrerebbe un vizio di incompetenza, la violazione di norme sul procedimento o sulla forma rientrerebbe nell'ambito più generale della violazione di legge, a cui solo, quindi, andrebbe applicato l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. Sotto un primo profilo, infatti, l'attribuzione di un particolare rilievo alla tripartizione dei vizi di legittimità, che sia idonea, come tale, a fondare una distinzione quale quella appena rappresentata, fa riferimento ad un'impostazione che si è sempre presentata perplessa, e che comunque risulta ormai da tempo abbandonata (cfr., in proposito, per una compiuta ricostruzione, M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di*

da quella processuale⁹⁰.

sindacato, in *Dir. amm.*, 2010, p. 917 ss., ed ivi i relativi riferimenti). In secondo luogo, e soprattutto, opinandosi nel senso descritto, pare comunque assumersi ciò che si deve dimostrare, che, cioè, l'incompetenza non sia ascrivibile ad una generale violazione procedurale; ma ciò è quanto si è già avuto modo di disattendere subito sopra, alla nota precedente.

La giurisprudenza amministrativa, che da ultimo si è pronunciata sul punto, ha del resto ritenuto che il vizio di incompetenza (relativa) debba essere qualificato come vizio dell'organizzazione, e quindi considerato all'interno della violazione delle norme che regolano il procedimento, senza ravvisarne una specifica connotazione che potesse comportare una deroga al relativo regime; su tale base, è stato conseguentemente reputato applicabile l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990: cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 8846 del 18 ottobre 2022; sez. II, n. 1933 del 17 marzo 2022; sez. III, n. 3046 del 15 maggio 2020; sez. V, n. 971 del 7 febbraio 2020; sez. II, n. 253 del 22 gennaio 2019. Tale posizione, peraltro, pur da considerarsi in relazione ai limiti entro i quali è ritenuta comunemente applicabile la dequotazione dell'annullamento (in generale più ristretti rispetto alla nostra impostazione: cfr. in proposito *supra*, par. 4, n. 83), rischia di non essere compatibile con quanto è stato espresso – non condivisibilmente – in sede di Plenaria n. 5/12015, in ordine all'equiparazione dell'incompetenza ad un potere amministrativo non ancora esercitato (il punto sarà ripreso subito di seguito, alla nota successiva): ammessa infatti una siffatta equiparazione, essa dovrebbe valere al cospetto di qualsiasi circostanza, e non potrebbe essere certo esclusa a seconda dell'integrazione o meno, rispetto al vizio in questione, della regola del raggiungimento dello scopo, per come idonea ad evitare l'annullamento dell'atto (ad essa dovendo infatti ricondursi, in vario modo, il disposto dell'art. 21 *octies*, co. 2). In generale, va poi in ogni caso aggiunto, è necessario, al fine di pervenire alla conclusione indicata, per cui cioè l'incompetenza sarebbe soggetta alla generale disciplina dei vizi procedurali, verificare che una particolare considerazione dell'elemento in questione non possa comunque ricavarci dalla regolamentazione del relativo regime processuale: cfr. subito di seguito, nel testo e alla nota successiva.

⁹⁰ Non vi è infatti, a quest'ultimo proposito, alcuna prescrizione che comporti uno specifico annullamento con rinvio, senza analisi delle questioni o delle domande ulteriori, per l'ipotesi della sussistenza del vizio di incompetenza. In particolare, non può ritenersi che la regola dell'annullamento con rinvio dell'atto viziato da incompetenza, senza esame delle altre censure sollevate, sia implicitamente contenuta all'interno della norma che vieta al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, di cui all'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., in ragione della necessità di ricondurre a tale evenienza anche l'esercizio del potere da parte di un organo incompetente. Tale assunto, che ha trovato affermazione da parte di Cons. St., ad. plen., n. 5 del 27 aprile 2015, sulla base dello specifico rilievo da essa riferito al vizio in questione, non può infatti ricevere condivisione, non essendovi, come visto nel testo e alle note precedenti, fondamentali sostanziali idonee a giustificarlo, e dovendosi riferire, il concetto di potere non esercitato, unicamente alla conclusione del procedimento con l'adozione di un atto o alla mancata conclusione del procedimento nei termini, in corrispondenza con quanto stabilito dall'art. 7 c.p.a. (cfr. *Potere*, I, cit., pp. 328 ss.; in giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, n. 1321 del 25 febbraio 2019).

Nel senso descritto, allora, una volta venute meno, con l'adozione del Codice, le

Rispetto alla violazione della relazione organizzativa, in tal modo intesa, la soggettività, che nel senso descritto si ritiene di dover riconoscere all'entità a cui è conferita la titolarità della situazione procedurale ascrivibile all'organizzazione, consente di far valere in giudizio la relativa lesione⁹¹. La declinazione della tutela dipende poi, a sua volta, dal modo di porsi del soggetto rispetto alla norma stessa, quindi dalla connotazione della situazione giuridica che viene in capo ad esso ad essere giuridicamente configurata, all'interno del quadro rappresentato.

Nello specifico, la violazione in questione sarà considerata, in via generale, lesiva di una pretesa all'astratta correttezza della relazione organizzativa, in capo al soggetto che si colloca all'interno di tale relazione; mentre, rispetto a colui al quale, estraneo a tale relazione, viene riconosciuta una particolare qualificazione soggettiva in ordine all'esito della decisione (la sussistenza, cioè, rispetto ad un soggetto, della possibilità di giuridica di un interesse legittimo), essa individuerà una lesione, in capo al soggetto stesso, di una pretesa all'astratta correttezza procedurale dell'azione amministrativa⁹². In entrambi i casi, il rispetto della norma in questione viene così ad essere ascrivito ad un'ordinaria violazione procedurale, secondo quanto detto, e come tale sarà considerata ai fini dell'annullabilità del provvedimento, ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990.

La prospettiva rappresentata, deve aggiungersi, va peraltro specificata nei termini in cui, rispetto ad una particolare competenza, ne sia integrata l'obliterazione o l'impedimento alla sua effettiva esplicazione, in relazione al soggetto a cui detta competenza viene normativamente attribuita.

disposizioni di cui all'art. 26, co. 2, l. TAR, e all'art. 45, co. 1, T.U. C.d.S., che prescrivevano, in caso di incompetenza, il rinvio degli atti all'autorità competente, non vi sarebbero ragioni che, sotto il profilo in esame, giustificerebbero l'automatico annullamento con rinvio, senza possibilità di esame di domande ulteriori, a seguito della riscontrata incompetenza. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a *Potere*, II-2, cit., pp. 73 ss., n. 109.

⁹¹ In via generale, si vedano, sulla specifica questione della legittimazione a far valere la lesione di situazioni organizzative, tra gli altri, M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, pp. 677 ss.; M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Il conflitto di giurisdizione fra interessi pubblici nel prisma del sindacato di eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 209 ss.; ID., *La tutela dell'amministrazione dall'amministrazione: il sindacato dei conflitti fra soggetti pubblici alla luce di alcuni principi dell'azione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, pp. 395 ss.; S. TRANQUILLI, *Il malum discordiae del potere amministrativo. Contributo allo studio dei conflitti e delle liti tra Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, Ed. Scientifica, 2022, pp. 283 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

⁹² Sul punto, per tali rilievi, cfr. *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., pp. 80 ss.

In tal caso, infatti, detto soggetto farebbe valere una violazione del contraddittorio dei propri confronti, la quale connota, nei relativi termini, la sua pretesa procedurale; corrispondentemente, la relativa lesione sarebbe comunque idonea a comportare un autonomo annullamento dell'atto ai sensi della seconda parte dello stesso art. 21 *octies*, co. 2, secondo quanto già ricordato⁹³.

6. Considerazioni conclusive

Il tenore delle presenti considerazioni, come detto, non ci consente di andare oltre il generale inquadramento, che si è effettuato, relativo all'organizzazione amministrativa e alle relative relazioni organizzative. Pur tuttavia, ci pare si siano raggiunti, in ordine a tali profili, taluni risultati utili a poter guidare un possibile proseguo e sviluppo dell'indagine.

Detti risultati, va peraltro aggiunto, paiono sottendere una precisa impostazione metodologica sull'approccio all'organizzazione amministrativa, che merita di essere esplicitata in ragione della particolare incertezza che caratterizza gli studi sull'argomento, i quali, come comunemente si rileva, hanno ottenuto spazio limitato nella elaborazione dottrinale relativamente recente.

In primo luogo, è necessario ricostruire un lessico comune, che non può essere quello, o comunque non può esserlo *sic et simpliciter*, proprio delle scienze dell'organizzazione, il quale rischia di rivelarsi, in sé, di tenore meramente descrittivo. Il suo fondamento, trattandosi, essenzialmente, dell'individuazione di rapporti giuridici, deve essere ricercato nella teoria generale corrispondente, a cui le relative relazioni organizzatorie vanno ascritte e corrispondentemente definite.

In secondo luogo, la stessa riflessione giuridica sull'organizzazione deve essere posta in diretta correlazione con la generale teoria della funzione amministrativa, per come complessivamente intesa, e corrispondentemente configurata. Nonostante, infatti, il rapporto tra attività e organizzazione sia sempre ampiamente evidenziato, nelle diverse declinazioni in cui si ritiene possa porsi, non si registra, spesse volte, anche una corrispondente correlazione tra teorie dell'attività e teorie dell'organizzazione, da cui, invece, non dovrebbe potersi prescindere.

⁹³ Cfr. quanto detto *supra*, al par. precedente, nel testo e in nota, in ordine al rilievo, in questo senso, delle differenti proposizioni dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990.

La ripresa, da ultimo intervenuta, degli studi sulla materia⁹⁴, pare individuare, ad ogni modo, una rinnovata attenzione della dottrina sulla problematica in esame, in grado di condurre ad una riconsiderazione complessiva, nei termini auspicati, dell'organizzazione amministrativa.

⁹⁴ Si vedano, ad es., le sezioni monografiche presenti nei fascicoli di *Pers. amm.*, ampiamente dedicate al tema, di cui sono stati qui richiamati molti dei contributi pubblicati. Si vedano, inoltre, i contributi di F. D'ANGELO, *Pluralismo degli enti e collaborazione procedimentale*. Per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa, Torino, 2022, pp. 1 ss.; ID., *Traiettorie concettuali per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del Laboratorio di diritto amministrativo 2020-2021*, Roma, 2022, pp. 229 ss.

Il Laboratorio di diritto amministrativo nasce nel 2018 come iniziativa di incontro e scambio tra giovani studiosi della materia per discutere delle ricerche in corso di svolgimento. L'idea, ispirata dall'esperienza di quanto avviene in altre realtà, soprattutto al di fuori del nostro Paese, si fonda sulla necessità di collocare, nell'ambito di un percorso di ricerca sovente caratterizzato dalla 'solitudine' di chi lo intraprende, un momento di confronto dialettico all'interno della comunità scientifica; un momento in cui, cioè, la comunità stessa metta a disposizione del singolo le proprie eterogenee esperienze e conoscenze, di modo che questi possa conseguire un più proficuo sviluppo del suo lavoro, nell'ottica di un complessivo arricchimento reciproco. Dopo la pubblicazione di analoghi lavori per gli anni 2019 e 2020-2021, gli esiti delle ricerche, per gli anni 2022-2023, sono oggetto del presente volume, insieme agli ulteriori contributi ad essi correlati e ispirati dall'attività del Laboratorio.

Flaminia Aperio Bella è professoressa associata di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, dove insegna Diritto delle Autorità Amministrative Indipendenti, Diritto sanitario, *One Health*, la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari ed è titolare del modulo Jean Monnet "Promoting operationalisation of One Health Through EU juridical Tools-PROHTECT" (cofinanziato dall'UE nel quadro del Programma Erasmus+ per il triennio 2024-2027). Ha conseguito all'unanimità l'abilitazione scientifica nazionale a professore di prima fascia. È stata Visiting Researcher presso numerosi istituti e università stranieri con aggiudicazione di finanziamenti per le proprie attività di ricerca. È autrice delle monografie "Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della p.A." (2017), "Il tempo nel processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto. Questioni e tendenze del processo amministrativo tra Italia, Francia e Germania" – vol. I "Decorrenza del termine di impugnazione e ruolo della motivazione dell'atto amministrativo" (2023) e di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo in riviste e opere italiane e internazionali.

Andrea Carbone è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche della Sapienza Università di Roma, dove insegna Diritto amministrativo II e Giustizia amministrativa. Ha conseguito all'unanimità l'abilitazione scientifica nazionale a professore di prima fascia. È stato Chercheur invité all'Université Paris II Panthéon Assas e Visiting Scholar al Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht di Heidelberg; ha svolto inoltre attività di studio e di ricerca in numerosi centri universitari esteri ed istituti internazionali. È autore delle monografie "L'azione di adempimento nel processo amministrativo" (2012), "Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale" (2016), e "Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo", voll. I, II-1 e II-2 (2020, 2022 e 2023), oltre che di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo.

Enrico Zampetti è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena, dove insegna Diritto amministrativo II e Diritto amministrativo e dei servizi pubblici. Ha conseguito all'unanimità l'abilitazione scientifica nazionale a professore di prima fascia. È autore delle monografie "Contributo allo studio del comportamento amministrativo" (2012) e "Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello" (2020), nonché di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo.