



*Consiglio di Stato*  
*Tribunali Amministrativi Regionali*

*Rassegna di dottrina*  
*Settembre e Ottobre 2022*

## Sommario

Concessioni demaniali

Contratti della pubblica amministrazione

Giurisdizione

Intelligenza artificiale

Pubblico impiego privatizzato

Processo amministrativo

## Concessioni demaniali

R. Caponigro, *“Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea”*, in sito Giustizia amministrativa, settembre - ottobre 2022;

## Contratti della pubblica amministrazione

M. Barberio, *“Brevi considerazioni dissonanti in tema di illecito professionale”*, in sito Giustizia amministrativa, il 25 ottobre 2022;

L. A. Bongiorno, *“I protagonisti delle procedure di gara: RUP e Commissione di gara tra incompatibilità e incompetenza”*, in Urbanistica e appalti 5/2022;

## Giurisdizione

A. Manzione, *“Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie”*, in sito Giustizia amministrativa, il 29 settembre 2022;

## Intelligenza artificiale

G. Lo Sapia, *“Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore”*, in sito federalismi.it, il 19 ottobre 2022;

## Pubblico impiego privatizzato

A. Corrado, *“La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO”*, in sito federalismi.it, il 19 ottobre 2022;

C. Tubertini, *“La nuova pianificazione integrata dell'attività e dell'organizzazione amministrativa”*, in Giornale di diritto amministrativo 5/2022;

## Processo amministrativo

M. Clarich, *“I materiali della legge nel giudizio amministrativo”*, in sito Giustizia amministrativa, 22 settembre 2022;

G.S. Foderà, *“La tutela cautelare anche all'interno del procedimento monitorio nel processo amministrativo: compatibilità degli strumenti?”* in Urbanistica e appalti 5/2022;

A. Dapas e L. Viola, *“L'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato tra problematiche risarcitorie e ridefinizione dell'interesse a ricorrere”*, in Urbanistica e appalti 5/2022;

G. Tulumello, *“Recenti sviluppi del dialogo fra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia sull'obbligo “flessibile” di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali di ultima istanza”*, in sito Giustizia amministrativa, il 30 settembre 2022;

## Risarcimento del danno

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 - Pres. Frattini - Est. Franconiero - Prunle S.r.l. c. Comune di Gallio

**Per procedersi all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. è sufficiente che la parte dichiari, nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a., di avervi interesse a fini risarcitori; non è pertanto necessario specificare i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria, né, tanto meno, averla già proposta nello stesso giudizio di impugnazione.**

**La dichiarazione di avere interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori è riservata alla parte e pertanto risulta impossibile che il giudice proceda d'ufficio a tale accertamento.**

**Una volta che la parte interessata abbia manifestato l'interesse risarcitorio, il giudice deve limitarsi ad accertare se l'atto impugnato sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, mentre gli è precluso pronunciarsi su ulteriori aspetti della futura azione risarcitoria, anche nel caso in cui tale accertamento dovesse risultare, in ipotesi, assorbente, rendendo inutile l'accertamento dell'illegittimità dell'atto.**

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4253, in <i>D&amp;G</i> , 3 agosto 2020; in <i>amministrativista.it</i> , 3 luglio 2020.
<b>Difforme</b>	Cons. Giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 21 luglio 2022, n. 851, in <i>www.giustizia-amministrativa.it</i> ; Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824, in <i>Juris data</i> .

### Il Consiglio di Stato (*omissis*)

#### Diritto

1. L'ordinanza di rimessione premette che sulla questione deferita in sede nomofilattica si sono formati due orientamenti giurisprudenziali. Per un primo orientamento, fatto proprio dagli appellanti, sarebbe sufficiente *“la sola deduzione dell'interessato di voler proporre in un futuro giudizio la domanda risarcitoria”*. Ad esso si contrappone un secondo indirizzo per il quale occorre invece che l'interessato alleghi i *“presupposti della successiva domanda risarcitoria”*, cui hanno aderito le sentenze appellate. Viene poi richiamato un *“ulteriore sotto-orientamento, che richiede, almeno, che si ‘comprovi sulla base di elementi concreti il danno ingiustamente subito”*.

2. Delineato il quadro delle posizioni venutesi a creare sull'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., per l'ordinanza il primo orientamento si porrebbe in contrasto con il concetto di interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ., inteso come interesse *“concreto e attuale”*, con la *“scarsità”* della risorsa giustizia, nella misura in cui imporrebbe una statuizione decisoria in assenza di una domanda e dell'allegazione dei relativi presupposti, oltre che con il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

3. L'ordinanza ipotizza che analoghi rilievi critici possano essere svolti con riguardo al secondo orientamento, poiché l'allegazione dei presupposti costitutivi della domanda risarcitoria contestualmente alla manifestazione di avervi interesse ai fini dell'accertamento ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. non pone un onere particolarmente gravoso a carico del ricorrente (*“potrebbe risultare soltanto*

*in apparenza più rigoroso del primo”* orientamento). In ogni caso - aggiunge - la disposizione processuale dovrebbe essere interpretata nel senso che l'accertamento non è necessario *“allorquando comunque risulti insussistente uno degli altri elementi costitutivi della fattispecie”*. Al riguardo l'ordinanza ritiene che il principio della domanda non rappresenti un ostacolo alla verifica dei presupposti della futura azione risarcitoria, anche in assenza di avviso ex art. 73, comma 3, cod. proc. amm. alla parte, in ragione del fatto che l'interesse risarcitorio da questa manifestato può essere ricondotto ad una *“domanda ‘generica”*,

4. L'ordinanza di rimessione offre quindi *“interpretazioni alternative”* dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., nel senso che l'accertamento di illegittimità da quest'ultimo previsto potrebbe essere svolto solo in presenza di una domanda *“effettivamente formulata nel medesimo giudizio”*, mediante motivi aggiunti, *“o in un autonomo giudizio”*.

5. L'interpretazione offerta sarebbe avvalorata:

- dalla necessità che *“l'interesse ai fini risarcitori”* si sia concretamente manifestato nella relativa azione, e non sia rimasto allo stadio della *“mera enunciazione della sua futura proposizione”*; come desumibile dalla formulazione letterale della norma, impostata sull'oggettiva presenza di un interesse e non già sulla sua soggettiva espressione;

- e dall'esigenza di ordine sistematico di rendere l'accertamento di illegittimità ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. coerente con la duplice possibilità prevista dall'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. di proporre l'azione risarcitoria nel corso del giudizio di annullamento o, al più tardi, nel termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il relativo giudizio;

- il coordinamento tra le due disposizioni dovrebbe quindi condurre all'unica soluzione secondo cui l'azione

risarcitoria dovrebbe seguire la prima delle due ipotesi previste dal medesimo art. 30, comma 5, cod. proc. amm., mentre non sarebbe coerente accertare l'illegittimità dell'atto nel giudizio di annullamento e poi fare seguire ad esso un successivo giudizio risarcitorio.

6. Secondo l'ordinanza la soluzione proposta, con il corollario della possibilità di soprassedere dall'accertamento di illegittimità quando sia riscontrato il difetto degli altri presupposti della domanda di risarcimento, *“eviterebbe, inoltre, un defatigante allungamento dei processi”*. Ciò soprattutto nel caso in cui l'accertamento *“richieda necessariamente l'espletamento di taluni approfondimenti istruttori”*. In questo modo si consentirebbe all'amministrazione una più efficiente *“programmazione di bilancio”*, grazie alla possibilità di conoscere *“immediatamente, se la domanda risarcitoria viene proposta o meno”*.

7. Così sintetizzato l'impiano motivazionale dell'ordinanza di remissione, le questioni sull'interpretazione e l'applicazione dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. da essa poste richiedono di stabilire se l'interesse risarcitorio sulla cui base si debba accertare l'illegittimità dell'atto impugnato, malgrado la sopravvenuta inutilità del suo annullamento, vada manifestato dal ricorrente con semplice dichiarazione, come affermato dalla più risalente giurisprudenza; se invece la dichiarazione debba essere corredata dall'esposizione degli elementi costitutivi dell'azione risarcitoria, secondo quanto in seguito precisato dalla stessa giurisprudenza; o se sia necessario che la domanda risarcitoria sia effettivamente proposta, come sostiene l'ordinanza di remissione.

8. L'Adunanza plenaria reputa condivisibile il primo orientamento e che pertanto sia sufficiente la dichiarazione del ricorrente di avere interesse a che sia accertata l'illegittimità dell'atto impugnato in vista della futura azione risarcitoria.

9. La soluzione ora affermata va fatta discendere dalle seguenti disposizioni del codice del processo amministrativo:

- art. 30, comma 5, secondo cui nel giudizio di annullamento *“la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza”*;

- art. 35, comma 1, lett. c), che prevede l'improcedibilità del ricorso *“quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione”*, soggetta non solo all'eccezione di parte ma anche al rilievo ufficioso del giudice;

- art. 104, comma 1, che nell'enunciare il c.d. divieto dei *“nova in appello”*, secondo cui *“non possono essere proposte nuove domande”*, precisa che resta *“fermo quanto previsto dall'articolo 34, comma 3”*.

L'improcedibilità del ricorso si verifica quando viene meno l'interesse ad una decisione nel merito della domanda azionata. In questa situazione il processo non ha assolto alla sua funzione, di affermare in modo incontrovertibile il diritto o l'interesse giuridicamente protetto la cui lesione ha portato il titolare ad agire in giudizio, con una pronuncia che ai sensi dell'art. 2909 cod. civ. fissa la regola applicabile al rapporto controverso e che le parti

sono tenute ad osservare. Del carattere di giudicato sostanziale delle pronunce giurisdizionali sancito dalla disposizione da ultimo richiamata sono invece prive le sentenze c.d. in rito, contraddistinte dal fatto di non pronunciarsi sulla situazione giuridica azionata in giudizio. Tra queste ultime vi è appunto quella di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse prevista dall'art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. in precedenza menzionato.

10. Il parimenti citato art. 30, comma 5, cod. proc. amm. è parte della complessiva disciplina di carattere processuale relativa ai rapporti tra azione di annullamento e azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi proponibile in sede giurisdizionale amministrativa. In coerenza con il principio ex art. 1 cod. proc. amm. fondamentale di pienezza ed effettività della tutela, la disciplina in questione è improntata nel suo complesso all'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, in vista del superamento del precedente assetto di origine giurisprudenziale incentrato invece sulla c.d. pregiudiziale amministrativa. Nel codice l'autonomia tra le due azioni si è tra l'altro manifestata con la possibilità prevista dal 30, comma 5, cod. proc. amm. in esame di proporre il risarcimento all'annullamento e dunque di domandare in successione i due rimedi. Nondimeno, in deroga ai termini di prescrizione valevoli in generale per i rapporti tra privati, a tutela dell'interesse pubblico alla *“certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria”*, questa possibilità è stata assoggettata al termine di decadenza previsto dalla disposizione in esame (così: Corte cost. 4 maggio 2017, n. 94, resa con riguardo al termine di decadenza previsto dal comma 3 dell'art. 30, relativamente all'azione di risarcimento proposta in via autonoma, non preceduta da quella di annullamento, sulla base di principi pertanto estensibili al comma 5).

11. In epoca antecedente al codice del processo amministrativo, e dunque prima che fossero disciplinati i rapporti tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria a tutela di interessi legittimi, si era affermata presso la giurisprudenza la tendenza a restringere le ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse alla decisione sulla domanda di annullamento, quando non dichiarata dal ricorrente. Si era giunti in questa prospettiva a considerare procedibile il ricorso anche in assenza di utilità materiali ricavabili dalla sentenza, quando fosse comunque ravvisabile un interesse morale dello stesso a vedersi riconoscere le proprie ragioni. Ancora di recente, nell'ambito della tendenza tuttora presente presso la giurisprudenza, propria di una giurisdizione di tipo soggettivo quale quella amministrativa (così: Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4), si afferma che al di fuori dei casi in cui la sopravvenuta carenza di interesse è dichiarata dallo stesso ricorrente, l'inutilità per lo stesso di una decisione di merito è ipotesi che va accertata con particolare rigore ed è ravvisabile solo in presenza di un radicale mutamento della situazione di fatto o di diritto esistente al momento della proposizione del ricorso (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, II, 2 febbraio 2022, n. 711; 6 aprile 2021, n. 2752; III, 16 novembre 2020, n. 7082; IV, 30 marzo 2021, n. 2669; 21 maggio 2019, n. 3234; V, 17 maggio 2022, n. 3908; 29

dicembre 2021, n. 8702; 13 ottobre 2021, n. 6874; VI, 6 aprile 2022, n. 2552; 30 agosto 2021, n. 6101; 31 maggio 2021, n. 4169; VII, 16 febbraio 2022, n. 1155; in termini maggiormente restrittivi, peraltro: Cons. Stato, III, 15 aprile 2021, n. 3086).

12. L'istituto previsto dall'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. si colloca nella descritta tendenza.

In un sistema evoluto di tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, in cui alla tradizionale azione di annullamento si è affiancata con pari dignità rispetto ad essa l'azione risarcitoria, l'accertamento di illegittimità ai fini risarcitori previsto dalla disposizione processuale in esame risponde alla medesima esigenza sulla cui base era stato ristretto l'ambito di applicazione dell'improcedibilità del ricorso. Essa consiste nel conservare un'utilità alla decisione di merito sulla domanda di annullamento, pur a fronte di un mutamento della situazione di fatto e di diritto rispetto all'epoca in cui la stessa è stata azionata.

13. Nondimeno, gli approdi sopra richiamati della giurisprudenza con riguardo all'azione di annullamento non possono essere estesi per intero con riguardo all'interesse risarcitorio. Quest'ultimo deve infatti essere manifestato in giudizio dalla parte interessata, e cioè dal ricorrente. Rispetto all'onere di parte non può invece supplire il rilievo officioso del giudice sulla persistenza delle condizioni dell'azione di annullamento fino alla decisione.

14. L'esigenza che l'interesse sia dichiarato dalla parte si correla al fatto che nell'ambito della sopra richiamata natura di giurisdizione di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa, come in precedenza accennato, è allo stesso ricorrente che è per legge rimessa l'iniziativa a tutela del suo interesse risarcitorio. La manifestazione dell'interesse risarcitorio una volta venuto meno quello all'annullamento dell'atto impugnato è dunque il presupposto indispensabile affinché il giudice possa pronunciarsi sulla legittimità dello stesso atto con pronuncia di mero accertamento. In questi termini va inteso l'inciso finale dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. "se sussiste l'interesse ai fini risarcitori", posto a condizione della pronuncia di accertamento.

15. Diversamente da quanto supposto dall'ordinanza di rimessione e dal più recente orientamento di giurisprudenza in essa richiamato, la dichiarazione è condizione necessaria ma nello stesso tempo sufficiente perché sorga l'obbligo per il giudice di accertare l'eventuale illegittimità dell'atto impugnato. Non occorre a questo scopo né che siano esposti i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tanto meno che questa sia in concreto proposta. L'accertamento di cui all'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. va infatti coordinato con la disciplina processuale dell'azione di risarcimento contenuta nel codice del processo amministrativo, ed in particolare con il sopra richiamato art. 30, comma 5, cod. proc. amm., che consente di proporre la domanda risarcitoria "nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza".

15. Come accennato in precedenza, l'interesse risarcitorio ai fini di una pronuncia di accertamento di illegittimità

dell'atto impugnato si correla al termine ultimo previsto dalla disposizione ora menzionata, in forza della quale è possibile promuovere giudizi in successione per ottenere quella "tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" enunciata dall'art. 1 cod. proc. amm. quale principio fondamentale della giurisdizione amministrativa. Nella cornice così definita, contraddistinta da un'ampia possibilità di scelta per il privato di modulare la propria strategia processuale a tutela dei suoi diritti ed interessi, la manifestazione dell'interesse risarcitorio ai fini dell'eventuale azione di risarcimento dei danni dell'atto originariamente impugnato, ma per il cui annullamento è venuto meno l'interesse nel corso del giudizio, consente al medesimo privato di ricavare dal giudizio di impugnazione un'utilità residua, impeditiva della pronuncia in rito ex art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., nella futura prospettiva di una tutela per equivalente monetario che il codice consente di fare valere in separato giudizio.

16. Nello stesso tempo, è possibile individuare nell'accertamento ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. una funzione deflattiva, rispondente alle esigenze del ricorrente, di conoscere anticipatamente se è fondato il presupposto principale dell'eventuale domanda di risarcimento dei danni, ma anche alle esigenze prospettate nell'ordinanza di rimessione, riferite all'amministrazione autrice dell'atto impugnato, di conoscere anticipatamente se questo sia o meno illegittimo e se vi sono pertanto rischi di esborsi economici, e dunque di assumere le opportune iniziative attraverso il proprio potere di autotutela. L'effetto di deflazione si ricava dal fatto che se l'accertamento richiesto dal ricorrente dovesse essere negativo, e dunque l'atto impugnato risultasse legittimo, l'azione risarcitoria sarebbe preclusa.

17. Per ottenere l'accertamento preventivo si palesa dunque sufficiente una semplice dichiarazione, da rendersi nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm., a garanzia del contraddittorio nei confronti delle altre parti, con la quale a modifica della domanda di annullamento originariamente proposta il ricorrente manifesta il proprio interesse affinché sia comunque accertata l'illegittimità dell'atto impugnato. Dal punto di vista processuale il fenomeno è inquadrabile nella c.d. *emendatio* della domanda, in senso riduttivo quanto al *petitum* immediato, non integrante pertanto un mutamento non consentito nell'ambito del principio della domanda, come evincibile dalla clausola di salvezza rispetto al c.d. divieto dei *nova* in appello previsto dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., sopra richiamato. A sua volta, la dichiarazione di interesse risarcitorio in funzione dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato mira a provocare una pronuncia che seppur non modificativa della realtà giuridica, come invece quella demolitoria di annullamento, verte comunque su un'antecedente logico-giuridico dell'azione risarcitoria, per la quale è conseguentemente predicabile l'attitudine a divenire cosa giudicata in senso sostanziale ai sensi dell'art. 2909 del codice civile.

18. Sulla base di quanto ora esposto si trae l'ulteriore corollario per cui l'accertamento richiesto è esattamente

quello che il giudice avrebbe dovuto svolgere nell'esaminare nel merito la domanda di annullamento, donde (per rispondere alle ulteriori questioni poste dall'ordinanza di rimessione) la necessità di svolgere un'istruttoria laddove necessario, con la sola differenza che in caso positivo tale accertamento non va a costituire il presupposto per la pronuncia costitutiva di annullamento dell'atto impugnato, ma esaurisce il contenuto della pronuncia (di accertamento mero) con cui il giudizio è definito.

19. In forza delle considerazioni finora svolte diviene evidentemente superfluo, oltre che privo di base normativa, onerare il ricorrente di promuovere nello stesso giudizio la domanda risarcitoria, quando il termine ultimo si colloca oltre la definizione del giudizio di annullamento. La pur suggestiva tesi prospettata dall'ordinanza di rimessione incorre peraltro in un'aporia. Ciò nella misura in cui richiede che la domanda risarcitoria sia già proposta affinché il giudice possa pronunciarsi sulla legittimità dell'atto impugnato ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., quando invece un simile accertamento costituisce già uno degli antecedenti logico-giuridici dell'azione di "risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi" devoluta ai sensi dell'art. 7, comma 4, cod. proc. amm. alla giurisdizione amministrativa.

20. Da quanto ora esposto si evince pertanto che l'accertamento di legittimità dell'atto impugnato in funzione dell'interesse risarcitorio si pone in termini di contraddizione logica con la domanda di risarcimento del danno. Esso presuppone non già una domanda risarcitoria in atto, ma la sola proponibilità della stessa, che come più volte precisato è consentita entro il termine di decadenza previsto dall'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. della sentenza che definisce il giudizio di annullamento. Se la domanda è stata invece proposta, l'accertamento mero si palesa inutile ed è assorbito da quello che deve svolgersi in sede di esame della domanda risarcitoria.

21. Sono poi superabili le preoccupazioni espresse dall'ordinanza sul rischio che l'accertamento intervenga a fronte di un interesse solo potenziale e non attuale, carente pertanto dei requisiti che secondo l'art. 100 cod. proc. civ. condizionano la pronuncia giurisdizionale nel merito dell'azione proposta. Va al riguardo richiamato quanto espresso in precedenza, e cioè che la pronuncia ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. origina da una modifica in senso riduttivo di una domanda già proposta, quella di annullamento, divenuta tuttavia priva di interesse per il ricorrente in pendenza di giudizio, ed in relazione al quale lo stesso ricorrente ritenga nondimeno che residui un'utilità ai fini di un ristoro per equivalente dei danni eventualmente subiti a causa dei provvedimenti amministrativi impugnati.

22. Considerazioni analoghe possono essere svolte con riguardo alla tesi che può essere definita intermedia, per la quale ai fini dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è comunque necessario che il ricorrente indichi i presupposti della futura eventuale azione risarcitoria. Anche questa posizione non trova fondamento normativo. Essa tende inoltre a produrre una sovrapposizione tra le due domande, di annullamento e risarcitoria, che il

codice del processo ed in particolare l'art. 30 nel suo complesso considera distinte e non avvinte da pregiudizialità della prima rispetto alla seconda come invece si era affermato in epoca antecedente, salvo il solo temperamento dato dal comma 3 della disposizione ora richiamata. In presenza di una domanda risarcitoria non ancora formulata, l'accertamento sui relativi presupposti non avrebbe peraltro attitudine al giudicato. In conseguenza di quest'ultimo rilievo deve pertanto escludersi che il giudice "possa comunque pronunciarsi su una questione 'assorbente' e dunque su ogni profilo costitutivo della fattispecie risarcitoria", come ipotizza l'ordinanza di rimessione.

23. Sulla base delle considerazioni finora svolte deve dunque essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale originario, peraltro ancora di recente riaffermato, in particolare dalla V Sezione di questo Consiglio di Stato, con sentenza 29 gennaio 2020, n. 727, di cui merita richiamare i seguenti passaggi motivazionali:

- "l'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm. (...) va interpretato nel senso che l'obbligo di pronunciare sui motivi di ricorso (ovvero di accertare l'illegittimità dell'atto impugnato) sussista in caso di istanza, o, comunque, espressa dichiarazione di interesse della parte ricorrente, non potendo il giudice, alla declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, far seguire la verifica d'ufficio della permanenza dell'interesse del ricorrente ad una pronuncia sulla fondatezza dei motivi di ricorso per fini risarcitori";

- e che a questo scopo è sufficiente "la dichiarazione di interesse della parte ricorrente" e non già "un'istanza circostanziata che allegghi il danno concretamente subito";

- ed ancora, con riguardo ai rapporti con la domanda risarcitoria: "se fosse stata proposta domanda di risarcimento in cumulo con la domanda di annullamento, il giudice, pur avendo accertato l'improcedibilità della domanda di annullamento, per il carattere autonomo della domanda risarcitoria, sarebbe comunque tenuto a pronunciarsi sulla stessa per il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ex art. 112 Cod. proc. amm., incorrendo, altrimenti, nel vizio di omessa pronuncia. In tale ricostruzione, pertanto, la disposizione contenuta nell'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm., sarebbe del tutto superflua; essa, invece, si rende necessaria proprio per l'assenza di rituale domanda risarcitoria che la parte ben potrebbe proporre successivamente in autonomo giudizio, una volta ottenuto dal giudice l'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa".

24. In continuità con il precedente da ultimo richiamato, sui quesiti formulati dall'ordinanza di rimessione devono in conclusione essere affermati i seguenti principi di diritto:

- (sul primo quesito) "per procedersi all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., è sufficiente dichiarare di avervi interesse a fini risarcitori; non è pertanto necessario specificare i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tanto meno averla proposta nello stesso giudizio di impugnazione; la dichiarazione deve essere resa nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm.";

- (sul secondo quesito) "una volta manifestato l'interesse risarcitorio, il giudice deve limitarsi ad accertare se l'atto

*impugnato sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, mentre gli è precluso pronunciarsi su una questione in ipotesi*

*assorbente della fattispecie risarcitoria, oggetto di eventuale successiva domanda".  
(omissis)*

## **L'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato tra problematiche risarcitorie e ridefinizione dell'interesse a ricorrere** *di Alessandra Dapas e Luigi Viola*

Con la decisione che si commenta, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato interviene sulla tormentata problematica della definizione dell'interesse ai fini risarcitori che, ai sensi della previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., impone al giudice di procedere all'accertamento dell'eventuale illegittimità dell'atto impugnato, anche nell'ipotesi in cui l'annullamento del provvedimento non risulti più utile per il ricorrente; tra le diverse tesi emerse in giurisprudenza, l'opzione dell'Adunanza plenaria è per la tesi che attribuisce rilevanza solo alla dichiarazione della parte (da rendersi nelle forme e termini di cui all'art. 73 c.p.a.) in ordine al proprio interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini della proposizione di una (anche futura) azione risarcitoria, senza che il giudice possa sindacare l'effettiva esistenza dell'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, anche nell'ipotesi in cui risulti evidente la mancanza di uno dei presupposti dell'azione risarcitoria.

Si tratta di una soluzione che si presenta in linea certamente con ricostruzione dei rapporti tra azione di annullamento ed azione risarcitoria recepita dal codice del processo amministrativo (in particolare, con la previsione di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a.) e che, in una qualche misura, interviene anche sull'altra problematica originata dalla previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. e costituita dalla ridefinizione dell'interesse a ricorrere, in una cornice che lascia inevitabilmente trapelare alcuni residui di una ricostruzione della giurisdizione amministrativa in termini di giurisdizione obiettiva che, per altri versi, la stessa previsione sembrava aver sostanzialmente superato.

### **L'art. 34, comma 3, c.p.a. tra problematiche risarcitorie e ridefinizione dell'interesse a ricorrere**

In due brevi note a sentenza (1) pubblicate su questa *Rivista*, chi scrive ha già avuto modo di riportare l'attenzione su "un problema sistematico di non poco momento (2)", relativo alla necessità di procedere, dopo l'entrata in vigore della nuova previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. ("quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori" (3)), ad una riscrittura radicale di alcune soluzioni ormai tradizionali del nostro sistema di diritto processuale amministrativo, come quella relativa alla sufficienza di una posizione

d'interesse puramente strumentale o morale ai fini della proposizione dell'azione di annullamento.

Ed in effetti, la chiara dicotomia tra interesse concreto ed attuale all'annullamento dell'atto (a questo si riduce, infatti, il riferimento al fatto che "l'annullamento del provvedimento impugnato ... (debba risultare) utile per il ricorrente") ed interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto "ai fini risarcitori" posta a base dell'innovazione normativa non sembra, infatti, mantenere molti spazi utili alla permanenza dell'ormai tradizionale orientamento giurisprudenziale che, ormai da tempo, ha ammesso come l'interesse ad agire necessario a sorreggere la proposizione del ricorso (e ad escludere l'improcedibilità successiva del gravame) possa essere caratterizzato anche dal carattere meramente morale o

(1) Si tratta di A. Dapas - L. Viola, *L'art. 34, 3° comma del codice del processo amministrativo tra inutilità dell'annullamento dell'atto e ridefinizione dell'interesse a ricorrere*, in questa *Rivista*, 2012, 10, 1042 ss., pubblicata a poca distanza dall'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo e di Id., *Interesse a ricorrere e accertamento dell'illegittimità dell'atto: le novità del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2021, 3, 326 ss.

(2) A. Dapas - L. Viola, *L'art. 34, 3° comma del codice del processo amministrativo tra inutilità dell'annullamento dell'atto e ridefinizione dell'interesse a ricorrere*, *cit.*, 1048.

(3) Per un commento alla previsione, si rinvia a R. Chieppa, *Commento all'art. 34*, in R. Chieppa (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, 266; S. Villamena, in F.P. Cirillo - S. Perongini (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2020, 167.

strumentale: “secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l’interesse ad agire si collega alla ‘lesione della posizione giuridica del soggetto’ e sussiste qualora ‘sia individuabile un’utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento’ (Cons. Stato, II, 20 giugno 2019, n. 4233); esso è individuato in particolare nel vantaggio che il ricorrente può conseguire per effetto dell’accoglimento del ricorso, e consiste nella ‘concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione diretta ed attuale dell’interesse protetto’ (Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020, n. 83; II, 24 giugno 2019, n. 4305; IV, 1 marzo 2017, n. 934; 23 agosto 2016, n. 3672; VI, 21 marzo 2016, n. 1156; IV, 20 agosto 2015, n. 3952) (4)”.

La natura innovativa della previsione di cui all’art. 34, comma 3, c.p.a. è stata poi riconosciuta anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ed in particolare, da Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086 (5) che ha chiaramente rilevato che, “una volta divenuto inutile l’annullamento giurisdizionale di un provvedimento non più efficace, solo l’interesse risarcitorio può dare titolo all’accertamento dell’illegittimità del provvedimento impugnato, non potendo attribuirsi rilevanza, ai sensi dell’art. 34, comma 3, c.p.a., a posizioni d’interesse puramente strumentale o morale, soprattutto se connesse a poteri amministrativi non ancora esercitati”, motivando la soluzione sulla rilevazione relativa al fatto che lo stesso “legislatore ha perimetrato con chiarezza che l’unica forma d’interesse che legittima la prosecuzione del giudizio una volta acclarata l’inutilità dell’annullamento è quella che sorregge l’azione risarcitoria. Non esiste, evidentemente, un *tertium genus* (il cui riconoscimento sarebbe peraltro *contra legem*, in presenza del chiaro disposto dell’art. 34, comma 3, cod. proc. amm.), ma unicamente il rilievo di posizioni d’interesse comunque connesse ad un

bene della vita (ancorché immateriale) in qualche modo inciso dal provvedimento (6)”.

Rimaneva però fortemente contestata l’altra grande problematica originata dalla previsione di cui all’art. 34, comma 3, c.p.a. (in qualche modo, come si vedrà, strettamente connessa alla ridefinizione dell’interesse a ricorrere resa necessaria dalla disposizione), relativa alla definizione, in termini precisi, dell’“interesse ai fini risarcitori” che legittima la “conversione” dell’azione di annullamento in accertamento dell’illegittimità dell’atto; termini precisi che non possono che coinvolgere le problematiche (in realtà, strettamente connesse e destinate inevitabilmente ad intrecciarsi) relative alla possibilità, per il giudice, di disporre d’ufficio “la conversione” o, al contrario, alla necessità di una dichiarazione espressa della parte interessata, in questo caso, con gli importanti corollari relativi ai termini ed alle modalità della richiesta ed alla possibilità, per il giudice, di non procedere all’accertamento, nell’ipotesi in cui dovesse evidenziarsi la mancanza di uno dei presupposti dell’azione risarcitoria (con conseguente inutilità dell’accertamento) o anche, più semplicemente, l’istanza dovesse risultare troppo generica e non corroborata da elementi concreti in grado di dimostrare la percorribilità della via risarcitoria.

Il quadro giurisprudenziale formatosi con riferimento alle problematiche sopra richiamate è ben tratteggiato dall’ordinanza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato (7) che ha originato l’intervento dell’Adunanza plenaria che si commenta, emesso con riferimento a tre giudizi di appello proposti avverso altrettante sentenze del T.A.R. per il Veneto (8) che avevano dichiarato l’improcedibilità sopravvenuta dei ricorsi proposti avverso atti di pianificazione urbanistica che avevano svuotato la capacità edificatoria di alcuni terreni (e poi superati dalla successiva pianificazione) negando, una volta divenuta improcedibile la domanda di annullamento,

(4) Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2020, n. 2969, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); si vedano anche le più risalenti T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 aprile 2012, n. 1136, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2012, n. 2116, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 12 aprile 2012, n. 3317, *ivi*; Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 538, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2, 336. Per l’interpretazione estensiva della categoria dell’interesse a ricorrere in maniera comprensiva anche di un interesse puramente morale, si vedano, in dottrina, R. Villata, *Interesse ad agire*, II) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XVII, 3 e la dottrina più risalente *ivi* citata, tra cui anche U. Fragola, *In tema di interesse morale a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1936, I, 1, 61. Nel senso della sufficienza, ai fini dell’integrazione dell’interesse all’impugnazione, anche di un “semplice interesse morale”, si vedano però già C. Vitta, *Giustizia amministrativa*,

Milano, 1903, 136 che cita giurisprudenza risalente almeno al 1891; S. Romano, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1906, 213; G. Corso, *Commento delle leggi di giustizia amministrativa*, Napoli, 1913, 312.

(5) In questa *Rivista*, 2021, 3, 325 ss. con la già citata nota di A. Dapas - L. Viola, *Interesse a ricorrere e accertamento dell’illegittimità dell’atto: le novità del Consiglio di Stato*, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

(6) Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086, cit., punto 5 della motivazione.

(7) Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 2, I, 534.

(8) T.A.R. Veneto, Sez. II, 27 agosto 2020, n. 768; T.A.R. Veneto, Sez. II, 27 agosto 2020, n. 769 e T.A.R. Veneto, Sez. II, 27 agosto 2020, n. 770, in *Juris Data*.

ogni possibilità di procedere all'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori, in considerazione della mancanza di un qualche elemento idoneo a dare "conto, neppure genericamente, della sussistenza o meno di tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito (9)".

Al proposito, l'evoluzione giurisprudenziale più recente risulta aver superato il più risalente orientamento giurisprudenziale che riteneva non necessaria una specifica istanza dell'interessato al fine del "passaggio" all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, sulla base di una serie di considerazioni essenzialmente riferite alla formulazione letterale della disposizione che, "impiegando una locuzione di natura vincolante ('accerta') e non già potenziale, ... ha lasciato senz'altro intendere che la scelta sulla conversione della domanda proposta da domanda di annullamento a domanda di accertamento non presupponga l'istanza di parte" e dell'ulteriore rilevazione relativa al fatto che la (seconda) domanda di accertamento costituisce sostanzialmente "un *minus* rispetto alla prima (domanda di annullamento) e, come tale, una richiesta già implicitamente formulata (10)"; al contrario, per gli orientamenti più recenti, l'evidenziazione della sussistenza di un qualche interesse ai fini risarcitori all'accertamento dell'illegittimità dell'atto costituisce un onere della parte che risulta non surrogabile da parte del giudice, con conseguenziale necessità di procedere oltre nell'esame delle connesse problematiche relative a modalità e requisiti costitutivi della dichiarazione di parte relativa alla sussistenza dell'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori.

A questo proposito, un primo orientamento (11) ha ritenuto del tutto "sufficiente in proposito una mera richiesta di parte, avanzata in ogni tempo, espressiva dell'interesse a un accertamento strumentale alla pretesa risarcitoria anche futura (12)", sostanzialmente fermandosi alla rilevazione relativa alla necessità dell'atto di parte e non ritenendo per nulla

possibile un qualche ulteriore sindacato del giudice in ordine all'ammissibilità della richiesta.

Al contrario, un secondo orientamento (13) ha ritenuto necessario che l'istanza di "conversione" sia accompagnata dalla proposizione dell'azione risarcitoria nel medesimo giudizio o, almeno, dall'indicazione circostanziata dei "relativi fatti costitutivi (14)", con relativa possibilità di un sindacato del giudice in ordine alla serietà di tale allegazione, nell'ipotesi in cui risulti *ictu oculi* l'insussistenza di un qualche presupposto dell'azione risarcitoria (ad es., per effetto della formazione di un giudicato interno sull'azione risarcitoria (15)) oppure la riserva di successiva proposizione dell'azione risarcitoria risulti eccessivamente generica, non essendo "nemmeno preannunciati i relativi fatti costitutivi (16)" o non risultando "comprovato, sulla base di elementi concreti, il danno ingiustamente subito (17)".

Ed è proprio a questo coacervo di soluzioni diverse (accomunate da una radice comune costituita dalla prospettazione di un onere di allegazione della parte richiedente la "conversione" dell'azione particolarmente rafforzata) che sembra riallacciarsi l'"ulteriore sotto-orientamento" segnalato da Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945 e comprensivo delle decisioni che hanno ritenuto necessario che la parte richiedente l'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori provi, sulla base di elementi concreti, il danno ingiustamente subito (18); una "sottocategoria" del secondo orientamento individuato da Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945 che, in realtà, non sembra però essere caratterizzata da una reale autonomia concettuale rispetto ad alcune decisioni (19) precedentemente ascritte al secondo orientamento e che, risultano, del resto, citate nella parte motivazionale di alcune delle decisioni impropriamente ascritte alla sottocategoria in discorso.

Ed è pertanto in un contesto caratterizzato da una notevole incertezza ed in cui la giustizia continua a

(9) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 4 della parte in fatto della decisione.

(10) Le due ultime citazioni sono da Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 2007; in proposito, si veda anche l'altra giurisprudenza citata al punto 11 di Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit.

(11) Definito "tradizionale" da Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2020, n. 4597, in *Juris Data* e dall'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria che ha originato la presente vicenda.

(12) Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4253 (in *D&G*, 3 agosto 2020; in *amministrativista.it*, 3 luglio 2020); Cons. Stato 17 aprile 2020, n. 2447 (in *Foro amm.*, 2020, 4, 809); si veda anche l'ampia rassegna giurisprudenziale di cui al punto 12 della motivazione di Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit.

(13) Considerato "più recente" da Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2020, n. 4597 e dall'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria.

(14) Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1059, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 3, 964 e l'ampia rassegna di giurisprudenza di cui al punto 13 di della motivazione di Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit.

(15) Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824, in *Juris Data*.

(16) Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1059, cit.

(17) Cons. Stato, Sez. III, 22 luglio 2020, n. 4681, in *Juris Data*; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1023, *ivi*.

(18) Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2020, n. 736, in *Juris Data*; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1214, *ivi*.

(19) Come le già citate Cons. Stato, Sez. III, 22 luglio 2020, n. 4681 e Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1023.

rimanere una “risorsa scarsa (20)” che Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945 ha ritenuto di dover richiedere l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, non mancando però di prospettare “un'ulteriore possibile interpretazione dell'art. 34, comma 3” (che, in realtà, a chi scrive sembra un'ulteriore articolazione del secondo indirizzo interpretativo), ovvero la propria preferenza per la soluzione più rigoristica tesa a limitare la “conversione” dell'azione ai soli casi in cui “la domanda risarcitoria sia effettivamente formulata nel medesimo giudizio (qualora il processo penda in primo grado), con la proposizione di motivi aggiunti (proposti dalla parte proprio in previsione della possibile declaratoria di improcedibilità del giudizio, in ragione dell'eccezione di una delle parti resistenti o del rilievo officioso della questione), o in un autonomo giudizio, con un autonomo ricorso (qualora la parte proponga un separato giudizio oppure l'improcedibilità si verifichi nel giudizio di appello) (21)”, con il contemperamento, se del caso, del ricorso ad una sospensione del ricorso risarcitorio precedentemente proposto, fino alla definizione del giudizio relativo all'accertamento dell'illegittimità dell'atto.

### La risposta dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

La risposta dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (22) al quesito interpretativo posto dalla IV Sezione risulta essere indubbiamente orientata per un “ritorno” o, meglio, una riaffermazione del primo e più tradizionale indirizzo interpretativo che ha ritenuto, ai fini della “conversione” dell'azione, del tutto “sufficiente la dichiarazione del ricorrente di avere interesse a che sia accertata l'illegittimità dell'atto impugnato in vista della futura azione risarcitoria (23)”, contemporaneamente concludendo per la sostanziale insussistenza di un potere di “controllo” del giudice in ordine alla sufficiente specificazione dell'istanza od alla manifesta inammissibilità di una possibile futura azione risarcitoria.

La soluzione è desunta da una serie di previsioni del codice del processo amministrativo (risultano espressamente richiamati gli artt. 30, comma 5, 35, comma 1, lett. c e 104, comma 1, c.p.a.), ma efficacia sostanzialmente dirimente della problematica è attribuita alla previsione di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a. “che consente di proporre la domanda risarcitoria ‘nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza’” e viene a delineare una sistematica caratterizzata “da un'ampia possibilità di scelta per il privato di modulare la propria strategia processuale a tutela dei suoi diritti ed interessi” che contempla anche la possibilità “di ricavare dal giudizio di impugnazione un'utilità residua, impeditiva della pronuncia in rito ex art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., nella futura prospettiva di una tutela per equivalente monetario che il codice consente di fare valere in separato giudizio (24)”.

Non risulta pertanto possibile una lettura autonoma della previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., risultando ammissibile solo una lettura della previsione in stretta coordinazione con i principi fondamentali previsti dal codice con riferimento ai rapporti tra azione di annullamento ed azione risarcitoria ed in particolare, con la possibilità, ammessa dalla previsione di cui all'art. 30, comma 5, di posporre la proposizione dell'azione di annullamento alla definizione del giudizio annullatorio: “l'accertamento di cui all'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. va infatti coordinato con la disciplina processuale dell'azione di risarcimento contenuta nel codice del processo amministrativo, ed in particolare con il sopra richiamato art. 30, comma 5, cod. proc. amm., che consente di proporre la domanda risarcitoria ‘nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza’ (25)”.

Le diverse accentuazioni del secondo orientamento interpretativo (26) risultano pertanto in sostanziale contrasto con la complessiva sistematica del codice del processo amministrativo che permette alla parte

(20) Si veda, al proposito, il punto 24 di Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit.

(21) Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit. punto n. 20 della motivazione; per il riferimento alla possibile sospensione ex art. 295 c.p.c. del giudizio risarcitorio precedentemente proposto, si veda il precedente punto 21.6.

(22) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8.

(23) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 8 della motivazione.

(24) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punti 14 e 15 della motivazione.

(25) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 14 della motivazione.

(26) Che possono essere sostanzialmente riportate ad una scala progressiva che parte dalla richiesta alla parte di una “sufficiente specificazione” degli elementi costitutivi della futura azione risarcitoria, per arrivare ad un “livello intermedio” che ammette il sindacato del giudice sulla sussistenza di elementi eventualmente preclusivi dell'azione risarcitoria (come la formazione di un giudicato sull'azione risarcitoria) e poi pervenire alle tesi più “estremiste”, come quella prospettata dall'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria (Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit.), che ritengono sostanzialmente obbligatoria la previa proposizione dell'azione risarcitoria, oggetto di valutazione nei suoi elementi costitutivi anche ad opera del giudice dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto.

di rinviare le scelte relative alla proposizione dell'azione risarcitoria ad un momento successivo alla definizione del giudizio di annullamento e quindi non prevede alcun onere di "anticipare" dette scelte ad un momento anteriore; anche la versione "minimale" del secondo orientamento interpretativo (ovvero la tesi che ritiene comunque necessario che il ricorrente indichi i presupposti della futura eventuale azione risarcitoria) viene quindi ad introdurre nel sistema una sostanziale "sovrapposizione tra le due domande, di annullamento e risarcitoria, che il codice del processo ed in particolare l'art. 30 nel suo complesso considera distinte e non avvinte da pregiudizialità della prima rispetto alla seconda come invece si era affermato in epoca antecedente, salvo il solo temperamento dato dal comma 3 della disposizione ora richiamata"; ogni determinazione del giudice in ordine all'esistenza/inesistenza dei presupposti di una domanda risarcitoria non ancora proposta si presenta pertanto del tutto ultronea e non assistita da una qualche "attitudine al giudicato (27)", non essendo stata proposta nella corretta sede.

Per di più, la tesi più "estremista" (ovvero, quella espressa da Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945 e che ritiene sostanzialmente necessario, per passare all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, che la parte abbia già proposto, anche se in separata sede, l'azione risarcitoria) si basa su una sostanziale confusione tra i due diversi livelli dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto e dell'accertamento degli elementi costitutivi dell'azione risarcitoria (ovviamente comprensiva anche dell'accertamento della non conformità a diritto dell'atto emanato dall'amministrazione) e contiene al proprio interno una contraddizione logica che risulta impossibile negare: "l'accertamento di legittimità dell'atto impugnato in funzione dell'interesse risarcitorio si pone in termini di contraddizione logica con la domanda di risarcimento del danno. Esso presuppone non già una domanda risarcitoria in atto, ma la sola proponibilità

della stessa, che come più volte precisato è consentita entro il termine di decadenza previsto dall'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. della sentenza che definisce il giudizio di annullamento. Se la domanda è stata invece proposta, l'accertamento mero si palesa inutile ed è assorbito da quello che deve svolgersi in sede di esame della domanda risarcitoria (28)".

Del resto, il ruolo sostanzialmente decisivo attribuito da Cons. Stato, Ad. Plen. 13 luglio 2022, n. 8 alla possibile proposizione differita dell'azione risarcitoria permessa dalla previsione di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a. non risulta sostanzialmente infirmato dalla generica rilevazione operata dall'ordinanza di rimessione in ordine ad una qualche possibilità che la "prima tesi" possa, in qualche modo, risolversi in "una soluzione non coerente con l'art. 30, comma 5, c.p.a. (29)"; sembrerebbe di capire, con una previsione che, almeno nell'interpretazione proposta dall'ordinanza di rimessione, risulterebbe finalizzata a riportare l'effetto di differimento dell'azione risarcitoria alla proposizione e decisione di una domanda di annullamento che, in realtà, nel caso della "conversione" in domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto, non viene mai ad essere decisa.

A ben guardare, la formulazione della previsione di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a. ("nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza") risulta, infatti, suscettibile, almeno ad avviso di chi scrive, di un'interpretazione che riferisca l'effetto di "differimento" dell'azione risarcitoria anche al caso in cui l'originaria azione di annullamento sia stata "convertita", in corso di giudizio, in azione di accertamento dell'illegittimità dell'atto (30); in questa prospettiva, più aperta all'interpretazione sistematica che alla formulazione letterale della norma, sembra pertanto che l'obiezione di cui al punto 21.3.3 dell'ordinanza di rimessione (non espressamente affrontata da Cons.

(27) Le due ultime citazioni sono da Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 22 della motivazione che poi così conclude: "deve pertanto escludersi che il giudice 'possa comunque pronunciarsi su una questione 'assorbente' e dunque su ogni profilo costitutivo della fattispecie risarcitoria', come ipotizza l'ordinanza di rimessione".

(28) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 20 della motivazione. Si tratta di una confusione logica che risulta abbastanza evidente dall'esame della giurisprudenza in materia: per una fattispecie in cui, effettivamente, i due piani dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto e della decisione dell'azione risarcitoria risultano confusi e giustapposti, si veda Cons. Stato, Sez. II, 5 ottobre 2020, n. 5866, in *Juris Data*.

(29) Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit., punto 21.3.3. della motivazione.

(30) Non ci si nasconde il fatto che, al proposito, un qualche ostacolo all'interpretazione proposta possa essere ravvisato nel riferimento letterale alla "relativa sentenza" presente nel testo dell'art. 30, comma 5, c.p.a., ovvero alla sola sentenza (in questo caso, inesistente) che abbia deciso l'azione risarcitoria; a livello di interpretazione sistematica può però ritenersi che il riferimento alla "relativa sentenza" possa essere riferito anche alla "riduzione" dell'azione di annullamento in accertamento dell'illegittimità dell'atto (si veda, al proposito, quanto più oltre rilevato in ordine all'*emendatio* in senso riduttivo della domanda di annullamento) permessa dalla previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., con conseguenziale applicazione anche a tale sentenza dell'effetto di "differimento" di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a.

Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8) possa risultare non decisiva ai fini della risoluzione della questione “principale” affrontata dall’Adunanza Plenaria.

In una sistematica complessiva improntata ad una logica di “deflazione” dei procedimenti (31), la conclusione di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 è pertanto per una sistematica complessiva in cui l’accertamento richiesto con la richiesta di “conversione” dell’azione “è esattamente quello che il giudice avrebbe dovuto svolgere nell’esaminare nel merito la domanda di annullamento, donde (per rispondere alle ulteriori questioni poste dall’ordinanza di rimessione) la necessità di svolgere un’istruttoria laddove necessario, con la sola differenza che in caso positivo tale accertamento non va a costituire il presupposto per la pronuncia costitutiva di annullamento dell’atto impugnato, ma esaurisce il contenuto della pronuncia (di accertamento mero) con cui il giudizio è definito (32)”.

Sotto il profilo più strettamente processuale, la domanda di “conversione” dell’azione di annullamento in azione si esaurisce poi in una “semplice dichiarazione, da rendersi nelle forme e nei termini previsti dall’art. 73 cod. proc. amm., a garanzia del contraddittorio nei confronti delle altre parti, con la quale a modifica della domanda di annullamento originariamente proposta il ricorrente manifesta il proprio interesse affinché sia comunque accertata l’illegittimità dell’atto impugnato”; una dichiarazione che deve quindi trovare inquadramento nell’istituto della “c.d. *emendatio* della domanda, in senso riduttivo quanto al *petitum* immediato, non integrante pertanto un mutamento non consentito nell’ambito del principio della domanda, come

evincibile dalla clausola di salvezza rispetto al c.d. divieto dei *nova* in appello previsto dall’art. 104, comma 1, cod. proc. amm., sopra richiamato (33)”.

Una precisazione che potrebbe forse risultare eccessivamente stringata, ma che probabilmente esaurisce ogni problematica relativa alla ritualità della dichiarazione, per effetto dell’ampio riferimento all’art. 73 c.p.a. (34) ed alla complessiva ricostruzione dell’istituto in termini di *emendatio* in senso riduttivo dell’originaria domanda di annullamento e non di vera e propria nuova domanda.

In buona sostanza, siamo pertanto in presenza di una decisione che si pone in sostanziale sintonia con la complessiva sistematica dei rapporti tra azione di annullamento ed azione risarcitoria prevista dal c.p.a. e che potenzia e salvaguarda al massimo livello il principio di autonomia dell’azione risarcitoria; per altri versi, si tratta di una decisione che si pone in piena sintonia con l’esigenza di assicurare alla parte una “tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” di cui all’art. 1 del c.p.a. (35), salvaguardando al massimo grado il mantenimento di tutte le “utilità” ricomprese nell’originaria domanda di annullamento, anche se, in qualche caso, a scapito delle esigenze di semplificazione e deflazione del contenzioso (36).

### **Il non detto di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, ovvero la problematica della ridefinizione dell’interesse a ricorrere**

Come già rilevato al primo paragrafo, la nuova previsione di cui all’art. 34, comma 3, c.p.a. ha originato, oltre alle problematiche espressamente affrontate da

(31) Si veda, al proposito, il punto 16 di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 che ravvisa, nella soluzione, “una funzione deflattiva, rispondente alle esigenze del ricorrente, di conoscere anticipatamente se è fondato il presupposto principale dell’eventuale domanda di risarcimento dei danni, ma anche alle esigenze prospettate nell’ordinanza di rimessione, riferite all’amministrazione autrice dell’atto impugnato, di conoscere anticipatamente se questo sia o meno illegittimo e se vi sono pertanto rischi di esborsi economici, e dunque di assumere le opportune iniziative attraverso il proprio potere di autotutela. L’effetto di deflazione si ricava dal fatto che se l’accertamento richiesto dal ricorrente dovesse essere negativo, e dunque l’atto impugnato risultasse legittimo, l’azione risarcitoria sarebbe preclusa”.

La fattispecie decisa da Cons. Giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 21 luglio 2022, n. 851 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) evidenzia però come la conclusione possa essere esattamente rovesciata; pur richiamando formalmente la sistematica di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, la decisione se ne è, in realtà, discostata in alcuni punti, anticipando, in una fattispecie in cui l’accertamento dell’illegittimità dell’atto avrebbe importato onerose valutazioni, l’esame di alcune dirimenti aspetti della fattispecie risarcitoria. Sembra pertanto che la “funzione deflattiva” attribuita all’una o all’altra tesi (come noto, Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022,

n. 945, cit., punto 21.7 riporta, infatti, tale effetto alla tesi opposta) derivi, in realtà, dalla particolarità delle singole fattispecie e non possa essere istituzionalmente riportata ad una tesi piuttosto che all’altra.

(32) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 18 della motivazione.

(33) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 17 della motivazione.

(34) Che, quindi, viene a comprendere, sia i casi in cui la richiesta di “conversione” sia stata proposta all’udienza di discussione ai sensi del comma 2 della previsione, sia i casi in cui sia intervenuta dopo un primo passaggio in decisione della causa, in risposta alla contestazione relativa all’improcedibilità del ricorso effettuata dal giudicante, ai sensi del comma 3 dell’art. 73 c.p.a.

(35) Espressamente richiamata al punto 15 di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8.

(36) Si veda, al proposito, quanto rilevato alla nota 31 in ordine alla diversa possibile valutazione dell’impatto della soluzione sulla riduzione del contenzioso, oltre all’evidente constatazione relativa al fatto che decidere complesse questioni sulla base solo di una “teorica” e generica volontà di proporre azione risarcitoria possa risultare *ictu oculi* antieconomico e sovrabbondante.

Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 (che guardano sostanzialmente ai risvolti più direttamente collegati alla tutela risarcitoria), anche una diversa area problematica relativa alla (eventuale) necessità che la dicotomia presente nel testo della previsione tra interesse all'annullamento dell'atto ed interesse all'accertamento dell'illegittimità ai fini risarcitori possa avere reso inattuale l'evoluzione giurisprudenziale che aveva ritenuto sufficiente che la proposizione del ricorso fosse accompagnata dalla sussistenza di un interesse puramente morale o strumentale all'annullamento; in buona sostanza, quell'area problematica che ha già costituito oggetto degli scritti citati alla nota 1 e che l'abbastanza recente Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086 ha ritenuto di poter risolvere nel senso dell'impossibilità di attribuire "rilevanza, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., a posizioni d'interesse puramente strumentale o morale, soprattutto se connesse a poteri amministrativi non ancora esercitati (37)".

Come evidente, si tratta di una problematica che non costituiva l'oggetto diretto del quesito sottoposto a Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 ma che, in un certo senso, viene ad integrare un sostanziale "convitato di pietra" della materia; come già rilevato già a partire dal primo scritto dedicato alla problematica (38), la norma di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. e l'intera problematica trattata in queste pagine risulterebbe, infatti, totalmente inutile ove a sorreggere la proposizione del ricorso bastasse il riferimento ad un interesse puramente morale all'annullamento dell'atto, ovvero ad una forma più labile di interesse che permetterebbe alla parte di pervenire comunque all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, senza indulgere nelle "complicazioni" di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. e senza bisogno di procedere alla "conversione" dell'azione oggi resa necessaria dalla previsione.

Ed in effetti, si tratta di una problematica che risulta essere stata affrontata anche da Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 almeno in due punti che, almeno in via indiretta, sembrano esprimere una sostanziale adesione di fondo all'impostazione degli scritti già citati alla nt. 1 e di Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086.

Il primo punto si esaurisce, in realtà, in un fugace accenno, nella parte della sentenza destinata

all'inquadramento generale della problematica ed agli antecedenti della questione, all'orientamento giurisprudenziale che era arrivato "a considerare procedibile il ricorso anche in assenza di utilità materiali ricavabili dalla sentenza, quando fosse comunque ravvisabile un interesse morale ... a vedersi riconoscere le proprie ragioni" e che viene espressamente riferito all'"epoca antecedente al codice del processo amministrativo, e dunque prima che fossero disciplinati i rapporti tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria a tutela di interessi legittimi (39)"; con tutta evidenza, la precisazione relativa alla necessità di riferire il detto orientamento al solo periodo antecedente l'entrata in vigore della nuova disciplina dei rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria prevista dal c.p.a. viene, infatti, ad integrare un primo "sintomo" di una complessiva adesione di fondo dell'Adunanza Plenaria alla sistematica di Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086 che ha, del pari, ritenuto che detta impostazione sia stata ormai superata dall'entrata in vigore della previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a.

Del resto, si tratta di un'adesione complessiva che risulta ancora più evidente dall'esame del secondo punto che assume interesse ai fini che ci occupano, ovvero del punto della motivazione di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 che ha sostanzialmente riaffermato la natura di giurisdizione soggettiva della giurisdizione amministrativa, anche davanti ai rischi paventati dall'ordinanza di rimessione in ordine al fatto che rimettere alla parte la scelta esclusiva in ordine alla sussistenza dell'interesse ai fini risarcitori potesse integrare un sostanziale superamento dei requisiti previsti dall'art. 100 c.p.c.: "sono poi superabili le preoccupazioni espresse dall'ordinanza sul rischio che l'accertamento intervenga a fronte di un interesse solo potenziale e non attuale, carente pertanto dei requisiti che secondo l'art. 100 cod. proc. civ. condizionano la pronuncia giurisdizionale nel merito dell'azione proposta. Va al riguardo richiamato quanto espresso in precedenza, e cioè che la pronuncia ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. origina da una modifica in senso riduttivo di una domanda già proposta, quella di annullamento, divenuta tuttavia priva di interesse per il ricorrente in pendenza di giudizio, ed in relazione al quale lo stesso ricorrente ritenga nondimeno che residui un'utilità

(37) Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086, cit., punto 5 della motivazione.

(38) A. Dapas - L. Viola, *L'art. 34, 3° comma del codice del processo amministrativo tra inutilità dell'annullamento dell'atto e ridefinizione dell'interesse a ricorrere*, cit.

(39) Si veda, al proposito, il punto 11 della motivazione di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8.

ai fini di un ristoro per equivalente dei danni eventualmente subiti a causa dei provvedimenti amministrativi impugnati (40)”.

In buona sostanza, un sostanziale richiamo della ricostruzione dell'intera vicenda in senso di *emendatio* riduttiva della domanda di annullamento già articolata al punto 17 della motivazione che, almeno negli intendimenti di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, dovrebbe escludere ogni rischio di superamento delle condizioni di cui all'art. 100 c.p.c., venendo sostanzialmente a radicare l'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto sullo stesso interesse posto a base della proposizione dell'azione, in qualche modo, ridotto, ma sostanzialmente ancora presente, anche se rimesso alla sola valutazione della parte e non più del giudice (come sarebbe del tutto normale in una giurisdizione di tipo subiettivo).

La problematica sembrerebbe pertanto chiusa da una precisazione che, in buona sostanza, ribadisce la caratterizzazione in termini di giurisdizione di diritto soggettivo e che dovrebbe escludere ogni rischio che, attraverso il meccanismo di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a, possano risultare legittimate letture in termini di diritto oggettivo della giurisdizione amministrativa ed accertamenti giudiziali non assistiti dagli indispensabili requisiti dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.

Ed è proprio su questo aspetto che la sistematica di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 evidenzia, almeno ad avviso di chi scrive, una qualche problematicità.

L'esame disincantato del meccanismo di “conversione” delle azioni previsto dall'art. 34, comma 3, c.p.a. nella lettura proposta da Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 non può, infatti, non evidenziare come il riferimento ad una qualche persistenza dell'interesse posto a base della richiesta di annullamento anche nella diversa prospettiva risarcitoria costituisca poco più che una finzione (41) sostanzialmente non aderente alla realtà; una cosa è, infatti, l'accertamento dell'interesse concreto e attuale all'annullamento dell'atto e cosa completamente diversa è l'accertamento dell'interesse ai fini della possibile proposizione dell'azione risarcitoria; troppo diversi sono, infatti, i presupposti delle due azioni per poter ritenere, come è nella sostanza nella sistematica

di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, che l'effettiva sussistenza dell'interesse concreto ed attuale all'annullamento dell'atto al momento di proposizione del ricorso, possa importare, automaticamente e di per sé, la sussistenza dell'interesse nel diverso (e successivo) momento della decisione del ricorso e nella prospettiva, sostanzialmente diversa, della proposizione dell'azione risarcitoria.

Tutto pertanto si basa sulla sostanziale finzione della persistenza dell'interesse già posto a base del ricorso originario ovvero su una ricostruzione che, in realtà, risulta non perfettamente aderente ad una vicenda che risulta più fedelmente descritta dall'ordinanza di rimessione (42); una sostanziale finzione che, in realtà, maschera una fattispecie che deve essere ben diversamente ricostruita, risultando evidente come, dopo l'evento che ha determinato l'improcedibilità sopravvenuta, la “conversione” dell'azione derivi solo dall'unilaterale dichiarazione della parte di avere interesse all'accertamento ai fini risarcitori, senza alcun controllo da parte del giudice in ordine alla sussistenza delle condizioni dell'azione ex art. 100 c.p.c.

Al di là di ogni finzione, siamo pertanto in presenza di una fattispecie in cui la dichiarazione della parte di avere interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori risulta del tutto sufficiente a permettere la continuazione del processo e surroga totalmente la valutazione del giudice ex art. 100 c.p.c. in ordine alla sussistenza dell'interesse concreto ed attuale all'accertamento; in termini reali e disincantati, risulta pertanto innegabile come, in realtà, si tratti di un piccolo frammento, di una piccola *enclave* di giurisdizione di diritto obiettivo in un territorio, come quello della giurisdizione amministrativa, per il resto, caratterizzato da un'indubbia caratterizzazione in termini di giurisdizione di diritto subiettivo.

Siamo pertanto perfettamente ritornati al punto di partenza; in un precedente scritto (43), si era già rilevato come la costruzione giurisprudenziale che riteneva sufficiente la sussistenza di un interesse anche meramente morale alla proposizione del ricorso costituisse un relitto storico delle prime difficoltà a costruire la giurisdizione amministrativa in termini di giurisdizione di diritto subiettivo e desse vita ad un piccola *enclave* di giurisdizione di diritto

(40) Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, punto 21 della motivazione; la preoccupazione in ordine al possibile superamento dei requisiti di attualità dell'interesse di cui all'art. 100 c.p.c. era espressa al punto 21.4 di Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit.

(41) Il riferimento, al proposito, non può pertanto che essere al ruolo costitutivo della finzione nel discorso giuridico sottolineato da Y. Thomas, *Fictio legis*, Macerata, 2016.

(42) Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945, cit.

(43) A. Dapas - L. Viola, *Interesse a ricorrere e accertamento dell'illegittimità dell'atto: le novità del Consiglio di Stato*, cit., 332 ss.

obiettivo, destinata ad entrare in crisi e ad essere eliminata dopo l'intervento dell'art. 34, comma 3, c.p.a. (che reca una struttura dualistica incompatibile con il riconoscimento di un *tertium genus* di interesse a ricorrere, non a fini di annullamento o risarcitori). Dopo l'intervento di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, l'*enclave* di diritto obiettivo rinasce, ma come sottoprodotto di un'interpretazione della previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. destinata a massimizzarne le possibilità applicative in ambito risarcitorio; in fondo, a determinare il passaggio ad una sistematica tipica della giurisdizione di diritto obiettivo risulta sufficiente la semplice dichiarazione della parte di avere interesse, nella vecchia versione, all'annullamento ai fini della soddisfazione di un interesse morale e, nella nuova versione, ai fini della futura proposizione di un'azione risarcitoria la cui effettiva proponibilità non risulta suscettibile di alcun controllo giurisdizionale ad opera del giudice. Come già rilevato nel precedente scritto (44), siamo pertanto sull'esatto crinale tra una lettura in termini di giurisdizione di diritto oggettivo o di diritto subiettivo della giurisdizione amministrativa, ovvero su un confine che è certamente meno netto e molto più sfumato delle trattazioni manualistiche ed in cui basta molto poco per passare da una sistematica ad un'altra; dopo la "rilettura" del sistema operata da Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8, anche il tentativo di tagliare questo nodo in maniera netta attraverso l'introduzione nel sistema della previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. risulta quindi molto problematico, se non apertamente fallito. L'approdo finale è pertanto fortemente paradossale; da una parte, la previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. costituisce, infatti, l'unico appiglio normativo per gli orientamenti giurisprudenziali (come quello inaugurato da Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086) che cercano di superare costruzioni giurisprudenziali (come quella relativa alla sufficienza dell'interesse puramente morale ai fini della proposizione dell'azione di annullamento) che costituiscono una forma mascherata di giurisdizione di diritto obiettivo; dall'altro, la stessa previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. legittima una sostanziale "fuoriuscita" dalla giurisdizione di diritto subiettivo (come quella che si verifica a seguito della dichiarazione di aver interesse all'accertamento ai fini risarcitori) che, con le debite differenziazioni, approda sempre però ad una qualche forma di giurisdizione di diritto obiettivo.

In maniera paradossale, la stessa norma origina quindi due movimenti giurisprudenziali di trasformazione sostanzialmente opposti e risulta estremamente significativo come i due effetti scaturiscano, in buona sostanza, da due diversi modi di avvicinarsi alla norma; chi ci si avvicina, approfondendo le problematiche delle condizioni dell'azione e della natura di diritto subiettivo della giurisdizione amministrativa tende, infatti, a privilegiare una lettura "dualistica" della previsione che non può che approdare alla sistematica di Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2021, n. 3086, ovvero ad una sistematica che riconosce solo l'interesse all'annullamento dell'atto o al risarcimento del danno (in una prospettiva concreta e non nell'astratta prospettiva di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8); al contrario, chi si avvicina alla norma studiando la problematica risarcitoria e con la preoccupazione di salvaguardare al massimo grado la possibilità di una futura azione risarcitoria, finisce inevitabilmente per approdare a sistematiche come quella di Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8 che certo potenzia l'autonomia dell'azione risarcitoria, ma finisce inevitabilmente con l'introdurre nel sistema una piccola *enclave* di diritto obiettivo.

Verrebbe da dire che si tratta di questioni di prospettiva ed in questa logica risulta quasi inevitabile il parallelo con la città di *Despina* descritta da Italo Calvino nelle *Città invisibili*, ovvero con una città che "si presenta differente a chi viene da terra e a chi viene dal mare. Il cammelliere che vede spuntare all'orizzonte dell'altipiano i pinnacoli dei grattacieli, le antenne radar, sbattere le maniche a vento bianche e rosse, buttare fumo i fumaioli, pensa ad una nave, sa che è una città ma la pensa come un bastimento che lo porti via dal deserto, un veliero che stia per salpare, col vento che già gonfia le vele non ancora slegate, o un vapore con la caldaia che vibra nella carena di ferro ... Nella foschia della costa il marinaio distingue la forma di una gobba di cammello, d'una sella ricamata di frange luccicanti tra due gobbe chiazzate che avanzano dondolando, sa che è una città ma la pensa come un cammello dal cui basto pendono otri e bisacce di frutta candita, vino di datteri, foglie di tabacco, e già si vede in testa a una lunga carovana che lo porta via dal deserto del mare, verso oasi d'acqua dolce all'ombra seghettata delle palme, verso palazzi dalle spesse mura di calce, dai cortili di piastrelle su cui danzano scalze le danzatrici, e muovono le braccia un po' nel velo e un po' fuori dal velo (45)".

(44) A. Dapas - L. Viola, *Interesse a ricorrere e accertamento dell'illegittimità dell'atto: le novità del Consiglio di Stato*, cit., 334.

(45) I. Calvino, *Le città invisibili*, Torino, 1972, ora in *Romanzi e racconti*, Milano, Il, 1992, 370; per l'applicazione delle categorie di

Anche nel caso che ci occupa, la previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., a seconda di come la si guardi, sembra assicurare esiti differenti ed anche opposti, come la città di *Despina* di Italo

Calvino; ciò non toglie che si tratti però pur sempre della stessa norma, indubbiamente situata in un territorio di confine tra diversi modi di guardare al reale.

---

Italo Calvino (soprattutto nella versione delle *Lezioni americane*) all'ambito giuridico e ad una problematica di giustizia amministrativa, si rinvia a L. Viola, *La doppia tutela in ambito edilizio dopo il*

*nuovo Codice del processo amministrativo*, in *La Rivista Nel Diritto*, 2011, 10, 1553 ss.; in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



OSSERVATORIO SULLA TRASPARENZA  
19 OTTOBRE 2022

# La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO

di Anna Corrado

Magistrato amministrativo TAR Lombardia

# La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO\*

di Anna Corrado

Magistrato amministrativo TAR Lombardia

**Abstract [It]:** Il tanto atteso Piano Integrato di Attività e Organizzazione delle amministrazioni – PIAO, è entrato in vigore a decorrere dal primo luglio 2022 e a malincuore deve constatarsi che nessuno ne ha avvertito i preannunciati effetti positivi. Né i cittadini che poco hanno compreso dei piani che si eliminano, e in verità hanno ragione visto che non ne risultano di effettivamente abrogati, né le stesse amministrazioni, che ora si trovano alle prese con un’attività amministrativa più complicata da seguire. A dispetto degli annunci e delle promesse di semplificazione che già da giugno del 2021, preannunciavano una cospicua riduzione degli adempimenti amministrativi dettati dalla pulsione pianificatoria che si è abbattuta negli ultimi venti anni sulle amministrazioni, il PIAO quale soluzione “salvifica” per assicurare qualità, efficienza, trasparenza e semplificazione in verità, almeno per il momento, non ha mantenuta la sua promessa. L’obiettivo di questo contributo è quello di esaminare le novità introdotte dal PIAO, partendo dal quadro normativo di riferimento e di comprendere, tenendo conto degli adempimenti di pianificazione in cui si inserisce, e grazie al contributo dato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in quest’anno di “epoca PIAO”, se le criticità mosse alla novella fin dalla prima ora sono risolvibili e in che termini gli atti attuativi varati lo scorso 30 giugno 2022 risultano adeguati a questi fini. Il PIAO sta già mostrando che è più facile aggiungere che togliere e la domanda che ne consegue arriva spontanea: ma è così difficile semplificare nella pubblica amministrazione?

**Title:** The difficult path of simplification taken by PIAO

**Abstract [En]:** The long-awaited Integrated Plan of Activities and Organization of the Administrations entered into force as of 1 July 2022 and, sadly, it must be noted that no one has felt the anticipated positive effects. Neither the citizens, who have little understanding of the plans that are being eliminated, and, in truth, they are right, since they have not actually been abrogated, nor the administrations themselves, which are now struggling with administrative activities that are even more complicated to follow.

In spite of the announcements and the promises of simplification that, ever since June 2021, have heralded a conspicuous reduction in administrative obligations dictated by the planning drive that has hit the administrations in the last twenty years, the Integrated Plan intended as a “salvific” solution aimed at ensuring quality, efficiency, transparency and simplification, in truth, at least for the moment, has not met its objectives.

The objective of this contribution is to examine the innovations introduced by the Integrated Plan, starting from the regulatory framework of reference, and, taking into account the planning requirements in which the plan is inserted and the contribution given to it by the doctrine and jurisprudence in this year of “the era of the Integrated Plan of Activities and Organization of the Administrations”, try to understand if the critical issues raised since the very beginning can be resolved and in what terms the implementing acts launched on 30 June 2022 are adequate for these purposes. The Integrated Plan is already showing that it is easier to add than to remove and the question that follows arises spontaneously: is it really so difficult to simplify the public administration?

**Parole chiave:** Piani della pubblica amministrazione, efficienza, trasparenza, semplificazioni, criticità

**Keywords:** Public administration plans, efficiency, transparency, simplifications, critical issues

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il quadro normativo di riferimento: l’art. 6 del d.l. 80/2021. 2.1. L’individuazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal PIAO. 2.2. Il PIAO “tipo” di cui al D.M. 30 giugno 2022, n. 132. 3. Il Piano Nazionale Anticorruzione e il “concetto” di valore pubblico. 4. I pareri del Consiglio di Stato relativi al PIAO. 5. L’attività di monitoraggio: una via di salvezza per il PIAO. 6. Il regime “semplificato” da applicare alle amministrazioni con meno di 50 dipendenti. 7. Considerazioni conclusive.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

## 1. Introduzione

Il tanto atteso Piano Integrato di Attività e Organizzazione delle amministrazioni – PIAO<sup>1</sup>, è entrato in vigore a decorrere dal primo luglio 2022 e a malincuore deve constatarsi che nessuno ne ha avvertito i preannunciati effetti positivi. Né i cittadini che poco hanno compreso dei piani che si eliminano, e in verità hanno ragione visto che non ne risultano di effettivamente abrogati, né le stesse amministrazioni, che ora si trovano alle prese con un'attività amministrativa più complicata da seguire.

A dispetto degli annunci e delle promesse di semplificazione che già da giugno del 2021, preannunciavano una cospicua riduzione degli adempimenti amministrativi dettati dalla pulsione pianificatoria che si è abbattuta negli ultimi venti anni sulle amministrazioni, il PIAO quale soluzione “salvifica” per assicurare qualità, efficienza, trasparenza e semplificazione in verità, almeno per il momento, non ha mantenuta la sua promessa.

Nonostante si fossero preannunciate abrogazioni, ipotizzato accorpamenti di adempimenti, delineato la nuova *roadmap* per mettere insieme *performance*, anticorruzione, fabbisogno di personale e organizzazione, passando per digitalizzazione e parità di genere, per rendere l'attività di programmazione e di pianificazione veramente efficiente, immaginandola unica e integrata, rivolta *in primis* a realizzare gli obiettivi di valore pubblico, da intendersi quale benessere economico, sociale, educativo, assistenziale, ambientale, per il momento tutto ciò sembra lasciato sulla carta e la novella va vista, necessariamente, come il punto iniziale. Un ottimo inizio indubbiamente, partire da una visione unitaria di piani, obiettivi, rischi e risultati. Ciò che interessa ora è, invece, capire come mettere in atto l'ambizioso progetto e fare in modo che tutto ciò che si intendeva realizzare e assicurare per amministrazioni e cittadini vada concretizzato e che non resti, di tutto il travagliato iter del PIAO, solo una maggiore complessità per le amministrazioni a far “quadrare i conti” tra competenze e scadenze e che i soggetti attuatori si ritrovino solo con un piano che pone altri nodi interpretativi da sciogliere, di cui certamente, in questi, termini, non se ne sentiva il bisogno.

L'obiettivo di questo contributo è quello di esaminare le novità introdotte dal PIAO, partendo dal quadro normativo di riferimento e di comprendere, tenendo conto degli adempimenti di pianificazione in cui si inserisce, e grazie al contributo dato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in quest'anno di “epoca PIAO”, se le criticità mosse alla novella fin dalla prima ora<sup>2</sup> sono risolvibili e in che termini gli atti attuativi varati

---

<sup>1</sup> Il PIAO è stato previsto dall'art. 6 del d.l. 9 giugno 2021 n. 80 recante *Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia*, conv. in legge 6 agosto 2021, n. 113

<sup>2</sup> L. OLIVERI, *Il Piao slitta ma non rallenta*, Italia Oggi, 31 dicembre 2021; L. OLIVERI, *Sul Piao si ricomincia daccapo*, 4 marzo 2022; D. CEPIKU, E. DEIDDA GAGLIARDO, *Piao, necessario valorizzare specificità e diverso grado di maturazione dei sistemi di programmazione dei vari comparti*, Il sole 24 ore, 8 luglio 2022; A. CORRADO, *Non perdiamo il piano Anticorruzione*, Corriere della sera, 24 luglio 2021, A. CORRADO, *Il «Piano integrato di attività e organizzazione» che verrà*, Corriere.it, 14 gennaio 2022; A. CORRADO, *Una semplificazione che complica*, Corriere della sera, 31 agosto 2022.

lo scorso 30 giugno 2022 risultano adeguati a questi fini. Il PIAO sta già mostrando che è più facile aggiungere che togliere e la domanda che ne consegue arriva spontanea: ma è così difficile semplificare nella pubblica amministrazione? Alla domanda si cercherà di dare una risposta alla fine del presente lavoro di approfondimento.

## 2. Il quadro normativo di riferimento: l'art. 6 del d.l. 80/2021

L'art. 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. in legge 6 agosto 2021, n. 113 ha introdotto il Piano integrato di attività e organizzazione per «assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa e migliorare la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese e procedere alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi anche in materia di diritto di accesso».

Il PIAO è stato previsto come nuovo adempimento per le amministrazioni pubbliche con più di 50 dipendenti, con esclusione delle scuole di ogni ordine e grado e delle istituzioni educative; ha durata triennale, deve essere aggiornato annualmente e adottato entro il 31 gennaio; va predisposto esclusivamente in formato digitale ed è pubblicato sul sito istituzionale del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri e sul sito istituzionale di ciascuna amministrazione<sup>3</sup>.

Dal comma 2 del menzionato articolo 6 emerge l'intento semplificatorio del legislatore e cioè quello di dare vita a un piano che accorpasse gli adempimenti previsti da altre discipline e riferiti a diversi ambiti rilevanti per l'attività amministrativa.

Nel PIAO vanno quindi inseriti gli obiettivi programmatici e strategici della *performance* stabilendo il necessario collegamento tra *performance* individuale e *performance* organizzativa<sup>4</sup>. Deve poi contenere la strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, la pianificazione del lavoro agile, gli obiettivi formativi anche per l'accrescimento culturale e dei titoli di studio del personale, correlati all'ambito d'impiego e alla progressione di carriera del personale<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Articolo 7, D.M. 30 giugno 2022, n. 132. Secondo la dottrina «la novella legislativa sembra aver inciso sul ruolo dell'Autorità nazionale in senso contraddittorio: da un lato, la lett. d) dell'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 precisa che la sezione del PIAO relativa all'anticorruzione deve definire «gli strumenti e le fasi per garantire la trasparenza e la prevenzione alla corruzione» in conformità agli indirizzi adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione» (riferendosi dunque al Piano nazionale anticorruzione); dall'altro lato, tuttavia, l'art. 6, comma 4, del d.l. n. 80 del 2021 non menziona l'Autorità tra i soggetti ai quali deve essere inviato il PIAO, dovendo, quest'ultimo, essere inviato entro il 31 gennaio di ogni anno «al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri per la pubblicazione sul relativo portale» C. SICCARDI, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, in *Consulta on-line*, 2022 fasc. I.

<sup>4</sup> Il PIAO ingloba innanzitutto gli adempimenti derivanti dall'articolo 10 del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 riferiti al *Piano della Performance*

<sup>5</sup> La lettera b), del comma 2 dell'art. 6 che disciplina il PIAO in particolare prevede «la strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, anche mediante il ricorso al lavoro agile, e gli obiettivi formativi annuali e pluriennali, finalizzati ai processi di pianificazione secondo le logiche del *project management*, al raggiungimento della completa alfabetizzazione digitale, allo sviluppo delle conoscenze tecniche e delle competenze trasversali e manageriali e all'accrescimento culturale e dei titoli di studio del personale, correlati all'ambito d'impiego e alla progressione di carriera del personale».

Ancora il PIAO deve assorbire il Piano triennale dei fabbisogni di personale<sup>6</sup>, al fine di individuare oltre alle forme di reclutamento ordinario anche la percentuale di posizioni disponibili da destinare alle progressioni di carriera del personale.

Il Piano, poi, deve definire gli strumenti e le fasi per giungere alla piena trasparenza dei risultati dell'attività e dell'organizzazione amministrativa nonché per raggiungere gli obiettivi in materia di contrasto alla corruzione, in linea con la normativa di settore e in conformità con gli indirizzi adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) con il Piano nazionale anticorruzione<sup>7</sup>.

Ancora al PIAO è demandato di definire l'elenco delle procedure da semplificare e reingegnerizzare ogni anno, anche mediante il ricorso alla tecnologia, nonché la graduale misurazione dei tempi effettivi di completamento delle procedure effettuate attraverso strumenti automatizzati; le modalità e le azioni finalizzate a realizzare la piena accessibilità alle amministrazioni, fisica e digitale, da parte dei cittadini ultrasessantacinquenni e dei cittadini con disabilità; e quelle finalizzate al pieno rispetto della parità di genere, anche con riguardo alla composizione delle commissioni esaminatrici dei concorsi.

Il PIAO deve, infine, definire le modalità di monitoraggio degli esiti, con cadenza periodica, inclusi gli impatti sugli utenti, anche attraverso rilevazioni della loro soddisfazione nonché le modalità di monitoraggio dei procedimenti attivati.

Al fine di aiutare le amministrazioni nell'opera di semplificazione la norma ha previsto l'adozione di due tipologie di atti attuativi<sup>8</sup>: un regolamento di delegificazione (adottato ex art. 17, co. 2 della l. 400/1988) con cui andavano individuati e “abrogati” gli adempimenti relativi ai piani assorbiti<sup>9</sup> e un piano tipo<sup>10</sup> quale strumento di supporto, anche al fine di definire le modalità semplificate per l'adozione del PIAO da parte delle amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti.

Il termine di entrata in vigore del PIAO ha subito un iter molto travagliato in ragione del rinvio continuo del termine per l'adozione degli atti attuativi. Questi, infatti, prima dovevano essere adottati entro 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto legge 80/2021 e il PIAO entro il 31 dicembre 2021; il termine per

---

<sup>6</sup> Articolo 6 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

<sup>7</sup> Il Piano triennale di prevenzione della corruzione è previsto dall'art. 1, comma 5, lett. a), l. 6 novembre 2012, n. 190. Il PNA per il 2022 – 2024 al momento della predisposizione del presente lavoro è in attesa di essere pubblicato sul sito istituzionale dell'ANAC, risultando decorso il periodo di consultazione.

<sup>8</sup> La data di adozione degli atti attuativi non è stata rispettata e questo ha prodotto non pochi problemi per le amministrazioni. Inoltre i detti atti di cui alle note successive sono stati pubblicati e conosciuti dalle amministrazioni nello stesso giorno di entrata in vigore del PIAO. Sulla tempistica riferita all'entrata in vigore del PIAO e degli atti attuativi si veda il paragrafo 2.

<sup>9</sup> D.P.R. 24 giugno 2022, n. 81 recante “Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione”, pubblicato nella Gazz. Uff. 30 giugno 2022, n. 151 previsto dall'art. 6, comma 5 del d.l. 80/2021. È stata acquisita l'intesa della Conferenza unificata nella seduta del 9 febbraio 2022.

<sup>10</sup> D.M. 24 giugno 2022 recante “Regolamento in materia di Piano integrato di attività e organizzazione, di cui all'articolo 6, comma 6, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113”, pubblicato nel sito internet del Ministero per la pubblica amministrazione, previsto dall'art. 6, comma 6 del d.l. 80/2021. Sul detto D.M. è stata acquisita l'intesa in sede di Conferenza unificata nella seduta del 2 dicembre 2021.

gli atti attuativi poi è passato a 120 giorni e così quello per il PIAO al 31 dicembre 2022<sup>11</sup> e ancora il termine per il regolamento e il piano tipo rinviati al 31 marzo 2022 mentre il PIAO al 30 aprile 2022<sup>12</sup> e infine al 30 giugno 2022.<sup>13</sup> Beninteso per adottare il PIAO era comunque necessario che giungessero sia il regolamento sulle abrogazioni che il Piano tipo, atti pubblicati il 30 giugno 2022, nello stesso giorno in cui il PIAO doveva risultare già adottato dalle amministrazioni. Niente male per un piano che nasceva con l'ambizione di creare uno strumento "concreto" di pianificazione per le amministrazioni.

La circostanza per cui il termine per l'adozione del PIAO è slittato a metà anno ha comportato che la maggior parte delle amministrazioni avesse già adottato, al 30 giugno 2022, i piani che il PIAO intendeva accorpate in una visione integrata per cui, almeno per l'anno in corso per le amministrazioni non ci sono stati particolari alleggerimenti.

Ancora peggio (o forse meglio?) è andata per gli enti locali i quali si troveranno a fare i conti con il PIAO direttamente dal 2023. Il termine di adozione del primo PIAO, infatti, è collegato all'approvazione del bilancio di previsione; per il primo anno è previsto che il termine per adottare il PIAO venga differito di 120 giorni successivi a quello di approvazione del bilancio di previsione<sup>14</sup>. In concreto, se si considera che per gli enti locali il termine per la deliberazione del bilancio di previsione 2022/2024 è stato fissato al 31 agosto 2022, il PIAO dovrebbe essere approvato per il 31 dicembre 2022<sup>15</sup>. Anche in questo caso va considerato che redigere un Piano con tale ritardo svuota di ogni credibilità le "ambizioni" che accompagnavano il PIAO.

## 2.1. L'individuazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal PIAO

Il regolamento recante l'individuazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal PIAO, varato il 24 giugno 2022 e pubblicato il 30 giugno 2022, è all'attenzione delle amministrazioni che stanno cercando di capire il da farsi. Si tratta di tre articoli ai quali è demandata la strategia di semplificazione della pianificazione amministrativa.

Di piani abrogati espressamente non ne risultano<sup>16</sup> e non ne potevano risultare, si potrebbe aggiungere, tenuto conto del tenore letterale della legge di delegificazione che fa riferimento agli "adempimenti" e

<sup>11</sup> Termine modificato con la legge 6 agosto 2021, n. 113, di conversione in legge del d.l. 9 giugno 2021, n. 80.

<sup>12</sup> Termine modificato dall'art. 1, comma 12, lett. a), n. 1), d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, conv. in legge 25 febbraio 2022, n. 15.

<sup>13</sup> Il termine del 30 giugno 2022 è stato previsto dall'art. 7, comma 1, lett. a), n. 1), d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2022, n. 79.

<sup>14</sup> Articolo 8, comma 3, del D.M. 30 giugno 2022, n. 132.

<sup>15</sup> Circolare del Ministero dell'interno F.L. n. 82, del 29/07/2022.

<sup>16</sup> Unica eccezione è il comma 4 dell'articolo 1 del d.P.R. 81/2022 il quale prevede che «4. All'articolo 169, comma 3-bis, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, il terzo periodo è soppresso». Il terzo periodo citato prevede che «Il piano dettagliato degli obiettivi di cui all'art. 108, comma 1, del presente testo unico e il piano della performance di cui all'art. 10 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono unificati organicamente nel PEG».

non alle norme<sup>17</sup>. Per le amministrazioni con più di 50 dipendenti si prevede, infatti, non l'abrogazione di piani ma la soppressione, «*in quanto assorbiti nelle apposite sezioni del Piano integrato di attività e organizzazione (PLAO), degli adempimenti inerenti*»<sup>18</sup> al Piano dei fabbisogni<sup>19</sup>, al Piano delle azioni concrete<sup>20</sup>, al Piano per razionalizzare l'utilizzo delle dotazioni strumentali, anche informatiche, che corredano le stazioni di lavoro nell'automazione d'ufficio<sup>21</sup>, al Piano della *performance*<sup>22</sup>, al Piano di prevenzione della corruzione<sup>23</sup>,

---

<sup>17</sup> Articolo 6, comma 5 del d.l. 80/2021 dispone che «*Entro il 31 marzo 2022, con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo*».

<sup>18</sup> Articolo 1, comma 1 del d.P.R. 24 giugno 2022, n. 81.

<sup>19</sup> Articolo 6, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Le amministrazioni pubbliche, sulla base dell'articolo 6 del d.lgs. n. 165/2001, sono chiamate ad adottare il Piano triennale dei fabbisogni di personale, predisposto annualmente dalle stesse, sulla base del quale definire l'organizzazione degli uffici e la composizione dei relativi organici.

<sup>20</sup> Articoli 60 *bis* e 60 *ter* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Il Piano triennale delle azioni concrete per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, come disposto dall'articolo 60-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, è predisposto annualmente dal Dipartimento della funzione pubblica.

<sup>21</sup> L'articolo 2, comma 594, lettera a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244 recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)" dispone che «*Ai fini del contenimento delle spese di funzionamento delle proprie strutture, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, adottano piani triennali per l'individuazione di misure finalizzate alla razionalizzazione dell'utilizzo:*

a) *delle dotazioni strumentali, anche informatiche, che corredano le stazioni di lavoro nell'automazione d'ufficio;*

b) *delle autovetture di servizio, attraverso il ricorso, previa verifica di fattibilità, a mezzi alternativi di trasporto, anche cumulativo;*

c) *dei beni immobili ad uso abitativo o di servizio, con esclusione dei beni infrastrutturali*».

<sup>22</sup> Articolo 10, commi 1, lettere a) e b) del d.lgs. n. 150 del 2009 prevedono il "Piano della *performance*" e la "Relazione sulla *performance*". Il Piano è inteso come documento programmatico triennale, che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance* dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori.

<sup>23</sup> Articolo 1, commi 5, lettera a) e 60, lettera a), della legge 6 novembre 2012, n. 190. Con la legge n. 190 del 2012 viene introdotto un sistema di prevenzione della corruzione basato sul Piano nazionale anticorruzione (PNA) adottato dall'Anac e sui Piani triennali di prevenzione della corruzione (PTPC) che adottano le amministrazioni e altri soggetti specificati nella legge. Il Piano nazionale costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-*bis*, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Esso, inoltre, anche in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione. A decorrere dall'entrata in vigore del d. lgs 25 maggio 2016, n. 97 con l'abrogazione espresso del Programma triennale per la Trasparenza e l'integrità, il Piano triennale delle prevenzione della corruzione contiene anche la sezione dedicata alla trasparenza.

al Piano organizzativo del lavoro agile<sup>24</sup>, al Piano di azioni positive<sup>25</sup>. Per gli enti locali, infine, si prevede che il piano dettagliato degli obiettivi<sup>26</sup> e il piano della *performance* sono assorbiti nel PIAO.<sup>27</sup>

Per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti sono, invece previste modalità semplificate con riguardo alla sola sezione anticorruzione e alla predisposizione della mappatura dei processi a rischio e all'individuazione dei rischi corruttivi che dovranno essere riferiti alle seguenti aree a rischio: a) autorizzazione/concessione; b) contratti pubblici; c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi; d) concorsi e prove selettive; e) processi, individuati dal Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT) e dai responsabili degli uffici, ritenuti di maggiore rilievo per il raggiungimento degli obiettivi di *performance* a protezione del valore pubblico<sup>28</sup>. Le altre misure di alleggerimento riguardano: l'aggiornamento del Piano nel triennio di vigenza della sezione che deve avvenire solo in presenza di fatti corruttivi, di modifiche organizzative rilevanti o ipotesi di disfunzioni amministrative significative intercorse ovvero di aggiornamenti o modifiche degli obiettivi di *performance* a protezione del valore pubblico<sup>29</sup>. Scaduto il triennio di validità il PIAO "semplificato" è modificato sulla base delle risultanze dei monitoraggi effettuati nel triennio. Inoltre per quanto riguarda il piano del fabbisogno di personale questo dovrà solo indicare la programmazione delle cessazioni dal servizio e la stima dell'evoluzione dei fabbisogni di personale in relazione alle scelte in materia di reclutamento, operate sulla base della digitalizzazione dei processi, delle esternalizzazioni o internalizzazioni o dismissioni di servizi, attività o funzioni<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> Articolo 14, comma 1, della legge 7 agosto 2015, n. 124. L'articolo 14, comma 1, della l. n. 124/ prevede che «Entro il 31 gennaio di ciascun anno, le amministrazioni pubbliche redigono, sentite le organizzazioni sindacali, il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), quale sezione del documento di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. Il POLA individua le modalità attuative del lavoro agile prevedendo, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, che almeno il 15 per cento dei dipendenti possa avvalersene, garantendo che gli stessi non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera, e definisce, altresì, le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, anche dirigenziale, e gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative. In caso di mancata adozione del POLA, il lavoro agile si applica almeno al 15 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano. Il raggiungimento delle predette percentuali è realizzato nell'ambito delle risorse disponibili».

<sup>25</sup> Articolo 48, comma 1, del d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 riguardante il Piano di azioni positive. Le amministrazioni pubbliche predispongono piani di azioni positive tendenti ad assicurare, nel loro ambito rispettivo, la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne. Detti piani, fra l'altro, al fine di promuovere l'inserimento delle donne nei settori e nei livelli professionali nei quali esse sono sottorappresentate, ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lettera d), favoriscono il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore a due terzi.

<sup>26</sup> L'articolo 197 comma 2 fa riferimento al Piano dettagliato degli obiettivi mentre l'articolo 169 al Piano esecutivo di gestione (PEG).

<sup>27</sup> Articolo 2, comma 2 del d.P.R. 24 giugno 2022, n. 81.

<sup>28</sup> Articolo 6, comma 1 del D.M. 30 giugno 2022, n. 132.

<sup>29</sup> *Ivi*.

<sup>30</sup> Articolo 4, comma 1, lett. c) n. 2 del D.M. 24 giugno 2022.

## 2.2. Il PIAO “tipo” di cui al D.M. 30 giugno 2022, n. 132

Il Piano previsto dal D.M. 30 giugno 2022, n.132<sup>31</sup> contiene le indicazioni che le amministrazioni devono seguire per giungere alla redazione del PIAO. Importanza centrale riveste, quindi, l’articolo 3 dedicato alla individuazione dei contenuti delle sezioni “Valore pubblico”, “*Performance*” e “Rischi corruttivi e trasparenza”.

Nella sezione dedicata al Valore pubblico<sup>32</sup> sono definiti: 1) i risultati attesi in termini di obiettivi generali e specifici, programmati in coerenza con i documenti di programmazione finanziaria adottati da ciascuna amministrazione; 2) le modalità e le azioni finalizzate, nel periodo di riferimento, a realizzare la piena accessibilità, fisica e digitale, alle pubbliche amministrazioni da parte dei cittadini ultrasessantacinquenni e dei cittadini con disabilità; 3) l’elenco delle procedure da semplificare e reingegnerizzare, secondo le misure previste dall’Agenda Semplificazione e, per gli enti interessati dall’Agenda Digitale, secondo gli obiettivi di digitalizzazione ivi previsti; gli obiettivi di valore pubblico generato dall’azione amministrativa, inteso come l’incremento del benessere economico, sociale, educativo, assistenziale, ambientale, a favore dei cittadini e del tessuto produttivo. Per gli enti locali la sottosezione sul valore pubblico deve far riferimento alle previsioni generali contenute nella Sezione strategica del documento unico di programmazione<sup>33</sup>.

Nella sezione *Performance*<sup>34</sup> trovano posto la programmazione degli obiettivi e degli indicatori di *performance* di efficienza e di efficacia dell’amministrazione. Vanno indicati almeno gli obiettivi di semplificazione, coerenti con gli strumenti di pianificazione nazionali vigenti in materia; gli obiettivi di

---

<sup>31</sup> C. SICCARDI, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, cit.. L’A. chiarisce che «Nella formulazione dell’art. 6 del d.l. n. 80 del 2021, il Piano sembra essere descritto quale atto amministrativo generale volto “al supporto alle amministrazioni” nella redazione del PIAO. Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato, il Piano tipo non può essere qualificato quale mero atto amministrativo generale, presentando una chiara vocazione normativa. Ciò si evince dal fatto che il Piano tipo deve rappresentare «il quadro di riferimento per le pubbliche amministrazioni assoggettate al PIAO, andando in tal modo a integrare, anzi sostanzialmente a comporre, le scarse indicazioni offerte dall’art. 6 del d.l. n. 80 del 2021». Alla luce di tali considerazioni il Consiglio di Stato ritiene che il decreto ministeriale, cui fa riferimento l’art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 debba essere qualificato come regolamento e quindi trasmesso al Consiglio di Stato stesso».

<sup>32</sup> Secondo accreditata dottrina per Valore Pubblico in senso ampio, si intende «il livello complessivo di BENESSERE multidimensionale (economico, sociale, ambientale e/o sanitario, ecc.) degli utenti e degli altri *stakeholders* creato da un’amministrazione pubblica (o co-creato da una filiera di PA e organizzazioni private e no profit), governando in tale direzione le proprie *performance*, a partire dalla cura della salute dell’ente e delle proprie risorse» si veda E. DEIDDA GAGLIARDO *Dal PIAO 2022 al PIAO 2023*, CERVAP, Università degli Studi di Ferrara, 2022; E. DEIDDA GAGLIARDO, E. BRACCI L. PAPI *La sfida della public value governance nelle università*, in *Monitorare la performance delle università statali per generare valore pubblico*, a cura di A. Paolini, L. Del Bene, FrancoAngeli 2021. Sul concetto di valore pubblico si rinvia anche a J. ALFORD e O. HUGHES *Public Value Pragmatism as the Next Phase of Public Management*, in *The American Review of Public Administration*, volume 38, numero 2 June 2008 130-148». T. MEYNHARDT, *Public Value Inside: what is Public Value Creation?* In *International Journal of Public Administration*, 1 February 2009; J. M. BRYSON, B. C. CROSBY, L. BLOOMBERG *Public Value Governance: Moving beyond Traditional Public Administration and the New Public Management*, in *Public Administration Review*, July | August 2014.

<sup>33</sup> Articolo 3 del D.M. 30 giugno 2022, n. 132.

<sup>34</sup> Sul tema si rinvia al pregevole lavoro di approfondimento di D. CEPIKU, *Strategia e Performance nelle amministrazioni pubbliche*, Egea, 2018.

digitalizzazione; gli obiettivi e gli strumenti individuati per realizzare la piena accessibilità dell'amministrazione; gli obiettivi per favorire le pari opportunità e l'equilibrio di genere.

Infine per quanto riguarda la sezione Rischi corruttivi e trasparenza<sup>35</sup> essa contiene le indicazioni per la mappatura dei rischi per come indicati anche nel Piano Nazionale Anticorruzione predisposto dall'Autorità anticorruzione e di cui si tratterà nel prossimo paragrafo<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Articolo 3, comma 1, let. c) del D.M. 30 giugno 2022, n. 132 che prevede «1) la valutazione di impatto del contesto esterno, che evidenzia se le caratteristiche strutturali e congiunturali dell'ambiente culturale, sociale ed economico nel quale l'amministrazione opera possano favorire il verificarsi di fenomeni corruttivi;

2) la valutazione di impatto del contesto interno, che evidenzia se lo scopo dell'ente o la sua struttura organizzativa possano influenzare l'esposizione al rischio corruttivo;

3) la mappatura dei processi, per individuare le criticità che, in ragione della natura e delle peculiarità dell'attività, espongono l'amministrazione a rischi corruttivi con particolare attenzione ai processi per il raggiungimento degli obiettivi di performance volti a incrementare il valore pubblico;

4) l'identificazione e valutazione dei rischi corruttivi, in funzione della programmazione da parte delle pubbliche amministrazioni delle misure previste dalla legge n. 190 del 2012 e di quelle specifiche per contenere i rischi corruttivi individuati;

5) la progettazione di misure organizzative per il trattamento del rischio, privilegiando l'adozione di misure di semplificazione, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa;

6) il monitoraggio sull'idoneità e sull'attuazione delle misure;

7) la programmazione dell'attuazione della trasparenza e il monitoraggio delle misure organizzative per garantire l'accesso civico semplice e generalizzato, ai sensi del d.lgs. n. 33 del 2013». Sul tema dell'applicazione della disciplina di prevenzione della corruzione

si rinvia ad alcuni dei contributi che negli anni sono stati pubblicati sul tema. C. DI MARZIO, *Le nuove norme introdotte dalla legge anticorruzione (L.n.190/2012) in materia di prevenzione della corruzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella p.a.*, in *Rivista amministrativa*, fasc. n. 9-10 2013; M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, Giappichelli Editore, Torino, 2013; P. CANAPARO, *La prevenzione della corruzione e la carenza ed i limiti degli strumenti di misurazione e valutazione dei fenomeni corruttivi*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), 22/02/2017 ad A. CORRADO, *Il futuro della disciplina di prevenzione della corruzione e della trasparenza amministrativa: una moda destinata a passare? L'ultima parola al Legislatore*, pubblicato in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), cit.; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino 2020; F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 8-9 2013; ; N. PARISI, *La governance istituzionale su scala nazionale e internazionale nella strategia italiana di prevenzione della corruzione*, in *Manuale dell'anticorruzione e della trasparenza*, a cura di C. Contessa, A. Ubaldi, Piacenza, 2021, pag. 21; M.A.SANDULLI, A.CORRADO, *La normativa di prevenzione della corruzione*, in *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative* a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei, F.F.Tuccari, Milano 2021, pag. 133; C. CONTESSA, A. UBALDI, *Manuale dell'Anticorruzione e della trasparenza*, La Tribuna 2021; E. LUNGARO, P. MAGRI, A. MEOLA, *Prevenzione della Corruzione e Sviluppo Sostenibile*, Pacini Giuridica, 2022; A. MEOLA, *La prevenzione della corruzione e la trasparenza. Una straordinaria opportunità per le amministrazioni di programmare, organizzare e sostenere lo sviluppo del paese nella legalità*, in *Prevenzione della Corruzione e Sviluppo Sostenibile*, a cura di E. Lungaro, P. Magri, A. Meola, Pacini Giuridica, 2022; N. PARISI, *L'integrità nell'esercizio della funzione pubblica: un approccio culturale*, in *Prevenzione della Corruzione e Sviluppo Sostenibile*, a cura di E.Lungaro, P. Magri, A. Meola, Pacini Giuridica, 2022.

<sup>36</sup> Per quanto riguarda il Piano Nazionale Anticorruzione va ricordato che prima della riforma recata dal d.l. 90/2014 e poi dal d.lg.97/2016 il PNA veniva predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica e poi approvato dalla CIVIT/ANAC. Il primo PNA è stato, infatti, approvato con delibera CIVIT n. 72 dell'11 settembre 2013. A questo hanno fatto seguito l'aggiornamento 2015 adottato con determinazione ANAC n. 12 del 28 ottobre 2015, il PNA 2016, adottato con Determinazione ANAC n. 831 del 3 agosto 2016, il PNA 2017 approvato con Delibera ANAC n. 1208 del 22 novembre 2017, il PNA 2018 approvato con Delibera ANAC n. 1074 del 21 novembre 2018; il PNA 2019 pubblicato con Delibera n. 1064 del 13 novembre 2019 e, infine, il PNA 2022 – 2024 allo stato in consultazione.

L'articolo 4 disciplina le modalità di creazione della Sezione Organizzazione e capitale umano<sup>37</sup> nell'ambito della quale deve essere inserita la struttura organizzativa, l'organizzazione del lavoro agile e il piano di fabbisogno del personale, le indicazioni per la formazione del personale.

Infine è prevista la sezione dedicata al Monitoraggio nell'ambito della quale trovano posto gli strumenti e le modalità di monitoraggio, incluse le rilevazioni di soddisfazione degli utenti nonché i soggetti responsabili.

Il monitoraggio delle sottosezioni Valore pubblico e *Performance* avviene secondo le modalità stabilite dalla disciplina in tema di *performance* mentre il monitoraggio della sottosezione Rischi corruttivi e trasparenza avviene secondo le indicazioni di ANAC. Per la sezione Organizzazione e capitale umano il monitoraggio della coerenza con gli obiettivi di *performance* è effettuato su base triennale dall'Organismo Indipendente di Valutazione della *performance* (OIV) o dal Nucleo di valutazione.

### 3. Il Piano Nazionale Anticorruzione e il “concetto” di valore pubblico

Il PIAO per come visto contiene 4 sezioni principali e diversi soggetti cui fanno capo: la sezione “Valore pubblico” predisposta, in particolare, in base agli obiettivi strategici dell'ente, la sezione dedicata alla *performance* che può contare su una lunga esperienza applicativa e documentazione a supporto<sup>38</sup>, la sezione

---

<sup>37</sup> L'articolo 4 del D.M. 30/06/2022, n. 132, riferito alla sezione Organizzazione e Capitale umano dispone che «1. La sezione è ripartita nelle seguenti sottosezioni di programmazione: a) Struttura organizzativa: in questa sottosezione è illustrato il modello organizzativo adottato dall'Amministrazione e sono individuati gli interventi e le azioni necessarie programmate di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a);

b) Organizzazione del lavoro agile: in questa sottosezione sono indicati, in coerenza con la definizione degli istituti del lavoro agile stabiliti dalla Contrattazione collettiva nazionale, la strategia e gli obiettivi di sviluppo di modelli di organizzazione del lavoro, anche da remoto, adottati dall'amministrazione. A tale fine, ciascun Piano deve prevedere:

1) che lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile non pregiudichi in alcun modo o riduca la fruizione dei servizi a favore degli utenti;

2) la garanzia di un'adeguata rotazione del personale che può prestare lavoro in modalità agile, assicurando la prevalenza, per ciascun lavoratore, dell'esecuzione della prestazione lavorativa in presenza;

3) l'adozione di ogni adempimento al fine di dotare l'amministrazione di una piattaforma digitale o di un cloud o, comunque, di strumenti tecnologici idonei a garantire la più assoluta riservatezza dei dati e delle informazioni che vengono trattate dal lavoratore nello svolgimento della prestazione in modalità agile;

4) l'adozione di un piano di smaltimento del lavoro arretrato, ove presente;

5) l'adozione di ogni adempimento al fine di fornire al personale dipendente apparati digitali e tecnologici adeguati alla prestazione di lavoro richiesta;

c) Piano triennale dei fabbisogni di personale: indica la consistenza di personale al 31 dicembre dell'anno precedente a quello di adozione del Piano, suddiviso per inquadramento professionale e deve evidenziare:

1) la capacità assunzionale dell'amministrazione, calcolata sulla base dei vigenti vincoli di spesa;

2) la programmazione delle cessazioni dal servizio, effettuata sulla base della disciplina vigente, e la stima dell'evoluzione dei fabbisogni di personale in relazione alle scelte in materia di reclutamento, operate sulla base della digitalizzazione dei processi, delle esternalizzazioni o internalizzazioni o dimissioni di servizi, attività o funzioni;

3) le strategie di copertura del fabbisogno, ove individuate;

4) le strategie di formazione del personale, evidenziando le priorità strategiche in termini di riqualificazione o potenziamento delle competenze organizzate per livello organizzativo e per filiera professionale;

5) le situazioni di soprannumero o le eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali».

<sup>38</sup> Si veda la documentazione pubblicata sul portale <https://www.funzionepubblica.gov.it/performance/il-portale-della-performance>.

Rischi corruttivi e Trasparenza che dovrà essere predisposta in base alle indicazioni del Piano Nazionale Anticorruzione e, infine la sezione Organizzazione e capitale umano. Naturalmente queste sezioni dovranno essere proposte in una visione integrata, non deve trattarsi di una “sommatoria dei piani” ma ogni sezione è funzionale all'altra e tutte sono a support della realizzazione degli obiettivi di valore pubblico.

Per redigere il PIAO 2022 le amministrazioni hanno a disposizione oltre ai documenti attuativi di cui ai paragrafi precedenti le indicazioni che l'ANAC darà con il Piano Nazionale Anticorruzione 2022 – 2024, attualmente in corso di pubblicazione<sup>39</sup>, piano che ha certamente il pregio della sistematicità e della completezza nell'affrontare le questioni che vengono in rilievo anche proponendo interpretazioni del quadro normativo di riferimento che tuttavia non sempre sembrano risultare in linea con gli indirizzi del PIAO nei termini di cui si dirà a breve. Le indicazioni dell'Autorità, infatti, rivestono particolare interesse perchè impattano non solo sulla predisposizione dell'attività di mappatura dei rischi corruttivi ma anche sull'individuazione del concetto di valore pubblico.

Nella consapevolezza che su tale ultimo concetto si fronteggiano tesi di diverso tenore, l'ANAC sostiene che *«se le attività delle pubbliche amministrazioni hanno come orizzonte quello del valore pubblico, le misure di prevenzione della corruzione e per la trasparenza sono essenziali per conseguire tale obiettivo e per contribuire alla sua generazione e protezione mediante la riduzione del rischio di una sua erosione a causa di fenomeni corruttivi»*<sup>40</sup>.

L'ANAC chiarisce, già nelle prime pagine del PNA in consultazione che deve essere privilegiata *«una nozione ampia di valore pubblico intesa come miglioramento della qualità della vita e del benessere economico, sociale, ambientale delle comunità di riferimento, degli utenti, degli stakeholder, dei destinatari di una politica o di un servizio. Si tratta di un concetto che non va limitato agli obiettivi finanziari/monetizzabili ma comprensivo anche di quelli socio-economici che ha diverse sfaccettature e copre varie dimensioni del vivere individuale e collettivo.*

*In quest'ottica, la prevenzione della corruzione è dimensione del valore pubblico e per la creazione del valore pubblico e ha natura trasversale a tutte le attività volte alla realizzazione della missione istituzionale di una amministrazione o ente. Nel prevenire fenomeni di cattiva amministrazione e nel perseguire obiettivi di imparzialità e trasparenza, la prevenzione della corruzione contribuisce, cioè, a generare valore pubblico, riducendo gli sprechi e orientando correttamente l'azione amministrativa»*<sup>41</sup>.

Una tale indicazione, probabilmente, merita qualche chiarimento per evitare di rendere più complessa l'individuazione del concetto di valore pubblico da parte delle amministrazioni soprattutto per quelle che

<sup>39</sup> <https://www.anticorruzione.it/-/piano-nazionale-anticorruzione-2022-2024-schema-in-consultazione>. Risulta anche utile in tema di predisposizione del PIAO il documento pubblicato il 2 febbraio 2022 dal Consiglio dell'ANAC che reca gli “Orientamenti per la pianificazione anticorruzione e trasparenza 2022, all'indirizzo <https://www.anticorruzione.it/-/orientamenti-per-la-pianificazione-anticorruzione-e-trasparenza-2022>.

<sup>40</sup> PNA 2022 - 2024 in consultazione.

<sup>41</sup> *Ivi*.

si accostano al concetto da poco in quanto l'individuazione dei rischi corruttivi, di regola, si pone come strumento per realizzare il valore pubblico, il quale assicura il benessere della collettività in tutte le sue accezioni. Gli obiettivi generali e specifici di valore pubblico, per come delineati dal PIAO diventano, quindi, il fulcro intorno ai quali devono realizzarsi una serie di attività che servono per perseguirli, e così la prevenzione della corruzione come la trasparenza si pongono come strumenti necessari per evitare che condotte illecite e di *maladministration* mettano a rischio la realizzazione del valore pubblico. La prevenzione della corruzione, la trasparenza sostanziano strategie funzionali, trasversali e necessarie per assicurare il benessere della collettività e la realizzazione degli obiettivi strategici, da qui certamente la loro "valenza di interesse pubblico". Non rappresentano, invece, normalmente, obiettivi strategici di valore pubblico perchè sostanziano piuttosto la condizione di base per realizzare il valore pubblico. Diverso è il caso in cui ci sono contesti in cui la prevenzione della corruzione diventa un obiettivo strategico di "valore pubblico", una priorità politica e strategica dell'amministrazione perchè magari si tratta di amministrazioni commissariate o segnate da gravi fatti di corruzione. In questi casi si può decidere di investire in via prioritaria sul ripristino della legalità violata per recuperare la fiducia dei cittadini, la credibilità all'esterno e prevenire altri fatti di corruzione per cui la prevenzione della corruzione diventa obiettivo strategico a se stante. Nei casi in cui non ci sono, invece, criticità particolari, o priorità strategiche di tal segno, l'attività di prevenzione della corruzione è posta quale "presidio" ordinario e funzionale alla realizzazione degli altri obiettivi di valore pubblico che si vogliono realizzare.

Per essere ancora più chiari e condividendo la prospettazione della dottrina sul punto il valore pubblico può essere considerato come il fine ultimo cui tende ogni amministrazione; la *performance* è la leva per creare il valore pubblico; la disciplina di prevenzione della corruzione è la leva per proteggerlo. In conclusione il valore pubblico può essere inquadrato come il risultato di "più *performance* e meno rischi corruttivi"<sup>42</sup>.

Alla luce di dette considerazioni ci si chiede, quindi, se quanto riportato nel PNA, con riguardo alla programmazione della sezione anticorruzione possa considerarsi in linea con gli scarni strumenti attuativi riguardanti il PIAO nella parte in cui prevede che «*per favorire la creazione di valore pubblico, un'amministrazione dovrebbe prevedere obiettivi strategici che riguardano anche la trasparenza*»<sup>43</sup> e con riguardo all'attività di mappatura

---

<sup>42</sup> Sul punto si veda E. DEIDDA GAGLIARDO *Dal PIAO 2022 al PIAO 2023*, CERVAP, Università degli Studi di Ferrara, 2022. Al fine di meglio comprendere il rapporto tra le sezioni previste dal PIAO va considerato quanto chiarito dalla dottrina secondo cui «Il Piao nasce dall'esigenza di semplificare e migliorare la programmazione orientandola verso la creazione di Valore Pubblico, da misurare in termini di impatti generati dalle politiche sul livello di benessere economico, sociale, ambientale e/o sanitario complessivo di cittadini e imprese. Il Piao è stato progettato per rispondere a 5 criticità degli strumenti programmatici, attraverso 5 criteri di qualità: semplificazione, selettività, adeguatezza, integrazione, finalizzazione al Valore Pubblico» D. CEPIKU, E. DEIDDA GAGLIARDO, *Piao, necessario valorizzare specificità e diverso grado di maturazione dei sistemi di programmazione dei vari comparti*, Il sole 24 ore, 8 luglio 2022.

<sup>43</sup> PNA 2922 – 2024 in consultazione pag. 26 «Per favorire la creazione di valore pubblico, un'amministrazione dovrebbe prevedere obiettivi strategici, che riguardano anche la trasparenza, quali ad esempio:

dei processi rispetto alla quale si chiarisce che «gli interventi e le misure volte a mettere in condizione le amministrazioni di prevenire la corruzione sono da considerare permanenti, di lungo periodo, orientati su tutti i processi delle pubbliche amministrazioni. In tal senso, le amministrazioni dovranno infatti tenere conto ai fini delle misure della prevenzione della corruzione e della trasparenza - e con gradualità progressiva in considerazione delle dimensioni delle amministrazioni e della sostenibilità – di tutti gli ambiti di attività in quanto funzionali alla creazione di valore pubblico in senso ampio e non limitati a singole politiche pubbliche o ad obiettivi di performance..... Pertanto, ferma restando l'indicazione che le amministrazioni si concentrino sui processi interessati dal PNRR e dalla gestione dei fondi strutturali, rimane comunque la necessità che siano presidiati da misure idonee di prevenzione anche tutti quei processi che, pur non direttamente collegati a obiettivi di performance o alla gestione delle risorse del PNRR e dei fondi strutturali, per le caratteristiche proprie del contesto interno o esterno delle diverse amministrazioni, presentino l'esposizione a rischi corruttivi significativi. Diversamente si rischierebbe di erodere proprio il valore pubblico a cui le politiche di prevenzione e lo stesso PNRR sono rivolti..... Deve infatti rimanere l'attenzione per la realtà ordinaria e specifica di ogni ente avendo presente che sarà necessario ove non compresi tra i processi rilevanti per l'attuazione degli obiettivi di PNRR e dei fondi strutturali e collegati agli obiettivi di performance presidiare anche i processi di particolare rilievo»<sup>44</sup>.

A leggere il Piano tipo allegato al D.M. 132/2022 emerge che in tema di performance «gli obiettivi specifici non devono essere genericamente riferiti all'amministrazione ma vanno specificamente programmati in modo funzionale alle strategie di creazione del Valore Pubblico»; in tema di rischi corruttivi e trasparenza si prevede che «La sottosezione è predisposta dal Responsabile della prevenzione della corruzione e della Trasparenza (RPCT) sulla base degli

---

previsione e miglioramento della regolamentazione interna (a partire dal codice di comportamento e dalla gestione dei conflitti di interessi)

-promozione delle pari opportunità per l'accesso agli incarichi di vertice(trasparenza ed imparzialitàdei processi di valutazione)

-incremento dei livelli di trasparenza e accessibilità delle informazioni da parte degli *stakeholder*, sia interni che esterni

-miglioramento continuo dell'informatizzazione dei flussi per alimentare la pubblicazione dei dati nella sezione “*Amministrazione trasparente*”

-miglioramento dell'organizzazione dei flussi informativi e della comunicazione al proprio interno e verso l'esterno

-digitalizzazione dei processi dell'amministrazione

-individuazione di soluzioni innovative per favorire la partecipazione degli *stakeholder*alla elaborazione della strategie di prevenzione della corruzione

-incremento della formazione in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza tra il personale - della struttura dell'ente

-miglioramento del ciclo della *performance* in una logica integrata (*performance*, trasparenza, anticorruzione)

-promozione di strumenti di condivisione di esperienze e buone pratiche (ad esempio costituzione/partecipazione a Reti di RPCT in ambito territoriale)

-consolidamento di un sistema di indicatori per monitorare l'attuazione del PTPCT o della sezione anticorruzione e trasparenza del PIAO integrato nel sistema di misurazione e valutazione della *performance*

-integrazione tra sistema di monitoraggio del PTPCT o della sezione del PIAO e sistemi di controllo di gestione».

<sup>44</sup> PNA 2022 – 2024 in consultazione pagg. 29-30.

*obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza definiti dall'organo di indirizzo, ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e che vanno formulati in una logica di integrazione con quelli specifici programmati in modo funzionale alle strategie di creazione di valore». Infine proprio con riguardo alla mappatura dei processi si chiarisce che andranno individuati quelli «sensibili al fine di identificare le criticità che, in ragione della natura e delle peculiarità dell'attività stessa, espongono l'amministrazione a rischi corruttivi con focus sui processi per il raggiungimento degli obiettivi di performance volti a incrementare il valore pubblico».*

Il testo del PNA è in corso di pubblicazione al momento della predisposizione del presente lavoro e bisognerà, quindi, attendere certamente il testo definitivo per comprendere il tenore delle indicazioni date alle amministrazioni. Per il momento la posizione espressa dall'Autorità in tema di mappatura induce a fare qualche riflessione sul perimetro della individuazione delle singole sezioni del PIAO, per come devono essere predisposte (in particolare con riguardo agli obiettivi di valore pubblico) e conseguentemente a considerare se la mappatura dei rischi di corruzione riferita al PIAO deve investire (o meno) tutta l'attività dell'ente distinguendola tra quella funzionale al raggiungimento degli obiettivi strategici di valore pubblico e quella invece funzionale al raggiungimento degli obiettivi ordinari collegati allo svolgimento dell'attività istituzionale dell'ente.

Altra questione che ne consegue è se quindi vanno predisposti piani separati e cioè da una parte il PIAO con tutte le sue sezioni e con tutto ciò che va “processato” per realizzare gli obiettivi di valore pubblico e dall'altra un diverso documento che conterrà la mappatura riferita alla restante attività “istituzionale” dell'ente, per come le amministrazioni hanno sempre fatto, su indicazione dei piani nazionali anticorruzione.

I documenti attuativi del PIAO pubblicati il 30 giugno 2022 e il PNA in consultazione tradiscono certamente la mancanza di un coordinamento che, se sussistente, avrebbe potuto agevolare il lavoro di orientamento e comprensione da parte delle amministrazioni che lo devono predisporre.

Per il momento qualche questione interpretativa si pone. In primo luogo considerato che le amministrazioni con meno di 50 dipendenti devono mappare almeno le aree ritenute “più rischiose”<sup>45</sup> quali autorizzazione/concessione, contratti pubblici, concessione ed erogazione di sovvenzioni, contribute, concorsi e prove selettive a maggior ragione, si direbbe, che per queste aree, a maggior ragione le amministrazioni con più di 50 dipendenti dovranno effettuare la mappatura dei rischi corruttivi.

Alcune di queste attività “a rischio”, tuttavia potrebbero non avere rilevanza diretta per raggiungere gli obiettivi strategici di valore pubblico (oppure no?) quindi, in questo caso, la relativa mappatura dal PIAO andrà spostata nel Piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza che le amministrazioni annualmente fanno e che, quindi, sopravviverebbe? E se dovesse mancare la mappatura

---

<sup>45</sup> Si veda articolo 1, comma 16 della l. 6 novembre 2012, n. 190 e articolo 6 comma 1 del D.M. 30 giugno 2022, n. 132.

di queste aree o di altre in che termini l'ANAC può procedere alla sua attività di vigilanza e in caso comminare le sanzioni<sup>46</sup> previste per omessa adozione del piano anticorruzione<sup>47</sup>?

#### 4. I pareri del Consiglio di Stato relativi al PIAO

Sui testi redatti per la concreta attuazione dell'articolo 6, del d.l. 80/2021 e riferiti al PIAO si è pronunciato due volte la Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato con due differenti pareri: 2 marzo 2022, n. 506 (riferito al regolamento di cui all'articolo 6 comma 5) e 26 maggio 2022, n. 902 (riferito al D.M. di cui all'articolo 6, comma 6).

Il primo pregevole contributo dato dal Consiglio di Stato è stato quello di chiarire le ragioni per cui il regolamento di delegificazione non reca abrogazioni di piani o meglio delle discipline ad essi riferite. Viene, così, chiarito con il parere 506/2022, che il modello di delegificazione adottato (articolo 6, comma 5, del d.l. n. 80/2021) è stato voluto non per recare una diversa “disciplina di una materia” (come recita la legge n. 400 del 1988) trasferita dalla fonte primaria a quella secondaria, ma per l'unica finalità di disporre abrogazioni, che tuttavia non si riferiscono a normative ma ad “adempimenti”.

Nel citato parere viene chiarito che l'articolo 6 del d.l. 80/2021, quale norma di delegificazione assegna, contrariamente da quanto richiesto dalla disciplina di riferimento<sup>48</sup> *«al regolamento il solo compito di individuare e abrogare “gli adempimenti” relativi ai piani che saranno assorbiti nel nuovo Piao e, senza indicare le disposizioni legislative che andranno ad essere abrogate con l'entrata in vigore del regolamento, demanda integralmente questo compito al regolamento stesso, quale atto cui spetterà identificare (non le norme di legge, bensì, si ripete,) “gli adempimenti” di legge abrogati con la sua entrata in vigore. In altri termini, in questo caso il regolamento di delegificazione agisce solo “in negativo”, astenendosi dal recare una “disciplina della materia” che si dovrà perciò desumere per sottrazione degli adempimenti abrogati (rectius aboliti) o comunque adeguati. L'art. 6 più volte citato rinuncia anche a indicare le “norme generali regolatrici” della materia che l'art. 17, comma 2, della l. n.400 del 1988, vorrebbe operata dalla legge di delegificazione»*<sup>49</sup>.

Proprio in considerazione della portata della norma di delegificazione è stato considerato quindi che il regolamento n. 81/2022 poteva produrre l'effetto non già di abrogare le norme riferite ai piani assorbiti

---

<sup>46</sup> Le sanzioni sono previste all'articolo 19, comma 5, lettera b), del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, conv. in legge 11 agosto 2014, n. 114.

<sup>47</sup> Sul potere sanzionatorio di ANAC in materia si rinvia alla deliberazione 09/09/2014 dell'Autorità nazionale Anticorruzione recante *Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità nazionale anticorruzione per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici di comportamento*.

<sup>48</sup> Articolo 17, comma 2, della l. n. 400 del 1988 il quale prevede che: «Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari».

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 2 marzo 2022, n. 506, punti 2.1 e 2.1.1.

dal PIAO ma di determinare solo la loro inefficacia in quanto la stessa si riferisce agli adempimenti, da ritenere ormai inutili o superati in quanto inerenti a piani assorbiti nel PIAO, lasciando vigenti le norme solo per i soggetti cui non si applica l'articolo 6 del d.l. n. 80/2022.

Tale soluzione interpretativa permette, infatti, di chiarire che gli adempimenti nei fatti “abrogati” continueranno ad applicarsi per quegli enti pubblici che applicano i piani e gli altri strumenti di programmazione soppressi in via generale ma solo, con le menzionate eccezioni, per le amministrazioni riconducibili alla classificazione del d. lgs. 165 del 2001<sup>50</sup>.

Più che di abrogazione conseguente al regolamento si è preso atto con il parere che è opportuno parlare di “cessazione dell'efficacia” delle norme riferite ai vari piani che confluiscono nel PIAO perchè altrimenti verrebbe meno la base normativa per la continuità di applicazione delle norme agli altri soggetti cui non si applica il PIAO scongiurando così l'incertezza che una differente interpretazione avrebbe creato ai fini della sopravvivenza dei piani che le amministrazioni esonerate dal PIAO sono chiamate ad adottare<sup>51</sup>.

Il rilievo più importante mosso dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato allo schema di regolamento presentato ha riguardato la valutazione complessiva del lavoro considerato “piuttosto conservativo” andando di contrario avviso a quelle che potevano considerarsi le intenzioni del legislatore e le aspettative degli utenti. È interessante leggere nel parere n. 506/2022 che l'opera di riduzione degli adempimenti *«non appare compiutamente attuata dal d.P.R. in oggetto, il quale sembra limitarsi ad “abrogare quanto appare chiaramente inutile”, mentre invece la logica dovrebbe essere quella – inversa – di “conservare soltanto ciò che è davvero indispensabile” per migliorare il servizio per i cittadini e le imprese.... A voler attuare in concreto la lettera della legge, che si riferisce al “costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi”, occorre allora costruire già adesso - esplicitamente ... - un percorso di successiva evoluzione del lavoro abrogativo, con un work in progress da svolgere alla luce di quanto emergerà dal necessario monitoraggio.....»*<sup>52</sup>.

Il parere ha, quindi, dato risalto agli aspetti sostanziali e operativi proposti con lo schema al fine di valutare al meglio come perseguirne l'utilità “nella pratica”. Rispetto all'obiettivo prospettato dal legislatore e cioè quello di evitare un adempimento ulteriore e costituire uno strumento unitario, “integrato”, che sostituisse i piani del passato e li “metabolizzasse” in uno strumento nuovo e omnicomprensivo, il PIAO avrebbe dovuto porsi nei confronti dei piani preesistenti come uno strumento di riconfigurazione e integrazione, sia per assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa, che per “migliorare la

---

<sup>50</sup> «La questione non è terminologica, ma di sostanza: se sono abrogate le norme di legge, queste non potranno essere applicate neppure per le amministrazioni espressamente escluse o non incluse nel novero degli enti di cui al d. lgs. 165 del 2001, a meno che se ne disponga una (parziale) ultrattività posteriore all'abrogazione, soluzione invero adottata in passato ma in via solo eccezionale e dinanzi a condizioni di necessità, ma non commendevole, in generale, nell'ordinato svolgimento del rapporto tra fonti normative» <sup>50</sup> Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 2 marzo 2022, n. 506, punto 5.

<sup>51</sup> Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 26 maggio 2022, n. 902, punto 2.

<sup>52</sup> Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 2 marzo 2022, n. 506, punto 3.1.

qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese” e “procedere alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi”. Il Consiglio di Stato, nella consapevolezza e con l’auspicio che quello avviato con il PIAO rappresenti l’inizio di un percorso di cambiamento e di semplificazione, che non poteva realizzarsi (ed esaurirsi) semplicemente introducendo la norma, realisticamente dà conto che il PIAO segna solo l’inizio di un percorso che deve essere avviato nelle amministrazioni avendo di mira il beneficio che ne potranno trarre i cittadini e le imprese che fruiscono i servizi della PA, un percorso destinato a durare nel tempo se si vuole veramente raggiungere i risultati auspicati dal legislatore. A tal fine puntualizza che *«Tale integrazione e “metabolizzazione” dei piani preesistenti e, soprattutto, tale valorizzazione “verso l’esterno” non potrà che avvenire, come si è osservato, progressivamente e gradualmente: sarebbe velleitario e poco realistico pensare che a ciò basti la sola aggregazione dei sottopiani nel Piao. A tal fine, occorrerà accompagnare sin da subito questa importante riforma con almeno due ulteriori interventi “non normativi”.....: il monitoraggio e la formazione».*

Con successivo parere del 26 maggio 2022, n. 902 il Consiglio di Stato si è, invece, espresso sullo schema di decreto del Ministro per la pubblica amministrazione di cui all’articolo 6, comma 6 del d.l. 80/2021.

Con riguardo al D.M. la Sezione Consultiva ha evidenziato la preoccupazione per cui *«non appare fugato il rischio che il PIAO si risolva ...in una giustapposizione di Piani quasi a definirsi come un ulteriore layer of bureaucracy».* Le varie Sezioni, per come proposte in sede di parere e nei fatti confermate con il D.M. 132/2022, rappresentano *«un insieme di disposizioni....che, in questi loro rinvii ai differenti contesti normativi di riferimento dei differenti Piani, appaiono ancora disomogenee e non armonizzate, e accrescono dunque l’eventualità che il Piao possa andare a costituire, in concreto, “un adempimento formale aggiuntivo entro il quale i precedenti Piani vanno semplicemente a giustapporsi, mantenendo sostanzialmente intatte, salvo qualche piccola riduzione, le diverse modalità di redazione (compresa la separazione tra i diversi responsabili) e sovrapponendo l’ulteriore onere – layer, appunto – di ricomporli nel più generale Piao” (cfr. pt. 4.1. parere n. 506 del 2022), anziché affermarsi come strumento unitario che sostituisce e metabolizza i Piani del passato, per quella “visione integrata dell’organizzazione” di cui parla anche l’AIR. L’aver unificato in un unico strumento diversi Piani già previsti a legislazione vigente evidenzia per altro verso la duplicazione o, in ogni caso, gli incerti confini delle attività di pianificazione/programmazione a cui sono chiamate le pubbliche amministrazioni»<sup>53</sup>.*

Ciò che appare chiaro in esito ai pronunciamenti del Consiglio di Stato, in sede consultiva, dei quali è necessario fare tesoro per dare “sostanza” al lavoro di monitoraggio, è che il dettato dei testi normativi proposti non fugano l’impressione che si introducano adempimenti ancora non sufficientemente coordinati ed efficaci per il raggiungimento degli obiettivi prospettati soprattutto quelli di semplificazione per l’azione e per l’organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

<sup>53</sup> Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 26 maggio 2022, n. 902, punto 3.

## 5. L'attività di monitoraggio: una via di salvezza per il PIAO

Alla luce di quanto richiamato e osservato nei paragrafi precedenti con riguardo alle modalità di realizzazione in concreto di un PIAO “utile” per le finalità volute, appare molto importante non tralasciare di riempire di contenuti l'ultima sezione che deve essere predisposta nel PIAO e cioè quella dedicata al Monitoraggio che potrebbe risultare l'unica via d'uscita per arrivare ad avere, nei prossimi anni, se la Politica lo vorrà ed è veramente interessata a realizzarla, una pianificazione strategica veramente efficace e che serva alle amministrazioni, ai cittadini e alle imprese.

L'articolo 3 del regolamento prevede<sup>54</sup>, infatti, un'attività di monitoraggio, da parte del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri e, per la disciplina sulla prevenzione della corruzione e per la trasparenza, da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione al fine di individuare ulteriori adempimenti incompatibili con il PIAO, i quali potranno realizzare un'attività di monitoraggio «sull'effettiva utilità degli adempimenti richiesti dai piani non inclusi nel PIAO». Inoltre all'esito dell'attività di monitoraggio potranno essere individuati eventuali ulteriori disposizioni incompatibili con il PIAO stesso.

L'articolo 5 del D.M. 132/2022 ha così previsto che nell'ambito del PIAO venga inserita una sezione *ad hoc* dedicata al “Monitoraggio” in cui vanno indicati gli strumenti e le modalità di monitoraggio, incluse le rilevazioni di soddisfazione degli utenti, nonché i soggetti responsabili. Il monitoraggio delle sottosezioni “Valore pubblico e *Performance*” avviene secondo le modalità stabilite dalla disciplina in tema di *performance*<sup>55</sup> mentre il monitoraggio della sottosezione “Rischi corruttivi e trasparenza” avviene secondo le indicazioni di ANAC. Per la sottosezione “Organizzazione e capitale umano” il monitoraggio della coerenza con gli obiettivi di *performance* è effettuato su base triennale dall'Organismo Indipendente di Valutazione della *performance* (OIV)<sup>56</sup> o dal Nucleo di valutazione<sup>57</sup>. Gli enti locali con meno di 15.000 abitanti provvedono al monitoraggio del PIAO e al monitoraggio delle *performance* organizzative anche attraverso l'individuazione di un ufficio associato tra quelli esistenti in ambito provinciale o metropolitano, secondo le indicazioni delle Assemblee dei sindaci o delle Conferenze metropolitane<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Articolo 3 del d.P.R. 24 giugno 2022, n. 81. Detta disposizione riferita al “Monitoraggio” dispone che «1. Al fine di individuare ulteriori adempimenti incompatibili con il PIAO, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri e, per la disciplina sulla prevenzione della corruzione e per la trasparenza, l'Autorità nazionale anticorruzione effettuano, con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o ulteriori oneri a carico della finanza pubblica, un'attività di monitoraggio sull'effettiva utilità degli adempimenti richiesti dai piani non inclusi nel PIAO.

2. All'esito dell'attività di monitoraggio di cui al comma 1, e ai sensi dell'articolo 6, comma 5, del decreto-legge n. 80 del 2021, si provvede alla individuazione di eventuali ulteriori disposizioni incompatibili con la disciplina di cui allo stesso articolo 6».

<sup>55</sup> Articoli 6 e 10, comma 1, lett. b) del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

<sup>56</sup> Articolo 14 del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

<sup>57</sup> Articolo 147 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>58</sup> Articolo 9 del D.M. 30 giugno 2022, n. 132.

Anche l'ANAC nel PNA 2022 – 2024 in consultazione ha chiarito, a proposito delle fasi di programmazione e di monitoraggio, che *«queste due fasi vanno strettamente correlate in modo da incrementare il processo ciclico di miglioramento della programmazione attraverso il rafforzamento e potenziamento della fase di monitoraggio e l'effettivo utilizzo degli esiti del monitoraggio per la programmazione successiva delle misure di prevenzione»*<sup>59</sup>.

Anche in tema di monitoraggio appare utile seguire la strada che tracciano i pareri del Consiglio di Stato che parte proprio dal rilievo della “eterogeneità intrinseca” che caratterizza il PIAO, derivante dai contenuti delle varie sezioni che prevedono diversi soggetti responsabili della predisposizione, diversi effetti, diversi monitoraggi previsti che richiedono certamente un'attività di monitoraggio non solo per assorbire le divergenze che possono sussistere ma anche per individuare le modalità concrete per giungere a una vera integrazione. Per tali finalità si suggerisce con il parere di costruire *«un sistema operativo di monitoraggio che, da un lato, dovrà essere condotto sul piano normativo, individuando le disposizioni non ricomprese nell'attuale d.P.R. che ancora costituiscono un ostacolo alla progressiva integrazione, o semplicemente si rivelano inutili, dall'altro dovrà tener conto del piano operativo, pratico, rilevando gli effettivi cambiamenti prodotti dal Piao nei primi mesi/anni di applicazione e indicando se del caso adeguati interventi correttivi»*<sup>60</sup>. Si propone quindi un monitoraggio con una duplice funzione<sup>61</sup>: evolutiva del quadro normativo di riferimento e che aiuti la fase applicativa per risolvere i problemi concreti che possono verificarsi sul piano pratico considerando appunto che le varie sezioni fanno capo a soggetti diversi, con finalità diverse, con processi diversi e in considerazione del fatto che non è stato previsto un soggetto “coordinatore” del PIAO, che metta tutti i soggetti coinvolti intorno al tavolo del nuovo Piano. Al monitoraggio dovranno aggiungersi attività specifiche di formazione adeguate per introdurre una cultura “nuova” della programmazione e della redazione dei piani in versione “integrata” con approccio *result oriented*<sup>62</sup>.

## **6. Il regime “semplificato” da applicare alle amministrazioni con meno di 50 dipendenti**

Dal modello di Piano tipo allegato al D.M. 132/2022 emerge che le amministrazioni con meno di 50 dipendenti devono predisporre un Piano semplificato; in particolare non devono predisporre le sezioni

<sup>59</sup> PNA 2022- 2024 in consultazione.

<sup>60</sup> Cons. Stato, parere 2 marzo 2022, n. 506, punto 4.2.

<sup>61</sup> Sul punto la Sezione del Consiglio di Stato suggerisce «- da un lato, di disporre un monitoraggio ad hoc, da prevedere contestualmente sia sul processo abrogativo sia con un focus sul funzionamento operativo, al fine di accompagnare la “contestualizzazione” unica sul piano formale dei piani ora vigenti con una effettiva integrazione e “metabolizzazione” tramite la progressiva ricerca, sul piano sostanziale, di sinergie, analogie, individuazione e – soprattutto –eliminazione di duplicazioni tra un piano e l'altro e soppressione delle formalità inutili;..... È questa, in ultima analisi, la vera sfida che il Piao deve affrontare e vincere: attuare davvero quella “costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi” voluta dal legislatore, e inserita nel PNRR, passando progressivamente, come già affermato, da una fase in cui si elimina, oggi, “ciò che è chiaramente inutile”, a una fase in cui si elimina tutto “ciò che non è strettamente indispensabile”, conservando appunto solo gli adempimenti utili “verso l'esterno”, necessari per rendere migliore il servizio per i cittadini e le imprese». Cfr. Cons. Stato Parere 506/2022, cit..

<sup>62</sup> *Ibidem*, punto 4.3.

“Valore Pubblico”, “Performance” e “Monitoraggio” mentre per le sezioni “Rischi corruttivi e Trasparenza” e “Organizzazione e capitale umano” sono previste delle semplificazioni nell’articolo 6 del citato D.M.

Preliminarmente, a livello di interpretazione complessiva, deve considerarsi che l’articolo 6 fa riferimento a misure di semplificazione solo per le menzionate due sezioni. Per le altre nulla si dice, per cui potrebbero anche ritenersi escluse dalla semplificazione proposta. Nè la norma di chiusura dell’articolo 6, ultimo comma, aiuta a chiarire il dubbio in quanto prevede solamente che *«le pubbliche amministrazioni, con meno di 50 dipendenti procedono esclusivamente alle attività di cui al presente articolo»* e cioè a mettere su le sezioni “Rischi corruttivi e Trasparenza” e “Organizzazione e capitale umano” con gli alleggerimenti indicati nel richiamato articolo.

L’articolo 6 del D.M. non risulta, quindi, chiaro e univoco sulla scelta di semplificazione fatta per le “piccole” amministrazioni. Tuttavia lo schema di Piano tipo allegato non prevedendo per esse la predisposizione delle sezioni di “Valore Pubblico”, “Performance” e “Monitoraggio”, deve ritenersi che la volontà è stata quella di escluderne, formalmente, l’inserimento nel PIAO.

Nella sostanza, invece, le cose non sembrano così lineari in quanto nei testi normativi attuativi si fa riferimento al “valore pubblico” e alla “performance” anche per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti creando così un problema sistematico-interpretativo.

Innanzitutto per queste amministrazioni è previsto che dovranno aggiornare la mappatura dei processi nell’ambito della sezione “Rischi corruttivi e Trasparenza” tenendo conto solo delle aree a rischio introdotte inizialmente dalla legge anticorruzione<sup>63</sup> con l’articolo 1, comma 16 e cioè con riguardo alle autorizzazioni e concessioni, ai contratti pubblici, alle concessioni ed erogazioni di sovvenzioni e contributi concorsi e prove preselettive. A queste aree a rischio vanno aggiunti i processi, individuati dal Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) e dai responsabili degli uffici, *“ritenuti di maggiore rilievo per il raggiungimento degli obiettivi di performance a protezione del valore pubblico”*. La norma per come scritta suscita qualche perplessità in particolare, in termini di coordinamento operativo: se gli obiettivi strategici di valore pubblico non devono essere indicati e così vale per la sezione relativa alla performance come può il RPCT individuare i processi di maggior rilievo per il raggiungimento degli obiettivi di performance a protezione del valore pubblico? Il comma 2 dell’articolo 6 del D.M. sul Piano tipo, che disciplina la semplificazione per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti, continua a creare poca chiarezza nella parte in cui prevede che *«L’aggiornamento nel triennio di vigenza della sezione (anticorruzione) avviene in presenza di fatti corruttivi, modifiche organizzative rilevanti o ipotesi di disfunzioni amministrative significative intercorse ovvero di aggiornamenti o modifiche degli obiettivi di performance a protezione del valore pubblico»*. Sembra

---

<sup>63</sup> Legge 6 novembre 2012, n. 190.

quindi, che nonostante il PIAO semplificato per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti (cioè senza l'indicazione delle sezioni Valore pubblico e *performance*) possono comunque venire in evidenza “obiettivi di *performance* a protezione del valore pubblico”. E questi ultimi da dove risultano, da quale piano, come si individuano? Probabilmente dal vecchio piano della *performance* che rimane comunque come adempimento<sup>64</sup>.

Ma le disposizioni da tenere presenti non finiscono qui. L'art. 9 del D.M. 132/2022 prevede che gli enti locali con meno di 15.000 abitanti provvedono al monitoraggio del PIAO e al monitoraggio delle *performance* organizzative anche attraverso l'individuazione di un Ufficio associato. Anche qui si fa riferimento alla *performance*.

Infine l'articolo 2, comma 2 del d.P.R. 81/2022 prevede che per gli enti locali, in generale, il piano dettagliato degli obiettivi e il piano della *performance* sono assorbiti nel PIAO. C'è da chiedersi: e per quelli che non sono tenuti ad applicare il PIAO? Continuano a predisporli e separatamente?

La scelta di semplificazione fatta non sembra tenere sufficientemente conto che l'art. 3 del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150<sup>65</sup> prevede l'applicazione, da parte di tutte le amministrazioni, della disciplina sulla *performance* anche perchè il rispetto di tale disciplina «è condizione necessaria per l'erogazione di premi e componenti del trattamento retributivo legati alla *performance* e rileva ai fini del riconoscimento delle progressioni economiche, dell'attribuzione di incarichi di responsabilità al personale, nonché del conferimento degli incarichi dirigenziali»<sup>66</sup>.

Ancora può considerarsi che l'individuazione del “valore pubblico” in termini di benessere collettivo non deve necessariamente essere appannaggio di amministrazioni con piante organiche “numerose” in quanto anche le piccole amministrazioni potrebbero individuare degli obiettivi di valore pubblico da realizzare, per esempio, sul territorio in favore della cittadinanza.

---

<sup>64</sup> Articolo 10 del d.lgs. 150/2009, recante “Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

<sup>65</sup> L'articolo 3 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 in tema di “Principi generali” prevede che «1. La misurazione e la valutazione della *performance* sono volte al miglioramento della qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche, nonché alla crescita delle competenze professionali, attraverso la valorizzazione del merito e l'erogazione dei premi per i risultati perseguiti dai singoli e dalle unità organizzative in un quadro di pari opportunità di diritti e doveri, trasparenza dei risultati delle amministrazioni pubbliche e delle risorse impiegate per il loro perseguimento.

2. Ogni amministrazione pubblica è tenuta a misurare ed a valutare la *performance* con riferimento all'amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti, secondo le modalità indicate nel presente Titolo e gli indirizzi impartiti dal Dipartimento della funzione pubblica ai sensi dell'articolo 19 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

3. Le amministrazioni pubbliche adottano modalità e strumenti di comunicazione che garantiscono la massima trasparenza delle informazioni concernenti le misurazioni e le valutazioni della *performance*.

4. Le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la *performance* individuale e quella organizzativa, secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi.

5. Il rispetto delle disposizioni del presente Titolo è condizione necessaria per l'erogazione di premi e componenti del trattamento retributivo legati alla *performance* e rileva ai fini del riconoscimento delle progressioni economiche, dell'attribuzione di incarichi di responsabilità al personale, nonché del conferimento degli incarichi dirigenziali».

<sup>66</sup> Si vedano anche gli articoli 7, comma 5 e 24, comma 1 *quarter* del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Tra l'altro a voler ragionare secondo le regole del piano tipo nel caso in cui l'amministrazione non fosse tenuta ad avere una sezione sulla *performance* e non vi proceda, non sarebbe nemmeno assoggettata alle sanzioni<sup>67</sup> in quanto queste, secondo l'art. 10 del D.M. 132/2022 si applicano solo in caso di mancata adozione del PIAO, laddove esiste l'obbligo. E allora come si potrà procedere all'erogazione di premi e componenti del trattamento retributivo legati alla *performance*, senza applicare la disciplina sulla *performance* o in tema di valutazione, visto anche che non si applicherebbe per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti la sanzione di cui all'articolo 10, comma 5 del d. lgs. 150/2009 il quale prevede « 5. *In caso di mancata adozione del Piano della performance è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti, e l'amministrazione non può procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. Nei casi in cui la mancata adozione del Piano o della Relazione sulla performance dipenda da omissione o inerzia dell'organo di indirizzo di cui all'articolo 12, comma 1, lettera c), l'erogazione dei trattamenti e delle premialità di cui al Titolo III è fonte di responsabilità amministrativa del titolare dell'organo che ne ha dato disposizione e che ha concorso alla mancata adozione del Piano, ai sensi del periodo precedente. In caso di ritardo nell'adozione del Piano o della Relazione sulla performance, l'amministrazione comunica tempestivamente le ragioni del mancato rispetto dei termini al Dipartimento della funzione pubblica*»?

E' ragionevole prevedere, quindi, che tutte le amministrazioni, anche quelle con meno di 50 dipendenti, in attesa di precisi chiarimenti, continueranno ad applicare, come hanno sempre fatto, la disciplina in tema di *performance* o di valutazione per non pregiudicare il sistema dei risultati e l'erogazione delle conseguenti premialità, senza farla entrare nel PIAO, quindi pregiudicando a monte quella visione integrata proposta e voluta con il PIAO<sup>68</sup> stesso.

Infine va detto che anche la scelta di destinare le misure di semplificazione alle amministrazioni distinguendole in base al numero di dipendenti desta qualche perplessità anche perché è difficile da accettare che con 49 dipendenti non si fa il PIAO nella versione più complessa mentre con 51 si; o peggio ancora se un'amministrazione nel corso dell'anno perde dipendenti farà il PIAO semplificato

---

<sup>67</sup> L'articolo 10 del D.M. 30 giugno 2022, n. 132 prevede, in tema di "Sanzioni" che «1. *Ai sensi dell'articolo 6, comma 7, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, in caso di mancata adozione del Piano integrato di attività e organizzazione trovano applicazione le sanzioni di cui all'articolo 10, comma 5, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, ferme restando quelle previste dall'articolo 19, comma 5, lettera b), del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114*».

<sup>68</sup> In una nota del PNA 2022 – 2024 in consultazione, pag. 23, viene offerto un chiarimento sul punto: «La precisazione sulla soglia dimensionale – più di 50 dipendenti - non deve indurre a ritenere che le amministrazioni con meno di 50 dipendenti non adottino il PIAO. .... Pertanto, anche le amministrazioni ricomprese nel novero dell'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 165/2001 con meno di 50 dipendenti adottano un PIAO, seppure semplificato».

mentre se l'anno successivo ne assume qualcuno e supera la soglia dei 50 torna a fare il PIAO con tutte le sottosezioni<sup>69</sup>.

## 7. Considerazioni conclusive

Come visto tante sono le suggestioni che giungono dagli atti attuativi adottati dal Dipartimento della Funzione Pubblica, dal PNA in consultazione dell'ANAC, dai pareri del Consiglio di Stato. La lettura complessiva aiuta a capire innanzitutto le criticità e quale deve essere il punto di partenza per la migliore e concreta applicazione del PIAO.

Nell'introduzione è stato anticipato che il PIAO ha già dimostrato quanto sia difficile semplificare nella pubblica amministrazione. Nell'introduzione è stata anche posta una domanda: ma è così difficile semplificare?

Prima di giungere alle conclusioni e provare a rispondere alla domanda posta vanno fatte alcune considerazioni preliminari.

Innanzitutto non può non considerarsi che il PIAO nasce per certi versi già “debole” e poco credibile come proposta di semplificazione dei Piani esistenti nelle amministrazioni. Il PIAO è stato introdotto a giugno del 2021. Da allora le amministrazioni hanno aspettato con pazienza di capire quali dovevano essere i nuovi adempimenti e quale fosse la strategia di semplificazione. Naturalmente i problemi per il Governo sono stati tanti: affrontare la pandemia da Covid 19, realizzare secondo la tempistica gli obiettivi PNRR, procedere al reclutamento di personale per risolvere il problema dello svecchiamento e la qualificazione delle pubbliche amministrazioni, il conflitto russo-ucraino e ora anche la crisi energetica. Tuttavia giungere ad adottare i provvedimenti attuativi previsti per il PIAO nello stesso giorno in cui il Piano doveva essere adottato (30 giugno 2022) significa non considerare in modo adeguato il lavoro che devono svolgere le amministrazioni per passare a una pianificazione “integrata”. Certamente la stesura dei documenti attuativi potrebbe essersi rivelata molto più complicata delle aspettative, proprio in ragione della complessa pianificazione esistente, stratificatasi negli ultimi 20 anni per l'inserimento dei vari piani “salvifici” di turno, ma ciò dimostra anche la difficoltà di semplificare veramente questa attività delle amministrazioni che non può essere fatta se non coinvolgendo le stesse amministrazioni e senza conoscere a fondo la realtà in cui si vuole incidere.

L'aver dato alle amministrazioni un solo giorno per il PIAO significa non aver “puntato” sulla possibilità seria di provare ad applicare la nuova pianificazione. E' vero che il PIAO in esame va considerato una

---

<sup>69</sup> Sul punto il PNA in consultazione, alla pagina 54, propone chiarimenti per come calcolare la soglia dimensionale per applicare le semplificazioni.

delle misure di riforma del PNRR<sup>70</sup>, nell'ambito della *Milestone* M1C1-56 Riforma 1.9 - Riforma della pubblica amministrazione, da realizzarsi entro il 30 giugno 2022, (M1C1 – 56) e che quindi incombeva la scadenza degli atti attuativi ma non ci si può ridurre all'ultimo giorno per una riforma così importante, partita per giunta un anno fa. Si è tralasciato di considerare che le amministrazioni avrebbero avuto bisogno di tempo e di formazione per comprendere la novella e che cosa si richiede in modo concreto di fare con il PIAO. E così si è persa un'altra occasione per semplificare la pubblica amministrazione, pregiudicando, almeno per il momento, quello che era l'obiettivo di fondo del PIAO e cioè *“assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa e migliorare la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese”*, operare *“come effettivo strumento di semplificazione per l'azione e per l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni”* e cioè come misura atta a consentire l'adeguamento degli apparati amministrativi alle esigenze di attuazione del PNRR.

Una riforma così importante non può esaurirsi con il varo di una norma e considerarla cosa fatta, al 30 giugno 2022, solo perchè gli atti previsti sono stati adottati.

In disparte il ritardo con cui sono arrivati i citati atti attuativi l'altra cosa che è mancata nello scrivere una disciplina così importante, è stato il coinvolgimento e il confronto continuo con le amministrazioni che questo nuovo piano avrebbero dovuto applicare, (forse anche con l'ANAC) le quali avrebbero potuto contribuire alla stesura di una norma più “consapevole” delle possibilità effettive di riforma, certamente non facile. Se l'obiettivo era veramente quello di semplificare, andava meglio valutato l'impatto che avrebbe avuto una tale riforma sugli adempimenti esistenti, proprio al fine di risolvere le aporie e i problemi operativi che già si registrano.

La soppressione dei vari piani, utili o inutili, avrebbe richiesto un'analisi più approfondita delle norme coinvolte e dei soggetti interessati e l'esperienza insegna che ogni iniziativa volta a semplificare e alleggerire la pianificazione della PA, sempre meritevole e doverosa, richiede strumenti studiati bene e condivisi. Anche la scelta di prevedere forme di PIAO “semplificato” per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti sconta il mancato confronto che avrebbe certamente portato a fare emergere soluzioni maggiormente condivise e possibili.

L'unica via di salvezza resta l'attività di monitoraggio che diventa, se si vuole veramente dare un senso a questa riforma, la strada per fare delle riflessioni su ciò che le amministrazioni sono già chiamate a programmare nei piani, su come devono essere individuate gli obiettivi strategici e cosa accade rispetto all'attività istituzionale ordinaria che svolgono le amministrazioni.

---

<sup>70</sup> La rubrica del d.l. 80/2021, conv. in legge 113/2021, il cui articolo 6 ha previsto il PIAO, è chiara in tal senso in quanto recante *“Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia”*.

I pareri del Consiglio di Stato tracciano la strada per proseguire il lavoro fatto partendo dalle mancanze e dalle criticità. E' certamente da condividere il suggerimento dato di procedere a un monitoraggio con una duplice funzione<sup>71</sup>: evolutiva del quadro normativo di riferimento e applicativa per risolvere i problemi concreti che possono verificarsi sul piano pratico considerando appunto che le varie sezioni fanno capo a soggetti diversi, con finalità diverse, con processi diversi.

Sarebbe, quindi, importante innanzitutto partire da ciò che le amministrazioni già fanno, nei tempi già fissati da altre discipline, da parte di diversi soggetti coinvolti (OIV e RPCT, responsabili di uffici) per raggiungere le finalità differenti. Questo consentirebbe di imboccare la nuova strada dell'integrazione delle attività pianificatoria muovendosi sinergicamente.

Infine si pone l'accento sulla necessità che si organizzino attività specifiche di formazione che aiutino a introdurre una cultura "nuova" e integrata della programmazione e della redazione dei piani con approccio *result oriented*<sup>72</sup>.

Condivisibilmente con il parere del Consiglio di Stato non bisogna perdere l'occasione per individuare azioni che rendano credibile l'attività di *capacity building*, essenziale anche alla formazione di una cultura nuova della programmazione, che implichi interventi e ripensamenti anche dei contesti organizzativi nei quali sono chiamate a svilupparsi le nuove competenze e le nuove consapevolezze delle quali il PIAO si candida ad essere strumento di sviluppo. La strada indicata dal Consiglio di Stato suggerisce da un lato, di disporre un monitoraggio ad hoc, da prevedere contestualmente sia sul processo abrogativo sia con un focus sul funzionamento operativo, al fine di accompagnare la "contestualizzazione" unica sul piano formale dei piani ora vigenti con una effettiva integrazione e "metabolizzazione" tramite la progressiva ricerca, sul piano sostanziale, di sinergie, analogie, individuazione e – soprattutto – eliminazione di duplicazioni tra un piano e l'altro e soppressione delle formalità inutili.

Alla domanda iniziale si deve quindi rispondere che semplificare è difficile ma non impossibile, si tratta pur sempre di una complessità creata dall'uomo e pertanto la stessa mano umana potrà porre riparo al groviglio di adempimenti e norme creato negli anni.

E' necessario essere consapevoli che i progressi più soddisfacenti in materia di riduzione degli adempimenti e di configurazione di uno strumento realmente integrato e unitario potranno raggiungersi "sul campo", sperimentando il PIAO, nella consapevolezza, che saranno comunque necessarie ulteriori misure non solo normative, affinché il nuovo strumento di pianificazione/programmazione possa effettivamente affermarsi come strumento di semplificazione dell'azione e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni.<sup>73</sup> E solo con impegno e volontà si potrà passare da una fase, come

---

<sup>71</sup> Sul punto si veda la nota 57.

<sup>72</sup> Cons. Stato, parere 2 marzo 2022, n. 506, punto 4.3.

<sup>73</sup> Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 26 maggio 2022, n. 902, punto 2.



suggestivamente suggerito dal Consiglio di Stato, in cui si elimina ciò che è chiaramente inutile, come quella attuale, a una fase in cui si conservano solo gli adempimenti utili e necessari per rendere migliore il servizio per i cittadini e le imprese e rendere più efficienti le amministrazioni.

## Brevi considerazioni dissonanti in tema di illecito professionale

La fattispecie di cui all'art. 80 D.L.vo 50/2016 all'art. 5 lett. c (*“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*) ha avuto uno sviluppo applicativo che, con ogni evidenza, sembra essere sfuggito di mano all'interprete.

Eppure la disposizione, nella sua prescrittività, più che apparire sfumata o chiaroscurale nel rappresentare quella sorta di norma di chiusura<sup>1</sup> del sistema sanzionatorio – a motivo della sua tensione onnicomprensiva dei vari e indeterminati illeciti rimproverabili agli operatori economici – risulterebbe agilmente interpretabile, ponendosi come una norma dalla lettura (e dalla conseguente applicazione) sufficientemente piana, meno aperta e, pur nella sua ampia e indubbia applicazione discrezionale, ben più stringente di quanto non le venga riconosciuto.

Ai fini dell'esclusione è pretesa – non v'è dubbio su questo - una dimostrazione, con mezzi adeguati, di un grave illecito professionale. Si tratta di elementi materialmente concreti che, in verità, mal si conciliano con l'applicazione e l'interpretazione offertane

---

1. *“per la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato l'individuazione dei gravi illeciti professionali da parte dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici ha carattere di «norma di chiusura», in cui gli illeciti ivi previsti hanno carattere «meramente esemplificativo», in grado di comprendere «ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata» dell'operatore economico «di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa», l'omessa dichiarazione della quale integra «in sé e per sé» l'ipotesi di illecito causa di esclusione dalla gara (sono richiamate le seguenti sentenze della III Sezione di questo Consiglio di Stato: 29 novembre 2018, n. 6787; 27 dicembre 2018, n. 7231; e della V, Sezione, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; 3 gennaio 2019, n. 72; 24 gennaio 2019, n. 586 e 25 gennaio 2019, n. 591)” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28/08/2020, n. 16).*

dalla giustizia amministrativa, oggi tanto amplificata e indeterminata da restituire, nella pratica, una narrazione giurisprudenziale che sembra andare ben al di là di quello che il legislatore aveva immaginato e disposto.

Se, infatti, è ricorrente il riferimento oggettivo dell'illecito a *“ogni vicenda pregressa anche non tipizzata”* posta in essere dall'operatore economico, la disposizione dovrebbe stringere e incollare le conseguenti possibilità applicative – per espressa e costante affermazione giurisprudenziale – alla sola *“contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa”*, ergo al fatto che venga violata una norma che sostanzialmente positivizza di un dovere che sia, appunto, di carattere civile, penale o amministrativo.

La domanda da porsi oggi, quantomeno quella che appare più stimolante, è se, effettivamente, l'applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. c – dato l'elemento materiale posto a base e alla pretesa violazione di un dovere – appaia oggi ancorata a questi elementi non tipizzati ma certamente definibili, predeterminabili, oppure se l'estensione sia andata oltre le premesse normative, comprendendo anche comportamenti o contestazioni non sanzionati formalmente da alcuna disposizione che, pertanto, non si sostanziano in alcun illecito. Se, insomma, la discrezionalità concessa dal legislatore comunitario alle stazioni appaltanti possa, realmente, prescindere dalla violazione di una norma prescrittiva o, quantomeno, da un precedente provvedimento sanzionatorio disposto avverso l'operatore economico.

Questa riflessione prende le mosse dal fatto che sembra che la sostanza della disposizione sia stata effettivamente destrutturata dal processo interpretativo, nel momento in cui si è arrivati, con costanza tralaticia, ad affermare *“qualora ricorra un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, la stazione appaltante, al fine di addivenire al giudizio finale, può e deve far riferimento al complesso delle circostanze*

*emergenti dalla fattispecie, senza che occorra necessariamente attendere sempre l'esito del giudizio penale al fine di affermare l'inaffidabilità, l'incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara” (tra le tante cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 2123 del 1.04.2019) e, ancora, (tra le tante cfr. sez. V, n. 4240 del 1.07.2020 e n. 393 del 12.01.2021) “In sede di gara pubblica non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lg. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l’elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati”. Per poi giungere, in un crescendo di conseguenti applicazioni induttive, a ulteriori inevitabili astrazioni: “La Stazione appaltante può di conseguenza fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale ... Gli atti di indagine, infatti, rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell’autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione”<sup>2</sup>.*

A offrire corretta lettura della disposizione e nel clima estensivo che ha dato vigore alle predette argomentazioni non ha, certamente, aiutato la criticabile posizione interpretativa avanzata da ANAC: “Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l’integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell’attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui

---

2. T.A.R. Campania, sez. I, n. 1626 del 10.06.2022.

*al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito"*<sup>3</sup>.

Eppure il serrato concetto di illecito (tutt'altro che atecnico) e di illiceità non avrebbe dovuto e potuto consentire una tale *escalation*<sup>4</sup>.

Si è, in buona sostanza, passati, forse troppo agevolmente, dalla (ben più complicata e stringente) ricerca della disposizione, posta a base di un "dovere" che facesse da contraltare all'illecito professionale, alla sufficienza degli "*elementi*", dei "*gravi indizi*" e degli "*atti di indagine*" con, conseguente, affidamento alle amministrazioni di una discrezionalità schiacciante, al di là dei desiderata del legislatore e, quindi, del consentito.

La traduzione pratica di questo sviluppo interpretativo ha moltiplicato le esclusioni in virtù della ritrosia, invero ben nota, delle stazioni appaltanti di motivare contro le deduzioni accusatorie delle procure della repubblica. È risultato ovviamente, quanto banalmente, più semplice escludere – a volte con motivazioni tautologiche – che tenere in gara l'operatore economico il cui amministratore risultava indagato o sottoposto a misura cautelare. Cosa che ha determinato l'aumento (incontrollato quanto, sostanzialmente infruttuoso, date le premesse) del contenzioso. Infruttuoso in quanto, notoriamente, fatti salvi casi di scuola, "*Nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte della P.A. cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore; ne consegue che il sindacato che il Giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non divisibilità" della*

---

3. Linee guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al d.lgs. 56 del 19.04.2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

4. La sovrapposizione concettuale tra "contrarietà a norme imperative" e "illiceità" è condivisa in giurisprudenza (Cass. civ. Sez. I, 4 gennaio 1995, n. 118) dove si ritiene che l'illiceità si identifica con la contrarietà a norme imperative. Si tratta perciò di categorie giuridiche sostanzialmente analoghe.

valutazione stessa” (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4248 del 3.06.2021; T.A.R. Campania – Napoli, sez. IV, n. 299 del 14.01.2022; analogamente, T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, n. 2456 del 9.12.2020).

Sembra, attraverso l’elevato numero di esclusioni perpetrate a motivo della sola attivazione di indagini penali e il conseguente sostegno concesso a questa narrazione dalla quantomai compatta giurisprudenza amministrativa, che la situazione sia, oggettivamente, precipitata e che su questo piano inclinato rischi di scivolare via - oltre alla possibilità di assicurarsi una pubblica commessa - anche il principio di legalità, posto a base del nostro ordinamento. Sembra, altresì, però, che tra gli operatori del diritto, nessuno abbia dato peso a quanto sta accadendo e che un certo torpore abbia portato molti ad accettare quello che appare essere un elemento di oggettiva distorsione sistematica, alla quale non ci si dovrebbe abituare.

Sebbene, con riferimento ad altro ambito, pur sempre di matrice pubblicistica, non sembra fuori luogo richiamare un pertinente precedente della Consulta che potrebbe orientare l’interprete, *ça va sans dire*, biblicamente<sup>5</sup> su una strada più sicura: *“Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l’assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto*

---

5. *“Lampada ai miei passi e luce sul mio cammino”* (Sal. 118, 105).

e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa"<sup>6</sup>.

Resta, peraltro, inteso che pure il rispetto della normativa eurounitaria ne esca inciso, a fronte delle predette analisi, a causa di una sorta di *gold plating* interpretativo<sup>7</sup>.

In una delle rare sortite in materia la Corte di Giustizia si è limitata, infatti, a riconoscere la facoltà della stazione appaltante di valutare l'incidenza del fatto costituente grave illecito professionale in capo all'operatore economico (attinto da un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto) anche quando sull'accertamento dello stesso illecito sia ancora pendente un giudizio<sup>8</sup>.

Là, però, ove appare sostenibile l'operato di un' amministrazione – a fronte di una disposta risoluzione che è stata valutata come violativa di un preteso dovere – di

---

6. Corte Costituzionale n. 115 del 7.04.2011.

7. Considerando 101 della Direttiva UE 2014/24 “*Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni*” e art. 57 co. 4 lett. c “*Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: ... se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità*”.

8. Corte di Giustizia del 19.06.2019 (sentenza del 19 giugno 2019, Meca S.r.l. c. Comune di Napoli, causa C-41/18): “*L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce*”.

procedere, attraverso il buon uso della propria discrezionalità amministrativa, con l'esclusione, anche a giudizio in corso, di un concorrente cui sia rimproverabile, pur in sede amministrativa, un illecito, si manifesta eccessivo e, verosimilmente, abnorme - senza previa condanna e in assenza di alcuna determinazione sanzionatoria di carattere amministrativo – escludere un operatore economico in virtù di indizi ed elementi di valutazione posti a base di atti di indagine penale e declinati all'interno di un provvedimento amministrativo.

C'è ancora il tempo di percorrere la strada che, verosimilmente, appare maggiormente corretta e coerente con i principi che sovrintendono al nostro ordinamento e che il nuovo Codice dei contratti pubblici, che attende di vedere la luce, possa stimolare un percorso nuovo che sterilizzi tentazioni, dal lato pubblicistico, eccessivamente “giustizialistiche”. E questa strada, almeno a chi scrive, non pare possa essere quella indicata da ANAC che propone, attraverso la riduzione della discrezionalità delle stazioni appaltanti, di specificare e determinare, a priori, le varie tipologie di illecito<sup>9</sup>. Data l'ineffabile necessità di ancorare l'illecito, infatti, alla violazione di un dovere (penale, civile o amministrativo), per considerare se detto illecito potrà o meno determinare, a valle, l'esclusione dell'operatore economico potrà essere sufficiente (così come accade, per esempio, per la risoluzione per inadempimento) che venga valorizzato, da parte dell'amministrazione, il requisito della gravità che, già oggi, è immanente nell'art. 80 co. 5 lett. c, ma che risulta, non a caso, sostanzialmente, obliterato dall'interpretazione corrente.

**Mauro Barberio**

Avvocato

---

9. ANAC, Atto di segnalazione n. 3 del 27.07.2022 “Concernente l'articolo 80, comma 5, lettere c, c-bis, c-ter e c-quater del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”: “*Si auspica, quindi, che i decreti attuativi realizzino tale obiettivo, mediante l'indicazione chiara ed esaustiva delle fattispecie idonee a configurare i gravi illeciti professionali, circoscrivendo adeguatamente l'ambito di applicazione della norma*”.

Publicato il 25 ottobre 2022

## **Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea<sup>1</sup>**

**1. La funzione concessoria – 2. Concessioni ed appalti – 3 La “doppia anima” dell’evidenza pubblica – 4. La concessione di beni pubblici – 5. Il rapporto tra concessione demaniale e autorizzazione nella direttiva Bolkestein – 6. Le concessioni demaniali marittime – 7. Note conclusive.**

### **1. La funzione concessoria.**

La concessione è il provvedimento amministrativo con cui una pubblica amministrazione manifesta la volontà di affidare ad un operatore economico privato<sup>2</sup> l’uso di risorse o l’esercizio di attività riservate ai pubblici poteri<sup>3</sup>.

La funzione concessoria, quindi, può identificarsi in una scelta discrezionale ed autoritativa dell’amministrazione di attribuire ad un soggetto terzo la gestione di un bene, di un servizio pubblico o l’esecuzione di lavori strumentali alla erogazione di quest’ultimo, in funzione della migliore cura concreta dell’interesse pubblico, ovvero per garantire un più efficiente sfruttamento del bene pubblico senza distoglierlo dalla sua destinazione naturale, per assicurare una migliore erogazione del servizio o per rendere possibile la realizzazione di opere destinate alla collettività.

In altri termini, la funzione sottesa alle concessioni amministrative è diretta all’applicazione dell’art. 97 Cost., garantendo l’efficiente utilizzo di beni e risorse

---

<sup>1</sup> La relazione è stata predisposta in occasione del convegno “Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio?”, svoltosi a Maruggio (Taranto) in data 16 settembre 2022.

<sup>2</sup> La giurisprudenza ha talvolta qualificato il concessionario, ad esempio nel caso dei concessionari autostradali, come organismo di diritto pubblico.

<sup>3</sup> La natura pubblica dell’oggetto della concessione evoca di per sé il pensiero della disponibilità della *res* da parte dell’amministrazione pubblica. Tra le tante pubblicazioni sul tema: V. Caianiello, voce “Concessioni (diritto amministrativo), in *Noviss. Dig. It., Appendice*, Torino, 1981; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

pubbliche attraverso l'intervento del privato, per cui postula che l'amministrazione abbia valutato l'intervento del terzo come funzionale al più efficace soddisfacimento dell'interesse pubblico.

La natura giuridica della concessione amministrativa è tradizionalmente controversa.

In origine, la distinzione tra autorizzazione e concessione, provvedimenti entrambi satisfattivi di interessi legittimi pretensivi<sup>4</sup>, era stata individuata nel senso che l'autorizzazione rimuove un ostacolo preclusivo all'esercizio di un diritto di cui il privato è già titolare, mentre, con le concessioni, si conferiscono al destinatario nuove facoltà, sicché l'autorizzazione avrebbe ad oggetto l'esercizio di un diritto già esistente nel patrimonio del destinatario, mentre la concessione attribuirebbe una utilità non ancora esistente<sup>5</sup>.

In ogni caso, l'effetto sia del provvedimento di autorizzazione sia del provvedimento di concessione era ed è costituito dall'attribuzione all'aspirante del "bene della vita" richiesto.

Secondo una tesi più risalente, l'adozione del provvedimento amministrativo concessorio sarebbe in grado di far sorgere di per sé il rapporto, configurandosi l'adesione del privato come mero presupposto o condizione di efficacia<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Secondo la celebre definizione di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, "l'interesse legittimo è la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un'utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità". La posizione di interesse legittimo, pertanto, è ontologicamente collegata all'esistenza ed all'esercizio di una potestà amministrativa ed ha carattere pretensivo laddove l'utilità non è ancora presente nella sfera giuridica del soggetto, ma può essere attribuita dall'esercizio dell'attività amministrativa.

<sup>5</sup> Nella dogmatica italiana, l'autorizzazione ha ad oggetto un'attività privata, non lesiva di pubblici interessi, ma neanche strumentale al soddisfacimento di un interesse pubblico, mentre la concessione ha per oggetto lo svolgimento di un'attività ontologicamente strumentale al perseguimento di un interesse della collettività, in quanto riservata ai pubblici poteri.

<sup>6</sup> La natura meramente provvedimentale della concessione è sviluppata nella dottrina classica, tra cui O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Giur. It, 1984, IV e F. Benvenuti, *il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, in G. Marongiu – G.C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992.

La giurisprudenza, poi, ha elaborato la nota figura della concessione contratto, contraddistinta dalla presenza di un provvedimento amministrativo, solo con il quale è possibile disporre di oggetti pubblici, stante l'attitudine dei soli provvedimenti a dare rilievo alla dimensione funzionale di cura del pubblico interesse, e di un contratto ad esso accessivo, destinato a disciplinare i rapporti patrimoniali *inter partes*<sup>7</sup>.

La difficoltà di separare le vicende di rilievo pubblicistico da quelle sostanzialmente economiche, tuttavia, ha determinato che anche la teoria della c.d. concessione contratto sia stata sottoposta a svariate critiche, in quanto ritenuta artificiosa perché postula che l'unitario rapporto concessorio si origini attraverso due fonti diverse, il provvedimento ed il contratto<sup>8</sup>.

Tra le altre teorie che si sono succedute, è stato anche sostenuto che lo statuto funzionale all'*agere* pubblicistico rileverebbe solo nella fase di scelta del contraente, restando per il resto il rapporto assoggettato al diritto privato<sup>9</sup>.

Tale considerazione pone in rilievo un aspetto essenziale della questione, sulla quale ci si soffermerà più avanti.

Di certo, a fronte di notevoli incertezze in ordine alla natura dell'atto concessorio e del relativo rapporto, le concessioni ad oggetto pubblico, come detto, costituiscono sempre fattispecie ad effetti ampliativi, con cui l'Amministrazione arricchisce la sfera giuridica del destinatario di una utilità, sia istituendola *ex novo*, sia, come nel caso dei provvedimenti concessori di beni demaniali, trasferendo al privato non la sua titolarità, che resta in capo all'Amministrazione concedente, ma l'esercizio della relativa attività.

---

<sup>7</sup> Con l'istituto della concessione contratto, da un lato, si è preservato il potere dell'Amministrazione di curare l'interesse pubblico ed incidere eventualmente sul rapporto attraverso atti unilaterali aventi ad oggetto l'originario provvedimento concessorio, dall'altro, sotto il profilo patrimoniale, si è assicurata stabilità al rapporto contrattuale.

<sup>8</sup> La dottrina che ha espresso perplessità sulla distinzione tra provvedimento concessorio e contratto ad esso accessivo è esposta, tra l'altro, in R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

<sup>9</sup> La tesi è espressa anche in R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

In altri termini, la concessione costituisce il varco d'accesso della posizione del concessionario all'interno dell'ordinamento giuridico, in quanto, in mancanza dell'atto, il destinatario non è legittimato a svolgere quella determinata attività o a ricoprire quella determinata posizione.<sup>10</sup>

## 2. Concessioni ed appalti.

Il diritto europeo ha qualificato la concessione di lavori e di servizi come contratto e tale qualificazione è stata recepita dal legislatore nazionale.

Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestioni di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo<sup>11</sup>.

Tale definizione, ovviamente, attiene ai rapporti di durata intercorrenti tra pubblico e privato, caratterizzati da una vocazione commerciale – produttivistica, e tale tipologia di concessione presenta alcuni tratti in comune, pur con le differenze che saranno tratteggiate, con l'appalto, la cui natura contrattuale è indiscussa.

Di talché, come per l'appalto, una volta stipulato il contratto, sorgono tra le parti rapporti di obbligazione destinati ad essere disciplinati dal diritto privato.

Tra la concessione e l'appalto, tuttavia, sussistono delle essenziali differenze di fondo, ormai chiaramente delineate sia in dottrina che in giurisprudenza.

La distinzione era di solito individuata nel fatto che - poiché nell'appalto il privato rende una prestazione direttamente all'amministrazione aggiudicatrice, la quale

---

<sup>10</sup> Cfr. Cgars 16 ottobre 2020, n. 935.

<sup>11</sup> La definizione data dal legislatore europeo, e recepita dal legislatore nazionale, al contratto di concessione emerge dal combinato disposto del considerando 11 nonché dall'art. 5, comma 1, lett. a) e b), della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 23, nonché dal conseguente art. 3, comma 1, lett. uu) e vv), del d.lgs. n. 50 del 2016.

provvede alla corresponsione del corrispettivo, mentre nella concessione la prestazione non è resa all'ente concedente ma agli utenti, con remunerazione a carico di questi ultimi – l'appalto si traduce in un rapporto bilaterale tra appaltatore e stazione appaltante, laddove la concessione determina un rapporto trilaterale tra concessionario, ente concedente e fruitori delle prestazioni.

Nondimeno, l'evoluzione della giurisprudenza europea in materia ha portato progressivamente ad evidenziare che l'elemento davvero caratterizzante il rapporto concessorio, più ed oltre il carattere trilaterale dello stesso, è costituito dalla presenza di uno specifico rischio economico, il rischio operativo di gestione, a carico del concessionario, diverso da quello che grava sull'appaltatore.

L'appalto, infatti, sottende anch'esso un margine di rischio, in quanto l'appaltatore è tenuto a predisporre in proprio una organizzazione di fattori produttivi per garantire l'adempimento di una obbligazione di risultato.

Il rischio, però, non riguarda l'elemento remunerativo, essendo questo corrisposto dall'amministrazione aggiudicatrice a fronte del corretto adempimento della prestazione da eseguire, sicché, nell'esecuzione del contratto di appalto, un rischio economico è meramente eventuale ed assume carattere patologico, attenendo all'inesatto adempimento della prestazione cui l'appaltatore si è obbligato nei confronti della stazione appaltante, mentre nella fisiologia del rapporto tale rischio non sussiste.

L'elemento caratterizzante della concessione rispetto all'appalto, pertanto, è da rinvenire nella controprestazione a favore del concessionario – sul quale, come nelle concessioni demaniali, può gravare un canone periodico - ossia nel diritto di gestire l'opera o il servizio, con conseguente fisiologico trasferimento del rischio operativo.

In altri termini, il concessionario assume naturalmente l'alea derivante dall'incerta remuneratività del capitale investito, in quanto tale remuneratività dipende essenzialmente dalla domanda, e cioè dai proventi ritraibili dalla gestione dell'opera o del servizio, che, quantunque probabili, non sono mai certi, ma derivano dalle fluttuazioni del mercato.

Il giudice europeo ha da tempo ritenuto che il rischio qualificante il *proprium* della concessione sia il rischio da domanda, tanto che ha affermato il seguente principio<sup>12</sup>:

*“L’art. 1, nn. 2, lett. d), e 4, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che, quando la remunerazione dell’operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall’amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l’importo dei corrispettivi d’uso dei servizi in questione dipende dall’esito di trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell’ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi», ai sensi dell’art. 1, n. 4, della stessa direttiva”.*

La sentenza, in particolare, ha posto in rilievo che *“il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all’alea del mercato ... , il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio ...”.*

Parimenti, nella sentenza c.d. “Parking Brixen”<sup>13</sup>, è stata sottolineata la centralità dell’elemento del rischio operativo nella costruzione della nozione di concessione, qualificando l’affidamento della gestione di un parcheggio pubblico come concessione di servizi proprio sulla base della presenza di un rischio di gestione in capo al concessionario.

---

<sup>12</sup> Corte di Giustizia UE, III, 10 marzo 2011, C-274/09.

<sup>13</sup> Corte di Giustizia UE, I, 13 ottobre 2005, C-458/03.

Con riferimento al procedimento di infrazione promosso dalla Commissione in seguito alle convenzioni stipulate in occasione dell'emergenza rifiuti e della tutela delle acque in Sicilia, la Corte di Giustizia UE<sup>14</sup>, seguendo la tesi della Commissione, ha chiarito che le convenzioni stesse dovevano essere qualificate come appalti, in quanto non sussisteva in capo all'operatore alcun rischio di gestione, per la previsione di meccanismi di garanzia tali da escludere gli operatori da un rischio economico. Infatti, le convenzioni garantivano il conferimento di un quantitativo annuo minimo di rifiuti e prevedevano un adeguamento tariffario anche al fine di garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'operatore.

In definitiva, la concessione di servizi richiede che l'ente concedente abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del contratto<sup>15</sup>.

Di conseguenza, se non c'è trasferimento del rischio operativo, almeno parziale, a carico del privato, il contratto non può essere qualificato come concessione, ma costituisce un appalto.

L'evoluzione della giurisprudenza europea in materia è culminata nell'emanazione della direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

In primo luogo, deve essere sottolineato, come già evidenziato, che le concessioni sono qualificate dalla direttiva come aventi natura contrattuale, al pari degli appalti, con conseguente assoggettamento della fase esecutiva del rapporto alla disciplina civilistica, sorgendo, per effetto della stipulazione del contratto, diritti ed obblighi tra le parti.

Inoltre, la direttiva ha positivizzato il concetto di rischio operativo, chiarendo all'art. 5 che *“l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il*

---

<sup>14</sup> Corte di Giustizia UE II, 18 luglio 2007, C-382/05.

<sup>15</sup> Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia UE 21 maggio 2015, C-269/14, da ultimo richiamata in Cons. Stato, V, 4949 del 16 giugno 2022.

*trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile".* L'art. 3, lett. zz), del d.lgs. n. 50 del 2016 richiama il concetto di rischio operativo con riferimento alle concessioni ed al partenariato pubblico – privato.

Il considerando n. 11 evidenzia ancora che i contratti di concessione *“hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”* ed il successivo considerando 18 sottolinea che *“la caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore”*.

Il concessionario, pertanto, assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime (considerando n. 68)<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Il riferimento al rischio operativo quale elemento caratterizzante della concessione e quale elemento di distinzione rispetto agli appalti è ormai dato acquisito dalla giurisprudenza amministrativa. In tal senso, tra le ultime, cfr. Cons. Stato, V, 26 agosto 2022, n. 7481, in cui è specificato, come, nella fattispecie, il rischio operativo concerneva il numero effettivo di interventi che la ditta avrebbe potuto svolgere, che non è certo né prevedibile *ex ante*; Cons. Stato, VII, 24 agosto 2022, n. 7418, in cui è sottolineato come, vertendosi in materia di concessione, il rischio operativo era comunque traslato sull'operatore economico che non avrebbe potuto, ora per allora ed invertendo il modo di funzionare dell'istituto, riversarlo sul concedente; Cgars, 24 marzo 2021, n.

La *ratio* della direttiva europea è nitidamente scolpita nel considerando n. 1, secondo cui *“l’assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell’Unione l’aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno. Di conseguenza, gli operatori economici, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), vengono privati dei loro diritti nell’ambito del mercato interno e perdono importanti opportunità commerciali, mentre le autorità pubbliche talvolta non riescono a utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore, in modo da offrire ai cittadini dell’Unione servizi di qualità ai prezzi migliori”*.

In tale ottica, le sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e n. 18 del 2021 hanno posto in rilievo, in tema di concessione demaniali marittime, come *“il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell’Unione, risulta coerente con l’evoluzione della normativa interna sull’evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior “contraente” (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all’accesso. Inoltre il confronto è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita”*.

---

247, ha evidenziato che *“Il rischio operativo si sostanzia essenzialmente in: - rischio di domanda, in quanto il concessionario ottiene il proprio compenso non già dall’Istituzione ma dagli utenti che fruiscono del servizio stesso (acquistando le bevande e gli alimenti offerti dal bar o dai distributori automatici), con conseguente rischio connesso alle possibili oscillazioni dei volumi di domanda; - rischio di disponibilità, in quanto il concessionario deve gestire il servizio, garantendo i livelli prestazionali stabiliti nel contratto, trovando in caso contrario applicazione le penali pattuite nel contratto medesimo”*.

In sostanza, anche in ordine all'affidamento delle concessioni sussiste la “doppia anima” a base della normativa pubblicistica sulla scelta del contraente nei contratti pubblici di appalto<sup>17</sup>.

### 3. La “doppia anima” dell'evidenza pubblica.

L'interesse legittimo è la posizione differenziata e qualificata di cui è titolare un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, per cui traduce una relazione dinamica con un'amministrazione pubblica nell'esercizio autoritativo di un potere pubblico al fine di conseguire o conservare un'utilità che solo e soltanto quell'amministrazione è in grado di attribuire o di sottrarre.

Nella gara volta all'affidamento di un contratto d'appalto o di concessione, gli operatori economici qualificano e differenziano la propria posizione con la presentazione della domanda di partecipazione ed il “bene della vita” oggetto di potere amministrativo al quale aspirano in via finalistica, vale a dire l'affidamento dell'appalto o della concessione, è uno ed uno solo e può essere attribuito ad un unico concorrente, per cui costituisce una risorsa “scarsa” ed il rapporto amministrativo sostanziale è in genere complesso e plurilaterale.

Un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica ha una genesi molto diversa da quella di un analogo contratto stipulato tra privati e ciò sia per i motivi che inducono la parte pubblica a contrarre, solitamente irrilevanti per i privati, laddove, invece, devono essere espressamente evidenziati nella determina a contrarre adottata dalla stazione appaltante pubblica, sia, e soprattutto, per la scelta del contraente, che costituisce uno dei principali precipitati dell'autonomia negoziale, mentre, nell'appalto pubblico, è sottratta alla discrezionalità dell'amministrazione, tenuta ad individuare il proprio contraente in esito ad una procedura di evidenza pubblica.

---

<sup>17</sup> Sia consentito il richiamo ad R. Caponigro, Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016.

Il *corpus* normativo di disciplina dell'evidenza pubblica, in origine costituito dalla legge di contabilità di Stato, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e dal suo regolamento di attuazione, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, era finalizzato alla individuazione del “giusto” contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose, per cui la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica era volta esclusivamente al controllo della spesa per il miglior utilizzo del denaro della collettività (cd. concezione contabilistica).

A tale esigenza di tutela degli interessi pubblici, si è aggiunta nel tempo, sotto la incessante spinta del diritto europeo, l'ulteriore esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

La concorrenzialità nell'aggiudicazione, che ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, dapprima funzionale al solo interesse finanziario dell'amministrazione, nel senso che la procedura competitiva tra imprese era, ed è, ritenuta la modalità più efficace per assicurare il miglior utilizzo del denaro pubblico, è poi diventata un'espressione dell'ondata neoliberista degli ultimi decenni dello scorso secolo, che ha portato le autorità comunitarie a prendere in considerazione - ai fini della tutela della concorrenza, idonea a garantire l'efficiente allocazione delle risorse sul mercato - l'impatto concorrenziale prodotto dalle amministrazioni pubbliche in qualità di committenti o di concedenti, per cui ogni singola gara diviene uno specifico e temporaneo micromercato nel quale gli operatori economici del settore possono confrontarsi.

Il “mercato”, quindi, da strumento a disposizione dell'amministrazione pubblica per conseguire risparmi di spesa o, comunque, un ottimale utilizzo delle proprie risorse finanziarie è diventato esso stesso oggetto di tutela per il perseguimento di fini ulteriori, vale a dire la libertà di concorrenza tra gli operatori economici.

La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata chiaramente delineata anche dalla giurisprudenza europea la quale, nel rappresentare che uno degli obiettivi della

normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto, ha aggiunto che siffatta apertura alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice che può disporre in tal modo di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata<sup>18</sup>.

Tale "doppia anima" costituisce anche la ragione per la quale l'affidamento di un contratto di concessione debba tendenzialmente seguire all'espletamento di una gara e ciò sia per individuare il "miglior contraente" dell'amministrazione in termini di qualità della prestazione e migliore gestione delle finanze pubbliche, sia per tutelare la libertà di concorrenza all'interno del mercato europeo, valorizzando i principi di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.

La presenza della "doppia anima" alla base della normativa pubblicistica di scelta del contraente è scolpita, sia per gli appalti che per le concessioni, nell'art. 30 del codice dei contratti pubblici attualmente vigente, per il quale *"l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ... garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza [principi a base del migliore utilizzo del denaro pubblico]. Nell'affidamento dell'appalto e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché di pubblicità [principi a base della tutela della libertà di concorrenza] ..."*<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ex multis*: sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quarta Sezione, 23 dicembre 2009, nel procedimento C-305/08 CoNiSMa/Regione Marche.

<sup>19</sup> La legge delega n. 118 del 5 agosto 2022, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, ha parimenti evidenziato di essere finalizzata a promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche al fine di garantire l'accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni, nonché, tra l'altro, a migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici.

Il considerando n. 3 definisce gli appalti pubblici *“uno degli strumenti basati sul mercato necessari per ottenere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente la massima efficienza nell’uso dei fondi pubblici”* e, in tale contesto, il considerando n. 3 specifica anche che *“i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione”*.

In definitiva, ferme restando le evidenziate differenze tra appalti e concessioni, in entrambi i casi (sicuramente per gli appalti sopra la specifica soglia e le concessioni di lavori e servizi) vi è una prima fase pubblicistica, che disciplina la scelta del contraente, ed una seconda fase privatistica, che disciplina lo svolgimento del rapporto e l’esecuzione del contratto.

In particolare, il contratto di appalto ed il contratto di concessione sono accomunati dal fatto che l’appaltatore o il concessionario è sempre un imprenditore che ritrae o può ritrarre utilità economiche dall’essere stato individuato come contraente dell’amministrazione.

Di talché, è possibile assimilare la determina a contrarre, che avvia negli appalti il procedimento di affidamento, alla determina con cui, nel procedimento di attribuzione della concessione, l’Amministrazione decide di trasferire ad un privato la gestione dell’opera o del servizio ovvero l’esercizio del bene.

La funzione di scegliere il contraente dell’amministrazione è svolta negli appalti in cui non è consentito l’affidamento diretto e nelle concessioni di beni e servizi senz’altro dall’aggiudicazione della gara, mentre nelle concessioni di beni pubblici può seguire

l'aggiudicazione della gara o costituire oggetto di un affidamento diretto, secondo il criterio discrezionale che sarà individuato *infra*<sup>20</sup>.

#### 4. La concessione di beni pubblici.

L'importanza della concessione amministrativa in materia di beni pubblici è indubbia<sup>21</sup>.

Tuttavia, mentre un elevato numero di studi è dedicato alla concessione di pubblici servizi, quasi fosse il paradigma della concessione amministrativa, sussistono meno contributi specificamente dedicati alla concessione di beni pubblici.

L'assunto di fondo è costituito dal fatto che i beni pubblici non sono suscettibili solo di un uso collettivo da parte dei privati, ma possono anche essere oggetto di usi a titolo particolare, qualora l'Amministrazione disponga in tal modo<sup>22</sup>.

La concessione di bene pubblico è un concetto polimorfo, potendo allo stesso *nomen iuris* corrispondere ipotesi variegata, ma con un denominatore comune, vale a dire che, con il provvedimento concessorio, l'Amministrazione consente ad un singolo operatore economico di appropriarsi delle utilità potenzialmente ritraibili dal bene pubblico attraverso un uso di tipo imprenditoriale.

I procedimenti concessori, infatti, hanno ad oggetto la cura di interessi relativi a beni della vita riservati ai pubblici poteri e l'attribuzione ai privati delle posizioni che involgono tali interessi pubblici avviene sul presupposto di una previa decisione in tal

---

<sup>20</sup> La necessità di affidare le concessioni di beni e servizi attraverso una procedura selettiva discende dalla direttiva 2014/23/UE, per la concessione di beni occorre invece fare riferimento alla direttiva 2006/123/CE.

<sup>21</sup> L'argomento è analiticamente trattato in B. Tonoletti, Beni pubblici e concessioni, Padova, 2008, che richiama un'ampia dottrina nonché la casistica giurisprudenziale, soffermandosi anche sul fondamentale tema dell'evoluzione della concessione da atto di disposizione patrimoniale a strumento di governo degli usi dei beni.

<sup>22</sup> E. Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2006, pone a confronto i beni pubblici che assolvono la loro funzione al servizio della collettività e i beni pubblici ad uso particolare, evidenziando che deve sempre sussistere un legame tra l'interesse privato immediatamente soddisfatto e la ragione della pubblicità del bene.

senso dell'Amministrazione, rispetto alla quale gli aspiranti sono titolari di una posizione di interesse legittimo pretensivo.

Con la concessione, il bene, che diversamente avrebbe soltanto un valore d'uso a favore della collettività, entra a far parte di un capitale privato, vale a dire dell'insieme dei fattori il cui impiego in un processo produttivo è remunerato con la corresponsione di un profitto al loro proprietario.

Di talché, attraverso il provvedimento concessorio, l'Amministrazione titolare del bene pubblico cede il diritto di sfruttamento del proprio capitale ad un privato, affinché questi ne possa trarre un profitto da ripartire.

Va da sé che, una volta divenuto oggetto di provvedimento concessorio, il bene pubblico entra in una dimensione completamente diversa dalla soddisfazione immediata di bisogni collettivi tradizionalmente considerata come la destinazione naturale dei beni pubblici<sup>23</sup>.

Ciò non toglie che i beni pubblici, anche quando costituiscono oggetto di concessione, debbano essere utilizzati in vista del perseguimento, ancorché mediato, dell'interesse pubblico, in ragione del legame che ontologicamente deve sussistere tra l'interesse privato immediatamente soddisfatto e la natura pubblica del bene<sup>24</sup>.

Tale concetto rivela la problematicità di fondo della materia, atteso che il perseguimento non immediato dell'interesse pubblico deve coniugarsi con la soddisfazione immediata di un interesse privato.

---

<sup>23</sup> Cfr. B. Tonoletti, op.cit., per il quale la constatazione contenuta in E. Casetta, op. cit., secondo cui il bene pubblico concesso “è posto al servizio di singoli soggetti”, esprime il carattere contraddittorio della vicenda, in quanto ciò che è pubblico non può, per definizione, essere posto al servizio di interessi particolari senza cessare di essere tale.

<sup>24</sup> La legge delega n. 118 del 5 agosto 2022, legge annuale per il mercato e la concorrenza, ha rappresentato l'esigenza di tenere in adeguata considerazione “gli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione, nel quadro dei principi dell'Unione europea, nonché di contribuire al rafforzamento della giustizia sociale, di migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici e di potenziare lo sviluppo degli investimenti e dell'innovazione in funzione della tutela dell'ambiente, della sicurezza e del diritto alla salute dei cittadini”.

5. Il rapporto tra concessione demaniale<sup>25</sup> e autorizzazione nella direttiva Bolkestein.

Il profilo di maggiore criticità dell'argomento in discussione attiene al fatto che, come indicato all'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, la direttiva concessioni si applica all'aggiudicazione di concessioni di lavori o di servizi, ma non si applica alle concessioni di beni, tra cui le concessioni demaniali. Ugualmente, l'art. 164 del d.lgs. n. 50 del 2016 indica che le disposizioni di cui alla parte III del codice, definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II.

In tale ottica, ai sensi del considerando n. 15 alla direttiva concessioni, è stato specificato che *“taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva”*.

Pertanto, le norme sulle procedure di aggiudicazione finalizzate alla scelta del concessionario previste nella direttiva concessioni, così come nel vigente codice nazionale dei contratti pubblici, sono propriamente riferite alle concessioni di lavori e di servizi e non anche alle concessioni di beni pubblici, per le quali, invece, occorre individuare una diversa fonte normativa di riferimento.

---

<sup>25</sup> M.S. Giannini, I beni pubblici, Roma, 1963, ha evidenziato che la concessione costituisce una forma di gestione del demanio, volta a legittimare una “deroga al principio di uguaglianza cui si addiuvano per il fatto di attribuire a soggetti dell'ordinamento dei vantaggi particolari”.

Infatti, se è vero che l'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che anche per i contratti attivi<sup>26</sup>, esclusi in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, l'affidamento dei contratti avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, è altrettanto vero che, in ragione del generale principio di successione delle leggi nel tempo, qualunque legge successiva al codice dei contratti potrebbe modificare il previgente regime ed introdurre l'affidamento diretto delle concessioni<sup>27</sup>.

A tal fine sovviene la direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, c.d. direttiva Bolkestein, relativa ai servizi nel mercato interno.

La direttiva Bolkestein assume rilievo nell'ordinamento nazionale in ragione del concetto di primazia del diritto eurounitario, per effetto del quale, in caso di conflitto, contraddizione o incompatibilità, le norme europee prevalgono su quelle nazionali<sup>28</sup>.

Tale direttiva, in linea strettamente consequenziale ai suoi considerando, detta le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi.

L'art. 4, n. 6, definisce "*regime di autorizzazione*" qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio.

---

<sup>26</sup> Le concessioni demaniali di beni possono essere inquadrate tra i contratti attivi, in quanto è solitamente previsto un canone periodico a carico del concessionario ed a favore dell'ente concedente.

<sup>27</sup> L'art. 1, comma 682 e ss., legge 30 dicembre 2018, n. 145, che ha esteso le proroghe delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2033, in ragione del principio di successione delle leggi nel tempo, avrebbe prevalso, derogandola, sulla norma generale di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016.

<sup>28</sup> Nell'ordinamento interno, la Corte costituzionale ha affermato la primazia del diritto comunitario sulle leggi nazionali, anche posteriori, a partire dalla c.d. sentenza Granital, sentenza n. 170 del 1984.

Il considerando n. 39 alla direttiva indica che *“la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni ...”*.

L'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, che assume dirimente rilievo ai fini dell'analisi in discorso, inoltre, stabilisce che:

*“1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.*

*2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.*

*3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”*.

Tali norme sono state sostanzialmente recepite dal legislatore nazionale con l'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, di attuazione della direttiva servizi 2006/123/CE.

Ne consegue che, essendo le concessioni di beni escluse dall'applicazione dalla direttiva 2014/23/UE, relativa alle sole concessioni di lavori e servizi, facendo riferimento alla direttiva Bolkestein, il concessionario di beni pubblici dovrebbe essere individuato in base ad una procedura selettiva pubblica laddove il bene oggetto di

concessione sia ritenuto un bene scarso, mentre, negli altri casi, a fronte della non limitatezza dei beni, l'Amministrazione, pur nel perseguimento di un interesse di carattere pubblico, potrebbe procedere all'affidamento diretto della concessione.

In sostanza, il quadro che emerge da siffatta ricostruzione è che, per trasferire ad un operatore economico privato l'esercizio del bene, l'amministrazione deve necessariamente adottare una determina, assimilabile alla determina a contrarre negli appalti, per poi procedere, ove ritenuta applicabile la direttiva 2006/123/CE, all'individuazione del concessionario attraverso un confronto comparativo, se si tratta di un bene scarso, ovvero mediante affidamento diretto se il bene non è scarso e, quindi, è potenzialmente attribuibile a tutti gli aspiranti.

In altri termini, l'ente concedente, in primo luogo, con apposita determinazione, dovrebbe dare conto delle ragioni per le quali intende curare in concreto l'interesse pubblico sotteso al bene oggetto di concessione scindendo l'esercizio, da affidare ad un concessionario, dalla sua titolarità, che rimane in capo all'amministrazione, e, successivamente, ove si tratti di un bene scarso, dovrebbe procedere alla scelta del concessionario attraverso una procedura selettiva alla quale devono poter partecipare i potenziali aspiranti in possesso dei requisiti richiesti.

L'art. 12 della direttiva Bolkestein, pertanto, persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse.

## 6. Le concessioni demaniali marittime.

Le concessioni demaniali marittime per uso turistico ricreativo sono state tipizzate dall'art. 1 del d.l. 5 ottobre 1993 n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 494 del 1993, con la finalità di attribuire ad un operatore economico la facoltà di sfruttamento in via esclusiva di un tratto di litorale in vista della realizzazione di stabilimenti balneari ed altre strutture similari funzionali alla più confortevole fruizione del litorale da parte dei turisti.

L'impostazione di fondo del codice della navigazione è improntata al massimo favore per la concessione del bene, sull'assunto che lo sfruttamento infrastrutturale in chiave turistica possa garantire la più razionale forma di estrazione dell'utilità dal bene.

In tale ottica, prima dell'intervento della Commissione Europea e delle considerazioni critiche espresse dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, le concessioni demaniali marittime, aventi la durata di sei anni, erano automaticamente rinnovate alla scadenza, per la stessa durata, a semplice richiesta del concessionario, per cui erano di fatto attribuite con affidamento diretto, mentre per il caso di celebrazione di una gara, il codice della navigazione prevedeva il c.d. diritto di insistenza a favore del precedente titolare per salvaguardare la certezza dell'ammortamento degli investimenti effettuati dai concessionari, con l'effetto di rendere tendenzialmente perpetua e non contendibile l'assegnazione della concessione<sup>29</sup>.

Una volta modificato il codice della navigazione, con l'espunzione della norma sul c.d. diritto di insistenza, il legislatore nazionale ha proceduto ad una serie di proroghe delle concessioni, rinnovando di fatto l'iniziale affidamento diretto<sup>30</sup>.

Di qui, l'esigenza di verificare l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 12 della direttiva servizi 2006/123/CE e, quindi, di individuare se la concessione di beni pubblici, secondo la qualificazione data dall'ordinamento nazionale, possa essere inquadrata nel regime di autorizzazione, secondo la qualificazione data dall'ordinamento europeo.

---

<sup>29</sup> Sulla tematica del diritto di insistenza, tra gli altri, S. Cassese, Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003.

<sup>30</sup> La Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione contro lo Stato italiano e, con lettera di messa in mora del 29 gennaio 2009, ha contestato la compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con il principio di libertà di stabilimento del modello concessorio nazionale relativo alle concessioni demaniali marittime, sicché è stato emanato l'art. 1, comma 18, del decreto legge n. 194 del 2009, convertito, con modificazioni dalla legge n. 48 del 2010, che ha modificato il codice della navigazione, abrogando la norma di preferenza a favore del concessionario uscente. Ciò nonostante, il legislatore italiano ha adottato proroghe automatiche delle concessioni in essere, mentre la procedura di infrazione è stata chiusa nel 2012 a seguito della legge delega per il riordino della legislazione, delega rimasta però inattuata.

A tal fine, assume essenziale rilievo la sentenza della Corte di Giustizia Europea, Quinta Sezione, 14 luglio 2016, c.d. sentenza Promoimpresa, pronunciata nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15.

Le domande di pronuncia pregiudiziale, infatti, hanno riguardato l'interpretazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio nell'ambito di due controversie concernenti, la prima, il diniego di rinnovo di una concessione per lo sfruttamento di un'area demaniale e l'indizione di una procedura di selezione compartiva, la seconda, l'attribuzione della concessione di beni del demanio marittimo.

La Corte di Giustizia ha richiamato il considerando n. 15 della direttiva 2014/23/UE ed i considerando nn. 39 e 57 nonché l'art. 4, punto 6, della direttiva 2006/123/CE ed ha dato conto del fatto che il giudice del rinvio ha qualificato, sia nel primo che nel secondo caso, il rapporto giuridico intercorrente tra le parti come una concessione, come definita dal diritto europeo, in quanto, nella prima, l'impresa ha il diritto di utilizzare un bene pubblico demaniale dietro versamento di un canone periodico all'amministrazione proprietaria di tale bene e dato che il rischio di impresa legato a quest'ultimo rimane a carico dell'impresa e, nella seconda, si tratta della prestazione di un servizio ed il rischio di impresa è a carico dei concessionari.

La CGUE ha rappresentato che tali concessioni, che hanno ad oggetto risorse naturali, possono essere qualificate come autorizzazioni ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123/UE, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali per poter esercitare la loro attività economica.

Infatti, nel caso di specie, le concessioni vertono sull'autorizzazione ad esercitare un'attività economica in un'area demaniale, per cui non rientrano nella categoria della concessione di servizi, così come può anche evincersi dal considerando n. 15 della

direttiva n. 2014/23/UE nonché in taluni passaggi della sentenza dello stesso giudice europeo c.d. Belgacom del 14 novembre 2013, C-300/07<sup>31</sup>.

La Corte, nella sentenza *Promoimpresa*, ha altresì evidenziato che le concessioni in discorso riguardano un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato ad uno sfruttamento economico per fini turistico-ricreativi, di modo che le situazioni considerate nei procedimenti principali rientrano, per loro stessa natura, nell'ambito dell'articolo 49 TFUE<sup>32</sup>.

Di talché, la sentenza della Quinta Sezione della Corte di Giustizia Europea ha concluso che:

*“- l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati;*

*- l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo”.*

L'art. 49 del TFUE (ex art. 43 del TCE) vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro e stabilisce che la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio.

---

<sup>31</sup> La sentenza *Promoimpresa*, di contro, ha posto in rilievo che le disposizioni relative ai regimi di autorizzazione della direttiva 2006/123 non sono applicabili a concessioni di servizi pubblici che possano, in particolare, rientrare nell'ambito della direttiva 2014/23 (par. 45).

<sup>32</sup> Nei procedimenti principali, le concessioni non vertono su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione ad esercitare un'attività economica in un'area demaniale (par. 47).

Parimenti, l'art. 56 del TFUE (ex art. 49 del TCE) vieta le restrizioni alla libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 49 TFUE, la Corte di Giustizia, Sesta Sezione, sin dalla sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, TeleAustria e Telefonadress, ha chiarito che qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica sia tenuto a rispettare i principi fondamentali del Trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

Nell'ottica della Corte, quindi, l'obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione.

La questione della compatibilità della qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreative in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE è stata compiutamente affrontata in ambito nazionale dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e n. 18 del 2021, che hanno puntualmente richiamato i principi espressi dalla sentenza della CGUE c.d. *Promoimpresa*<sup>33</sup>, le quali hanno posto in rilievo che, nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, il diritto europeo ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali,

---

<sup>33</sup> Le sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria hanno sottolineato come le sentenze interpretative pregiudiziali della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate e che, quindi, le stesse sono equiparabili ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

all'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) "*Tassazione dei porti in Italia*" contiene l'affermazione per cui "*la locazione di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica*".

Di talché, ha sostenuto l'Adunanza Plenaria come sia "*evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara*".

L'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, quindi, è stato ritenuto applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

È peraltro evidente che il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che, come già ampiamente illustrato, individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior "contraente" (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso.

L'ordinanza n. 743 dell'11 maggio 2022, con cui la Prima Sezione del Tar per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, ha rimesso in materia una pluralità di questioni alla Corte di Giustizia Europea, soprattutto in ordine al carattere *self executing* della direttiva Bolkestein, ha comunque ritenuto l'applicabilità dell'articolo 12 della direttiva alle concessioni demaniali marittime, ponendo in rilievo il chiaro conflitto delle leggi nazionali dispositive di proroghe automatiche di dette concessioni con il richiamato art. 12, oltre che con l'articolo 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ove siano accertati la scarsità delle risorse naturali e l'interesse transfrontaliero.

## 7. Note conclusive.

La concessione amministrativa ha ad oggetto l'uso di risorse e l'esercizio di attività riservate ai pubblici poteri e costituisce la porta di accesso dell'operatore economico privato all'esercizio, e non anche alla titolarità, di un bene pubblico attraverso un'attività di tipo imprenditoriale.

Ne consegue che l'interesse pubblico permea il rapporto concessorio anche nella sua fase esecutiva, sebbene per effetto della stipulazione del contratto, sorgano per le parti rapporti obbligatori disciplinati da diritto privato.

Il bene della vita, vale a dire la possibilità di svolgere un'attività economica relativa ad un bene riservato ai pubblici poteri, può costituire una risorsa scarsa, in quanto attribuibile ad uno solo o a pochi aspiranti, ovvero una risorsa abbondante, vale a dire attribuibile a tutti i possibili richiedenti.

Nel momento in cui l'amministrazione decide se attribuire o meno l'esercizio di un bene pubblico in concessione dovrebbe determinarsi esponendo le ragioni per le quali intende disgiungere la titolarità, che rimane pubblica, dall'esercizio del bene, che viene affidato ad un'attività imprenditoriale privata.

L'individuazione del concessionario, quale interlocutore dell'amministrazione, postula la risoluzione di una complessa questione.

Il concessionario di lavori pubblici o servizi pubblici, al pari di un appaltatore, deve costituire il “miglior contraente”, per cui deve aggiudicarsi una procedura selettiva.

Per le concessioni di beni demaniali, invece, a livello europeo, non è sempre previsto lo svolgimento di una gara, tanto che la direttiva servizi, n. 2014/23/UE, e le relative norme nazionali di attuazione, espressamente si applicano solo alle concessioni di lavori e di servizi<sup>34</sup>.

La questione centrale del tema, pertanto, è costituita dall'accertare quale sia la normativa applicabile all'affidamento delle concessioni demaniali e, soprattutto, se a dette concessioni possa essere applicato l'art. 12 della direttiva Bolkestein 2006/123/CE in materia di servizi, che impone una procedura selettiva tra i candidati potenziali qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili.

La Corte di Giustizia Europea, con la sentenza c.d. Promoimpresa del 14 luglio 2016, ha dichiarato che la concessione demaniale può essere a tal fine considerata un'autorizzazione con conseguente applicazione della normativa Bolkestein sulla scelta del contraente ed incompatibilità con il regime europeo della norma nazionale di proroga automatica generalizzata delle concessioni demaniali marittime.

Tale tesi è stata recepita nel 2021 anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021.

La legge 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza, ha delegato il Governo per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici, stabilendo, in particolare che le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, ovvero non oltre il 31 dicembre 2024 in presenza

---

<sup>34</sup> In assenza di altre norme di legge primaria, potrebbe assumere rilievo l'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui l'affidamento dei contratti attivi dovrebbe comunque avvenire nel rispetto dei principi essenziali dell'evidenza pubblica.

di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023<sup>35</sup>.

Pertanto - pur nella consapevolezza che, secondo il pensiero cartesiano, “il dubbio è il principio della conoscenza” e del noto aforisma di Ennio Flaiano, “certo, certissimo, anzi probabile”, che induce a diffidare dalle sicurezze presunte – un risultato esegetico in una materia così controversa, anche in ragione della giurisprudenza europea, può ritenersi raggiunto, vale a dire che, se la risorsa oggetto dell’azione amministrativa è “abbondante”, le concessioni demaniali possono essere attribuite con affidamento diretto, mentre, se la risorsa è “scarsa”, occorre scegliere il concessionario in base ad una procedura selettiva imparziale e trasparente a tutela sia degli interessi pubblici che degli interessi privati coinvolti, sussistendo anche in tal caso la complessiva *ratio* a base delle procedure di affidamento di appalti pubblici e concessioni, definita nel testo come la “doppia anima” dell’evidenza pubblica.

*Roberto Caponigro*

*Consigliere di Stato*

---

<sup>35</sup> In particolare, l’art 4 della legge delega, al fine di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale, favorirne la pubblica fruizione e promuovere, in coerenza con la normativa europea, un maggior dinamismo concorrenziale nel settore dei servizi e delle attività economiche connessi all’utilizzo delle concessioni per finalità turistico-ricreative e sportive, nel rispetto delle politiche di protezione dell’ambiente e del patrimonio culturale, ha delegato il Governo ad attuare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive, ivi incluse quelle affidate ad associazioni e società senza fini di lucro.

# I materiali della legge nel giudizio amministrativo<sup>1</sup>

**Sommario: 1. Premessa. 2. Il rapporto del giudice amministrativo con la legge.; 3. I materiali preparatori della legge. 4. Altri tipi di materiali.**

## 1. Premessa

Quello dei materiali della legge, in special modo i lavori preparatori, come sussidio interpretativo per il giudice nel risolvere i casi sottoposti al suo esame, è un tema sempre attuale, ma anche molto antico, che riguarda tutti i settori del diritto, e che nel diritto amministrativo assume qualche connotazione particolare.

In realtà, a ben considerare, nel diritto amministrativo prima di porre la questione dei materiali della legge paradossalmente si potrebbe quasi capovolgere la prospettiva e parlare dei materiali della giurisprudenza nella produzione delle leggi.

Vi sono infatti numerosi esempi di leggi amministrative emanate recependo principi emersi via via nella giurisprudenza, in particolare del Consiglio di Stato che ha avuto fin dall'istituzione della IV Sezione nel 1889 un ruolo fondamentale nel plasmare il regime giuridico dell'atto e del procedimento amministrativo e dello stesso processo.

Da ultimo, anche la legge di delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici (legge 21 giugno 2022, n. 78) prevede come criterio generale quello di adeguare la riforma, oltre che al diritto europeo, ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (art. 1, comma 1).

Si possono richiamare esempi ancor più rilevanti come il Codice del processo amministrativo, per il quale la legge di delega (legge 18 giugno 2009, n. 69) ha posto il principio di *“adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori”* (art. 44). Anche la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, che è una legge di principi, ha in gran parte legificato e razionalizzato il lavoro della giurisprudenza su

---

<sup>1</sup> Relazione svolta in occasione del Convegno “I materiali della legge nella teoria delle fonti e nell’interpretazione del diritto”, Roma, 20 aprile 2022 - Palazzo Spada.

vari istituti fondamentali, come, per esempio, l'obbligo di motivazione, la revoca e l'annullamento d'ufficio.

In definitiva, veniamo da una tradizione nella quale, almeno per quanto riguarda il diritto amministrativo generale, spesso il legislatore è andato al seguito della giurisprudenza, avallando quella che, come si accennerà qui di seguito, è stata definita come “normazione giurisprudenziale”, piuttosto che viceversa.

## **2. Il rapporto del giudice amministrativo con la legge**

Conviene svolgere qualche ulteriore considerazione sul ruolo del giudice amministrativo, più che come interprete e “bocca della legge”, come creatore di norme che talora, come già chiarito, ricevono poi un riconoscimento formale *ex post* da parte del legislatore<sup>2</sup>.

Il problema è più in generale quello del rapporto giudice amministrativo-legge, cioè dei parametri normativi e dei principi generali come base delle decisioni che in molti casi il giudice amministrativo tende a costruire in modo creativo.

A tal riguardo basta richiamare il dibattito, che per lungo tempo ha agitato la nostra disciplina, sulla cosiddetta natura giurisprudenziale del diritto amministrativo e sull'opportunità di non imbrigliare troppo il giudice amministrativo in regole rigide di tipo legislativo. La stessa codificazione del processo amministrativo e ancor prima del procedimento amministrativo incontrò all'epoca una certa resistenza da una parte di studiosi che ritenevano preferibile lasciare maggior libertà al giudice amministrativo nel plasmare le regole processuali e dell'agire amministrativo.

In un saggio dell'inizio degli anni '80 del secolo scorso Fabio Merusi, rivolgendosi a un pubblico anche di giuristi inglesi, illustrava le ragioni per le quali il diritto amministrativo nacque e si sviluppò come un diritto essenzialmente giurisprudenziale quasi sul modello della *common law*<sup>3</sup>.

La prima ragione è legata al principio del *non liquet*, ovvero alla necessità della IV Sezione del Consiglio di Stato, fin dalle sue prime decisioni, di riempire di contenuto le scarse disposizioni

---

<sup>2</sup> Sulla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo significativa è la raccolta di decisioni operata da G. PASQUINI-A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001.

<sup>3</sup> Cfr. F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AAVV, *Legge giudici, politica – le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, p. 119 e seg.

normative processuali poste dalla legge del 1889 istitutiva della Sezione, integrandole e specificandole in sede interpretativa. In tal modo nacque, per esempio, la nozione di “eccesso di potere” (come sviamento, anziché come straripamento), nonché lo stesso principio del contraddittorio nei procedimenti disciplinari che fu sancito dalla giurisprudenza facendo riferimento al principio del diritto naturale dell’*audi alteram partem* risalente, com’è noto, già alla tragedia greca. Lo stesso potere di revoca come espressione di uno *jus poenitendi* fu riconosciuto nel silenzio delle legge in capo all’amministrazione che ha emanato un provvedimento.

La seconda ragione, sottolineata da Merusi, è che già negli anni ’80 del secolo scorso - e oggi forse ancora di più come si dirà - il continuo cambiamento delle disposizioni legislative, spesso frammentarie e mal coordinate, costringe il giudice amministrativo a un’opera di razionalizzazione cercando di ricucirle e di raccordarle colmando lacune e superando antinomie<sup>4</sup>.

A tal proposito, una recente sentenza esterna in modo emblematico per così dire lo stato d’animo del giudice amministrativo di fronte a questa situazione di disordine legislativo (Cons. St., Sez. III, 16 novembre 2021, n. 7618). In questa sentenza si coglie quasi uno sfogo del giudice, il quale, all’esito di un percorso argomentativo ricostruttivo defatigante di frammenti di norme sparpagliate, manifesta “*la chiara percezione di un quadro regolativo confuso, formatosi in un lungo arco temporale attraverso apporti frammentari e mal governato da interventi correttivi occasionali, opachi e contenutisticamente monchi, necessitanti di un costante lavoro di ricostruzione interpretativa*”. Questi interventi occasionali “*sono inadeguati allo scopo di organica razionalizzazione normativa, che esigerebbe interventi puntuali di ricognizione dell’assetto esistente, di raccordo, cucitura ed espunzione delle disposizioni, secondo criteri di coerenza contenutistica e di composizione sistematica*”. Sarebbe difficile descrivere in modo più espressivo una situazione con la quale gli interpreti delle leggi amministrative si devono spesso confrontare, nonostante i ripetuti sforzi in anni recenti di elaborazione di codici di settore e di testi unici.

Per buone ragioni dunque la giurisprudenza si fa carico di evitare per quanto possibile che il sistema nel suo complesso venga sparigliato da interventi normativi estemporanei.

---

<sup>4</sup> Sul disordine normativo cfr. per tutti B. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011.

Più di recente, anche Aldo Travi, in un saggio sul diritto giurisprudenziale, ha sottolineato come il giudice amministrativo si conceda la libertà di spazi interpretativi propri di alcune tradizioni anglosassoni<sup>5</sup>. A questo riguardo Travi cita i noti casi di creazione giurisprudenziale, come la sentenza “Fagiolari” sull'atto paritetico<sup>6</sup>, oppure l'estensione del diritto di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, che lo stesso Mario Nigro aveva definito come un'operazione di brutta normazione giurisprudenziale<sup>7</sup>. In sostanza, secondo Aldo Travi il giudice finisce talora per sovrapporre addirittura la propria scala di valori a quella della norma legislativa, perché è convinto di un potere-dovere di trovare coerenza secondo la sua visione di giustizia più razionale.

Un esempio risalente emblematico dell'uso da parte del giudice amministrativo di norme pensate per contesti diversi è la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria, 10 marzo 1978, n. 10 sul regime del silenzio-inadempimento, che prende come riferimento normativo per inquadrare il fenomeno dell'inerzia della pubblica amministrazione una disposizione del Testo unico sugli impiegati civili dello Stato in tema di responsabilità personale del dipendente pubblico. Questa disposizione, con una generalizzazione non scontata, viene assunta come regola generale dell'azione amministrativa che consente, attraverso l'istituto della diffida e messa in mora, di formalizzare la situazione del silenzio<sup>8</sup>.

Un qualche avallo alla creatività della giurisprudenza amministrativa è stato offerto recentemente dalla Corte costituzionale che elaborato la nozione, per certi versi ossimorica, di “tassatività sostanziale” o di “interpretazione tassativizzante”. Ha infatti affermato che in alcuni ambiti la predeterminazione da parte del legislatore delle condizioni in presenza delle quali provvedimenti amministrativi possono essere disporre limitazioni a un diritto costituzionalmente garantito possa essere soddisfatta *“anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da*

---

<sup>5</sup> Cfr. A. TRAVI, *Il Consiglio di stato fra legislazione ed amministrazione*, Dir. pubbl., 2011, pag. 505 e seg.

<sup>6</sup> Cfr. Cons. St., V Sez., 1 dicembre 1939, n. 795, in *Foro amm.*, 1940, I p. 420 e seg. In sede dottrinale l'estensore della sentenza aveva posto le basi per il nuovo concetto di atto paritetico non soggetto al termine decadenziale di sessanta giorni per l'impugnazione innanzi al giudice amministrativo: cfr. G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, p. 308 e seg.

<sup>7</sup> Cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *AAVV, Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, p. 65

<sup>8</sup> Il caso è citato anche da Merusi nel suo contributo sul diritto giurisprudenziale.

*un certo grado di imprecisione”<sup>9</sup> . Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza “sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale”<sup>10</sup> .*

Così in materia di informativa antimafia la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha tipizzato una serie di situazioni indiziarie (per esempio, rapporti di parentela, o di frequentazione colleganza o amicizia, vicende anomale nella struttura e nella gestione, ecc.), enumerate come catalogo aperto e non già un *numerus clausus*, che costituiscono “spie” dell’infiltrazione mafiosa in un’impresa<sup>11</sup>.

Merita infine un accenno il noto dialogo tra giurisprudenza e dottrina che nel settore del diritto amministrativo è stato sempre assai intenso. Da un lato, la dottrina predispose schemi dai quali può attingere il giudice, individuando quello più adatto alla situazione anche in una visione prospettica di lungo periodo; dall’altro, molti giudici diventano in qualche modo dottrina attraverso saggi e articoli pubblicati su riviste scientifiche<sup>12</sup>. Nel dare atto di questa tradizione una sentenza risalente dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato definisce il diritto amministrativo come un diritto composto da norme di legge, ma anche da “*principi che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema*”<sup>13</sup>. Entrambi i poli, giurisprudenza e dottrina, hanno dunque la capacità di plasmare e affinare i principi, in una visione di sistema, realizzando l’ideale della dogmatica nel quale in passato si credeva probabilmente più di oggi.

### **3. I materiali preparatori della legge**

Se questo è, sommariamente, il rapporto tra giudice amministrativo e legge, allora anche i materiali preparatori della legge assumono rilevanza, anche se necessariamente meno decisiva di quello del testo legislativo approvato dal Parlamento.

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa segue i principi che la Corte di cassazione ha indicato in tema di materiali preparatori<sup>14</sup>. er la Corte di cassazione vale il principio, più volte

---

<sup>9</sup> Cfr. Corte costituzionale, 6 marzo 2019, n. 24.

<sup>10</sup> Cfr. Corte costituzionale, 26 marzo 2020, n. 57.

<sup>11</sup> Il riferimento è soprattutto alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

<sup>12</sup> Cfr. A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 215, n. 691 e seg. il quale peraltro auspica che la dottrina “*recuperi autorevolezza e capacità di dialogo con la giurisprudenza*”.

<sup>13</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3

<sup>14</sup> Cfr. in particolare Cons. St., Sez. III, 16 novembre 2021, n. 7618 che cita Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1995, n. 2230 secondo la quale: “*la Corte non intende modificare il principio, più volte enunciato, in forza del quale la volontà emergente dai lavori preparatori non può sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge (quale*

enunciato, in forza del quale la volontà emergente dai lavori preparatori non può sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge (quale emerge del suo campo letterale e logico). Pertanto, i lavori parlamentari possono essere utilizzati soltanto quando, unitamente ad altri criteri interpretativi ed elementi di valutazione emergenti dalla norma, sono idonei a chiarire la portata di una disposizione legislativa ambigua. In definitiva, il giudice civile, così come il giudice amministrativo, non usa mai i lavori preparatori come criterio ermeneutico fondamentale, ma per lo più a integrazione di altri criteri più tradizionali, come l'interpretazione letterale e logica.

Nella giurisprudenza amministrativa il riferimento ai lavori preparatori si rinviene sia con riguardo a norme di principio di carattere sistemico e generale, sia in relazione a disposizioni occasionali come gli emendamenti puntuali a leggi precedenti.

Quanto al primo tipo di riferimenti, si può citare, per esempio, la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 29 luglio 2011, n. 15, sull'azione di accertamento – che aprì la strada all'indomani del codice del processo amministrativo all'atipicità delle azioni. La sentenza contiene un espresso riferimento ai lavori preparatori al codice sul sistema delle azioni e in particolare alla spiegazione del perché una disposizione espressa sull'azione di accertamento proposta dalla commissione che aveva elaborato la bozza di articolato fu poi espunta in sede di approvazione del decreto legislativo. Un altro esempio più recente è una sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana del 7 aprile 2022, n. 436, che nell'interpretare l'art. 82, comma 1, c.p.a. sull'istanza di fissazione di udienza decorsi cinque anni e sull'obbligo di doppia firma, richiama anche i lavori preparatori del codice. In quest'ultimo caso la sentenza utilizza peraltro i lavori a supporto di argomentazioni a illustrazione di disposizioni il cui dato letterale è in realtà già assai chiaro e univoco.

Un maggior uso dei lavori preparatori si ha, come anticipato, in relazione a leggi specifiche, puntuali, d'occasione, specie se di recente emanazione. In relazione ad esse è frequente la ricerca di una *ratio* delle modifiche proposte e poi approvate negli interventi nei dibattiti parlamentari, in particolare dei relatori del testo, volti a illustrare, prima della votazione, il senso della disposizione proposta, i quali, dunque, acquistano un peso rilevante anche nella fase di interpretazione delle norme.

---

*emerge dal suo dato letterale e logico), ma soltanto affermare l'utilizzabilità dei lavori parlamentari, quando, come nella specie, essi, unitamente ad altri canoni interpretativi ed elementi di valutazione emergenti dalla norma stessa, siano idonei a chiarire la portata di una disposizione legislativa di cui appaia ambigua la formulazione".*

Per esempio, in tema di concessioni di servizi locali nel settore del gas, una sentenza, per dimostrare una certa tesi, fa riferimento, con ampi stralci testuali di decine di righe, agli interventi dei deputati, ai lavori parlamentari e alle relazioni di voto finali di alcuni parlamentari (Cons. St., Sez. V, 19 luglio 2005, n. 3817). In materia di leggi elettorali sulle elezioni comunali poi alcune micro-modifiche sono state interpretate alla luce degli interventi in sede di approvazione del testo normativo (Cons. St., Sez. III, 4 giugno 2021, n. 4294). Ancora, in un altro caso, in materia di condono, per interpretare una disposizione specifica sulla quale era stata posta la questione di fiducia si dà rilevanza alla illustrazione del senso dell'emendamento proposto dal governo (Cons. St., Sez. VI, 30 dicembre 2021, n. 8734). In queste sentenze, i lavori preparatori svolgono dunque una funzione utile, in linea però con l'insegnamento della Corte di cassazione.

#### **4. Altri tipi di materiali**

Se si allargasse il tema includendo anche i materiali successivi alla legge, la gamma degli atti da considerare sarebbe ancora più ampio. In giurisprudenza si trovano infatti numerosi riferimenti a circolari interpretative, alle linee guida dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (per esempio sulla quantificazione delle sanzioni in base ai parametri contenuti nella legge n. 287/1990) e ad altri materiali successivi, tra i quali per esempio le stesse linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) illustrative di disposizione del Codice dei contratti pubblici come l'art. 80 relativo ai casi di esclusione dalla procedura.

Limitando l'analisi ai materiali antecedenti, si rinviene talora il riferimento da parte del giudice amministrativo ai "considerando" delle direttive europee, i quali costituiscono un importante punto di riferimento per l'integrazione e l'interpretazione delle disposizioni in esse contenute. Del resto, nel diritto europeo, i "considerando" sono considerati anch'essi, al pari dell'articolo, dotati di forza normativa.

Un altro elemento utilizzato, sebbene raramente, sono le segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza del mercato che in alcuni casi trovano poi seguito in interventi legislativi del Parlamento che le recepiscono. Del resto, appare naturale che le segnalazioni dell'Autorità possano essere considerate un sussidio particolarmente utile a fini interpretativi proprio perché da esse ha tratto origine la disposizione di legge da interpretare.

Un caso posto allo scrutinio del Consiglio di Stato riguardava, per esempio, l'interpretazione di norme sul divieto di installare erogatori di carburanti automatici senza personale addetto. La sentenza fa riferimento a una segnalazione dell'Autorità che sollecitava una modifica legislativa (Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2015, n. 931). Un altro caso riguardava un bando di gara che riproduceva sostanzialmente il testo di una legge regionale. Quest'ultima consentiva l'affidamento senza gara di certi servizi a enti senza scopo di lucro e in proposito la sentenza richiama una segnalazione dell'Autorità secondo la quale anche gli enti senza scopo di lucro possono essere considerati imprese, e quindi non possono essere esentati dall'applicazione delle regole generali sugli affidamenti con gara (Cons. St., Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6262). La casistica non è comunque molto ampia.

Quanto alle linee guida dell'Anac esse sono richiamate, come già anticipato, come sussidio all'interpretazione di disposizioni del Codice dei contratti pubblici. Là dove, come nel caso del diritto di accesso generalizzato, la stessa legge rinvia espressamente alle linee guida Anac per individuare con maggior precisione i casi di esclusione, il richiamo a esse operato dalle sentenze vale in realtà come rinvio a una fonte normativa attuativa della legge<sup>15</sup>.

Infine, in astratto, tra i materiali della legge si potrebbe considerare anche il metodo dell'analisi di impatto della regolazione<sup>16</sup>. Tuttavia nel sistema giuridico italiano, almeno secondo le leggi vigenti, solo i disegni di legge richiedono un'analisi di impatto della regolazione, che tra l'altro spesso viene svolta in modo sommario.

Al contrario, nel diritto europeo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea dedica ampio spazio alla *impact assesment analysis* nel valutare la proporzionalità di misure contenute in atti normativi<sup>17</sup>. Non vi è tuttavia corrispondenza con il ruolo del giudice amministrativo italiano, perché la valutazione da parte della Corte di Giustizia circa la proporzionalità di una norma contenuta in una direttiva sembra assimilabile al giudizio di proporzionalità e di ragionevolezza delle leggi che spetta nel nostro ordinamento alla Corte costituzionale. Dunque, fintanto che il sistema normativo non estenderà il campo di applicazione dell'analisi d'impatto della regolazione, il metodo continuerà ad avere scarso spazio.

---

<sup>15</sup> Cfr. Delibera dell'Anac n. 1309/2016 contenente Linee guida adottate ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 6, del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33.

<sup>16</sup> Sul tema cfr. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011. Nicoletta Rangone (Autore)

<sup>17</sup> Cfr. J. NOWAG-X. GROUSSOT, *From better regulation to better adjudication? Impact Assessment and the Court of Justice's review*, in Lund University Legal Research Paper Series, n. 1/2017 per la casistica.

Peraltro il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha sottolineato più volte l'importanza di questi strumenti con riferimento agli atti di regolazione delle autorità indipendenti<sup>18</sup>. In realtà gli atti di regolazione, per quanto costituiscano una fonte di disciplina contenutisticamente spesso molto più rilevante delle disposizioni di legge che ne costituiscono il fondamento, che si limitano a porre disposizioni di principio e criteri generali, sono pur sempre fonti sub-legislative e quindi a rigore non rientrano direttamente nel tema dei materiali della legge.

In conclusione i materiali della legge, intesi come quelli antecedenti alla disposizione da interpretare, rivestono nel processo amministrativo un ruolo analogo a quello svolto nel processo civile. Ma poiché le leggi amministrative, a differenza di quelle civili, sono spesso frammentarie e frutto di interventi legislativi estemporanei, l'utilizzo da parte del giudice amministrativo dei lavori preparatori avviene con maggior frequenza.

**Marcello Clarich**

Ordinario di diritto amministrativo  
Sapienza Università di Roma

Pubblicato il 22 settembre 2022

---

<sup>18</sup> Cfr. G. CORSO-M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo – una introduzione*, Bologna, 2022, pag. 165 in particolare nota 152 per i riferimenti normativi.

## Piano integrato di attività e organizzazione

---

D.P.R. 24 giugno 2022, n. 81

Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione - *GU 30 giugno 2022, n. 151*

(omissis)

Decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, 30 giugno 2022, n. 132

Regolamento in materia di Piano integrato di attività e organizzazione, di cui all'art. 6, comma 6, D.L. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2021, n. 113 - *GU 7 settembre 2022, n. 209*

(omissis)

## La nuova pianificazione integrata dell'attività e dell'organizzazione amministrativa

di Claudia Tubertini

Con l'approvazione del D.P.R. 24 giugno 2022, n. 81 e del Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione n. 132/2022, si è finalmente completata la cornice normativa del nuovo "Piano integrato di attività e organizzazione" (PIAO), inserito all'interno delle riforme orizzontali previste dal PNRR e disciplinato da uno dei primi e più significativi dei suoi decreti attuativi (D.L. n. 80/2021). La stesura di questi provvedimenti è stata accompagnata da notevoli incertezze e ha alimentato numerosi dubbi ed obiezioni, specie da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva, che hanno portato il Governo a scelte più prudenti rispetto all'iniziale prospettiva di abrogazione di interi settori di legislazione. Il risultato è quello di una disciplina normativa che lascia tuttora aperti interrogativi importanti sulla fattibilità, ma anche sui rischi, sui limiti e sulle opportunità di una pianificazione unitaria ed integrata del vasto insieme di obiettivi e misure su cui si reggono l'attività e l'organizzazione di ciascuna Pubblica Amministrazione.

*With the approval of Presidential Decree 81 of 24 June 2022 and the Decree of the Minister for Public Administration n. 132/2022, it has finally been completed the regulatory framework of the new "Integrated Plan of Activities and Organization" (PIAO), one of the "horizontal" reforms established by the PNRR and provided by one of the first and most significant of its implementing decrees (d.l. 80/2021). The drafting of these measures has been accompanied by considerable uncertainties and has raised numerous doubts and objections, especially from the consultative section of the Council of State, which have led the Government to a more prudent direction than the initial prospect of repealing entire areas of legislation. The result is a regulation that still poses important questions not only about feasibility, but even about risks, limits and opportunities of a unitary and integrated planning of the vast set of objectives and measures upon which the activity and the organization of each Public Administration are based.*

### La nuova pianificazione integrata nel contesto delle riforme della P.A.

Tra i provvedimenti sinora adottati per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, il D.L. n. 80/2021, convertito con modificazioni nella L. n.

113/2021, recante "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)", ha come filo conduttore la riforma della Pubblica

Amministrazione (1). Si tratta di un intervento molto ampio ed incisivo, con un Capo I dedicato alla previsione di nuove modalità di reclutamento, di valorizzazione del personale e di riconoscimento del merito attraverso una riforma del sistema delle progressioni ed il rilancio della formazione: obiettivi destinati a tradursi in azioni articolate lungo tutto l'arco temporale di attuazione del PNRR, secondo un processo di riforma *in progress* che accomuna molti dei decreti-legge sinora adottati (2). In questo contesto è stato introdotto il Piano integrato di attività e organizzazione - PIAO (art. 6), nuovo strumento programmatico che intende convogliare, in un unico atto, una pluralità di piani previsti dalla normativa vigente a carico delle Pubbliche Amministrazioni.

Al nuovo strumento di pianificazione il legislatore ha assegnato obiettivi molto ambiziosi, che toccano quasi tutti gli aspetti essenziali dell'azione amministrativa: il piano dovrebbe infatti, al contempo, assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa; migliorare la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese; procedere alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi anche in materia di diritto di accesso. La realizzazione dei predetti obiettivi viene perseguita, in primo luogo, mediante l'unificazione in un unico atto dell'insieme dei diversi obiettivi sinora assegnati a distinti atti di pianificazione e programmazione, a fine di favorirne una definizione contestuale e coordinata (di qui la denominazione, per l'appunto, del nuovo piano come piano "integrato"); in secondo luogo, con la semplificazione degli adempimenti programmatici già esistenti (a ciò allude il riferimento ai "piani assorbiti" ed alla conseguente "abrogazione" dei relativi adempimenti); ed infine, mediante l'introduzione di un sistema di valutazione delle prestazioni delle Pubbliche Amministrazioni maggiormente orientato sulla misurazione dei

risultati ottenuti tramite la rilevazione dell'impatto sugli utenti e del loro grado di soddisfazione (c.d. valore pubblico).

La legge non indica i piani assorbiti, ma elenca contenuti obbligatori del PIAO, facendo così intendere già la pluralità e la multiformità di temi ed aspetti che il nuovo piano è chiamato a trattare. In questo elenco compaiono, per il vero, quasi tutti gli oggetti dell'attuale programmazione amministrativa, ad esclusione di quella più prettamente finanziaria: da quelli di macro-organizzazione (come gli obiettivi programmatici e strategici della *performance*, la strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, le misure di trasparenza e prevenzione della corruzione) a quelli più specificamente legati alla gestione del personale (reclutamento di nuove risorse e valorizzazione delle risorse interne, obiettivi formativi annuali e pluriennali (3), lavoro agile, azioni per la parità di genere (4)), sino a comprendere misure legate alla semplificazione amministrativa (elenco delle procedure da semplificare e reingegnerizzare ogni anno (5) e pianificazione delle attività di misurazione dei tempi effettivi di completamento delle procedure) e persino misure volte a garantire l'accesso fisico e digitale da parte dei cittadini ultrasessantacinquenni e dei cittadini con disabilità.

A questa ampia estensione oggettiva corrisponde, sul piano soggettivo, una scelta in parte diversa. Il nuovo piano è infatti adempimento obbligatorio per tutte le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, ad esclusione espressa delle scuole di ogni ordine e grado e delle altre istituzioni educative. Si tratta di un perimetro assai ampio di soggetti pubblici, che non include però alcuni enti ed amministrazioni pubbliche non incluse nell'elenco del TUPI (6) nonché quelle figure soggettive di diritto privato il cui controllo pubblico ha, per alcuni dei piani certamente destinati ad essere assorbiti dal PIAO, giustificato l'estensione di alcuni importanti

(1) Sulla riforma dell'amministrazione nel contesto dell'attuazione del PNRR, v. L. Fiorentino, *Il piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in questa *Rivista*, 2021, 6, 689 ss.; G. D'Alessio, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, in *REALA (Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica)*, 2022, 109 ss.

(2) Per un commento al decreto si rinvia ai contributi contenuti nel fascicolo 1 del 2022 di questa *Rivista*.

(3) I quali devono essere finalizzati "ai processi di pianificazione secondo le logiche del project management, al raggiungimento della completa alfabetizzazione digitale, allo sviluppo delle conoscenze tecniche e delle competenze trasversali e manageriali e all'accrescimento culturale e dei titoli di studio del personale, correlati all'ambito d'impiego e alla progressione di carriera del personale" (art. 6, comma 2, lett. b).

(4) Che deve anche includere regole sulla composizione delle commissioni di concorso (comma 2, lett. g).

(5) Processo che, secondo il legislatore, significa "fare ricorso alla tecnologia", anche per la misurazione dei tempi, ma va fatto "sulla base della consultazione degli utenti" (comma 2, lett. e).

(6) Cfr. ANAC, Piano nazionale anticorruzione 2022-2024 - Schema in consultazione, 24 giugno 2022, che individua quali amministrazioni ed enti che non adottano il PIAO, oltre alle già menzionate istituzioni scolastiche ed educative, gli enti pubblici economici, comprese l'Agenzia del demanio e l'Agenzia delle entrate - riscossione; gli ordini professionali (in assenza di una qualificazione legislativa che consenta di ricondurli all'elenco di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001); le Autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.

adempimenti programmatori (si pensi, in primo luogo, a quelli per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (7)). La riforma, quindi, nasce in partenza come destinata a convivere con il sistema previgente per una serie di amministrazioni, il cui perimetro è peraltro destinato a chiarirsi solo in sede applicativa, stante le note incertezze che ruotano attorno alla definizione di amministrazioni pubbliche dettata dal TUPI.

Regole specifiche sono poi previste per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti. Sul punto, evidentemente, il legislatore doveva aver pensato dapprima ad una esclusione dall'ambito di applicazione della riforma (così pare dal tenore letterale del comma 1), salvo poi optare per la redazione di un piano semplificato, come meglio specificato in un decreto Ministro della Pubblica Amministrazione a cui è conferito il compito di definire, d'intesa con la Conferenza Unificata, un "Piano tipo" che la legge definisce "strumento di supporto alle amministrazioni". Anche questi enti "minori", pertanto - ivi compresi gli enti locali sotto i 15.000 abitanti, destinatari di una specifica previsione relativa alle modalità di attuazione del PIAO (8) - sono tenuti ad adottare il nuovo piano. Solo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale l'adozione del PIAO passa attraverso l'adeguamento dei rispettivi ordinamenti regionali ai principi dell'art. 6, D.L. n. 80/2021 ed ai contenuti del Piano tipo (su questa eccezione, introdotta dal successivo D.L. n. 36/2022, si tornerà oltre).

Il Piano e i relativi aggiornamenti vanno pubblicati entro il 31 gennaio di ogni anno (salvo il primo, che è stato posticipato al 30 giugno 2022 (9)), pubblicati nel sito internet istituzionale ed inviati al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri per la pubblicazione sul relativo portale. La mancata adozione del Piano è corredata da specifiche sanzioni: la legge prevede infatti l'applicazione al nuovo piano delle sanzioni già

previste dall'art. 10, comma 5, D.Lgs. n. 150/2009 (mancata adozione del piano della *performance*) e dall'art. 19, comma 5, lett. b), D.L. 24 giugno 2014, n. 90 (mancata adozione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione e la trasparenza (PTPCT) e dei codici di comportamento).

## Il ruolo delle fonti secondarie ed il difficile completamento della disciplina

Per il completamento della disciplina del PIAO, il legislatore ha previsto due fondamentali strumenti attuativi, ai quali ha attribuito il vero e proprio fulcro dell'intervento riformatore. La semplificazione mediante abrogazione degli adempimenti vigenti e l'individuazione dei piani assorbiti è stata affidata infatti ad uno o più regolamenti di delegificazione ai sensi dell'art. 17, comma 2, L. 23 agosto 1988, n. 400, da adottarsi previa intesa in sede di Conferenza unificata, mentre l'individuazione della struttura e dei contenuti del piano, sia nella sua forma ordinaria che in quella semplificata, e dunque anche l'integrazione tra gli obiettivi di riforma, la modifica del sistema di valutazione, l'attuazione dei nuovi obiettivi del PIAO, sono stati delegati ad un (solo) Decreto Ministeriale (Ministro per la P.A., di concerto con il Ministro dell'economia e finanze), da adottarsi anch'esso previa intesa in Conferenza Unificata. La disciplina di fonte primaria, pur dettata in un decreto-legge, è stata quindi sin dall'origine concepita come non esaustiva né autoapplicativa (10): nonostante ciò, e nonostante la complessità e importanza dei contenuti dei citati atti di completamento del quadro normativo, si è previsto un termine di sessanta giorni per la loro adozione, in modo che l'approvazione del primo PIAO da parte di ciascuna pubblica amministrazione potesse avvenire già entro il 31 dicembre del 2021. L'osservazione critica diffusa - meglio sarebbe stato rinviare l'adozione del PIAO di un anno, dando

(7) Secondo l'interpretazione suggerita dall'ANAC nel già citato aggiornamento del PNA in corso di approvazione, continueranno ad essere sottoposti alla programmazione di misure di prevenzione della corruzione e di attuazione della trasparenza integrative del "modello 231", ove adottato, ovvero di un documento che tiene luogo del Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza, le società in controllo pubblico, anche congiunto e anche indiretto, escluse le società quotate, e le associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, in possesso dei requisiti di cui all'art. 2-bis, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 33/2013.

(8) Con una disposizione inserita in sede di conversione, si è previsto che questi enti - i quali dovrebbero per lo più ricadere anche nella fascia destinataria del PIAO "semplificato" - provvedano al monitoraggio dell'attuazione della nuova disciplina e al monitoraggio delle *performance* organizzative "anche attraverso

l'individuazione di un ufficio associato tra quelli esistenti in ambito provinciale o metropolitano, secondo le indicazioni delle Assemblee dei sindaci o delle Conferenze metropolitane" (comma 8). Non pare quindi una indicazione vincolante, ma meramente ottativa quella di affidare ad un ufficio associato (che in base al contenuto della norma sembrerebbe poter essere anche un ufficio della Provincia o della Città metropolitana) queste funzioni di programmazione, che comunque, per i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, dovrebbero già essere obbligatoriamente svolte in forma associata in Unione o convenzione tra i comuni ai sensi dell'art. 14, comma 27, D.L. n. 78/2010 (essendo l'attività di programmazione funzione di amministrazione generale).

(9) D.L. 30 aprile 2022, n. 36, art. 7.

(10) Ai sensi dell'art. 15, comma 3, L. n. 400/1988, i decreti-legge devono contenere misure "di immediata applicazione".

effettivamente il tempo alle amministrazioni di costruire modelli di pianificazione frutto di reali analisi e riflessioni interne! - e le difficoltà incontrate nella stesura dei citati decreti hanno poi costretto il legislatore a ritornare più volte sia sul loro termine di adozione (posticipato dapprima al 31 marzo, poi al 30 giugno 2022), sia sul termine per l'approvazione del PIAO in via di prima applicazione, posticipato dapprima al 30 aprile, poi al 30 giugno 2022, specificando la sospensione fino al predetto termine anche delle sanzioni previste per la mancata adozione dei piani assorbiti, nonché a fissare al 31 gennaio il termine ordinario per l'adozione del PIAO.

In effetti, il primo schema di D.P.R. (per lungo tempo circolato con la provvisoria definizione di "DPR abrogazioni") e la bozza di D.M. contenente le Linee guida per la compilazione del PIAO hanno ottenuto una intesa condizionata in Conferenza Unificata solo il 9 febbraio 2022, dopo un'intensa attività istruttoria che ha tenuto conto anche dei numerosi rilievi espressi da Regioni, enti locali, enti ed aziende del Servizio Sanitario nazionale. Ma si è trattato solo di un primo, e del tutto provvisorio, traguardo, posto che il Consiglio di Stato, chiamato in sede consultiva ad esaminare lo schema di regolamento, ha formulato numerosi rilievi critici e chiesto che venisse sottoposto a parere obbligatorio anche lo schema di D.M., considerata la certa natura normativa dei suoi contenuti (Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, decisione n. 506/2022).

Con un parere di particolare profondità e chiarezza (11), il Consiglio di Stato ha anzitutto stigmatizzato la tecnica utilizzata dal legislatore, sia quanto all'uso improprio del regolamento di delegificazione, chiamato ad abrogare anziché a sostituire con fonte secondaria norme di fonte primaria, ed in più limitato a poche abrogazioni e di non chiaro ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo, sia quanto all'uso improprio del decreto ministeriale, i cui contenuti sostanzialmente normativi cozzano con la sua dichiarata funzione orientativa. La critica si è appuntata, anzitutto, sulla stessa norma primaria, rea di aver scelto uno strumento (il regolamento di delegificazione) "non per recare la 'disciplina di una materia' (come recita la legge n. 400 del 1988) trasferita dalla fonte primaria a quella secondaria, ma per l'unica finalità di disporre abrogazioni (che peraltro si

riferiscono, nel caso di specie, non a normative ma ad 'adempimenti', con un ambito ampio, ma non omnicomprendente, di destinatari)"; ma anche sulla scelta del Governo di caricare di numerosi e rilevanti contenuti (in sostanza, l'intera *pars costruens* della nuova disciplina del PIAO) una fonte di rango terziario (il decreto ministeriale), senza l'indicazione delle norme generali regolatrici della materia che l'art. 17, comma 2, L. n. 400/1988 vorrebbe operata dalla legge di delegificazione, ed anzi, approfittando della natura ambivalente ad esso attribuita dalla stessa fonte primaria: da un lato "decreto 'a supporto delle amministrazioni', che sembrerebbe non essere vincolante e, a queste condizioni, non possedere valore normativo"; dall'altro, decreto che dispone, tra l'altro, anche la definizione di modalità semplificate per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti, e pertanto, "con contenuti necessariamente normativi".

In effetti, sin dall'apparire dei primi schemi è risultata evidente, da un lato, la particolare tecnica abrogativa prescelta, volta a eliminare i principali (ma certo non tutti (12)) i riferimenti normativi ai piani vigenti e a modificare alcune norme primarie con l'inserimento del nuovo piano, ma senza disciplinarne i contenuti, rinviati *in toto* al decreto ministeriale; dall'altro, la rilevanza attribuita al decreto ministeriale, strutturato come un vero e proprio articolato normativo dettante prescrizioni, anche integrative, sui contenuti del nuovo Piano, espressamente qualificate come vincolanti per tutte le amministrazioni (e non solo quelle con meno di 50 dipendenti) (art. 1), in cui le linee guida per la compilazione del piano (quello che, per la norma primaria, doveva essere invece l'oggetto del decreto, ovvero, il "Piano tipo"), diventano un allegato. Era inevitabile, quindi, che il Consiglio di Stato cogliesse l'occasione per stigmatizzare l'utilizzo improprio del regolamento di delegificazione, già avvenuto in passato ma in questo caso oggetto di torsione ulteriore, e contestasse anche l'assenza dell'AIR, motivata con una clausola di stile, laddove l'impatto diretto e indiretto dell'operazione era invece prevedibilmente imponente.

Quanto al decreto ministeriale, il Consiglio di Stato, seguendo il consolidato approccio sostanziale utilizzato nell'individuazione della natura normativa o amministrativa degli atti governativi, ha optato per

(11) Su questo parere e, più in generale, sull'importante ruolo svolto dal Consiglio di Stato sui più diversi versanti della qualità della normazione secondaria, G. Napolitano, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR*, in questa *Rivista*, 2022, 2, 153 ss.

(12) Come rilevato anche dal Consiglio di Stato, il regolamento si limita(va) ad "abrogare quanto appare chiaramente inutile", mentre invece la logica avrebbe dovuto essere quella - inversa - di "conservare soltanto ciò che è davvero indispensabile" per migliorare il servizio per i cittadini e le imprese.

la sua qualificazione come vero e proprio regolamento, chiedendone la conseguente sottomissione formale a parere: ed anche in tal caso, formulando numerosi rilievi critici (Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, decisione n. 902/2022). È al decreto, infatti, che è stato demandato il compito di integrare, anzi sostanzialmente comporre, le scarse indicazioni offerte dall'art. 6, D.L. n. 80/2021 in merito alle finalità da perseguire e le stesse norme generali regolatrici del PIAO, con una ulteriore, importante deviazione dalla gerarchia delle fonti che riserverebbe alla fonte primaria questi oggetti.

## **L'impostazione definitiva del d.P.R.: nessuna "abrogazione", ma "soppressione di adempimenti"**

Il percorso appena descritto, che ha condotto alla definitiva approvazione del d.P.R. e del D.M. quasi allo scadere dell'ultimo termine previsto per la loro adozione, ha fortemente inciso sui loro contenuti finali.

Le modifiche principali hanno riguardato il d.P.R., del quale si è radicalmente modificato l'oggetto: non più l'abrogazione, ma solo "l'individuazione" degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal PIAO, adempimenti che "sono soppressi", ma per le sole amministrazioni tenute alla redazione del nuovo piano. La disciplina previgente, quindi, resta salva, ma dichiarandone soppressi i contenuti prescrittivi per le amministrazioni assoggettate al PIAO, se ne circoscrive l'efficacia a quelle escluse dalla riforma. Si tratta chiaramente di una soluzione volta a superare i giusti rilievi del Consiglio di Stato (un'abrogazione generalizzata avrebbe eliminato i piani per tutte le amministrazioni!), non potendosi utilizzare la via maestra, quella della delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione dei vecchi piani mediante modifica delle norme primarie che li disciplinano. Il risultato non appare però del tutto in linea con le ambizioni di semplificazione da cui si era partiti: si sono evitati gli effetti negativi del ricorso all'istituto

dell'abrogazione, come tale valevole *erga omnes*, di norme relative ai Piani assorbiti nel PIAO, con le incertezze che ne sarebbero derivate in merito alla sopravvivenza di questi Piani per i soggetti che sono esonerati espressamente o potranno essere esonerati in via interpretativa dalla sua adozione; per converso, non si è modificata né eliminata nessuna norma primaria (13), adottando in aggiunta un regolamento difficilmente inquadrabile nelle categorie previste dall'art. 17, L. n. 400/1988 (non di delegificazione in senso proprio, ma nemmeno attuativo/integrativo, se non in minima parte (14)), a conferma della crisi conclamata del citato articolo (15). In tal modo, l'ambiguità del testo normativo (dove si parla impropriamente di "abrogazione di adempimenti") è stata utilizzata, infine, non per abrogare norme, ma solo, appunto, per "sopprimere", con altrettanta ambiguità, "adempimenti", da ritenersi sostituiti dalla nuova disciplina del PIAO. Del resto, la soluzione alternativa dell'abrogazione delle norme primarie e della previsione di una loro parziale ultrattività solo per gli enti non oggetti al PIAO era stata ritenuta dallo stesso Consiglio di Stato non commendevole, in generale, nell'ordinato svolgimento del rapporto tra fonti normative (16).

Guardando la lista degli adempimenti soppressi, si rileva una non perfetta corrispondenza con l'elenco degli oggetti della nuova pianificazione integrata. Manca, in particolare, il riferimento al piano per la formazione del personale previsto dall'art. 7-bis, D.Lgs. n. 165/2001, che si è evidentemente deciso di mantenere in vita come piano separato, e che dovrà quindi essere coordinato, per le amministrazioni tenute alla sua adozione (17), con la parte del PIAO dedicata alla definizione degli obiettivi formativi annuali e pluriennali. I piani assorbiti restano, comunque, molti e variegati, ed a questi potranno aggiungersene altri, visto che si è recepito il suggerimento del Consiglio di Stato di introdurre un meccanismo di monitoraggio, a carico del Dipartimento della funzione pubblica e dell'ANAC, sull'effettiva utilità degli adempimenti richiesti dai piani non inclusi nel PIAO, all'esito della

(13) Con la sola eccezione dell'art. 169, comma 3-bis, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, terzo periodo, che viene soppresso (da intendersi, in tal caso, come abrogato: art. 1, comma 4), e sostituito dalla disposizione dell'art. 2, comma 1 del regolamento (per gli enti locali, il piano dettagliato degli obiettivi ed il piano della *performance* non sono più unificati organicamente nel PEG, ma assorbiti nel PIAO).

(14) Una disposizione integrativa è quella prevista all'art. 2, comma 2 del regolamento, in base alla quale, ai fini di cui all'art. 35, comma 4, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, le amministrazioni, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie e gli enti pubblici non economici statali inviano il piano dei fabbisogni di cui all'art. 6 del

medesimo decreto legislativo ovvero la corrispondente sezione del PIAO, al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato per le necessarie verifiche sui relativi dati.

(15) Così G. Tarli Barbieri, *Se la qualità della legislazione è presa sul serio ... Note sparse su un recente parere del Consiglio di Stato su un "anomalo" regolamento in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 1, 310.

(16) Cfr. Parere n. 506/2022, par. 5.

(17) Tutte le amministrazioni, con l'eccezione delle Università e degli enti di ricerca.

quale provvedere alla individuazione di eventuali ulteriori disposizioni incompatibili con la disciplina introdotta (art. 3) (18).

Il regolamento conferma la scelta di assorbire nel PIAO, oltre al Piano della Performance (19) ed ad altri piani settoriali (20), il PTCPT, andando oltre il già previsto coordinamento tra quest'ultimo e il piano della Performance: è questa, senz'altro, la scelta che sin dal principio ha sollevato le maggiori perplessità, tra chi ha paventato il rischio di un ridimensionamento del ruolo dell'ANAC, facendo perdere alle amministrazioni un interlocutore istituzionale importante per il consolidamento della cultura dell'etica pubblica (21), e chi ha più pragmaticamente rilevato la difficoltà, se non l'impossibilità di immaginare come un *unicum* piani volti alla realizzazione di obiettivi e piani volti alla protezione da rischi, schiacciando così le esigenze di protezione sugli obiettivi (e intorno a questi) (22). È senz'altro vero che il PTCPT, sebbene ispirato a obiettivi di buona amministrazione, è incentrato sulla mappatura dell'attività amministrativa per rischi corruttivi in uno con l'indicazione di misure per prevenirli, e per questo - oltre alla circostanza che, come già detto, esso rimarrà come piano separato e distinto per un'ampia congerie di enti - avrebbe potuto mantenere una propria autonomia. È anche vero, tuttavia, che è lo stesso PNRR - se ne condivide o meno questa impostazione (23) - ad aver dato al Governo un chiaro mandato ad "evitare che alcune norme nate per contrastare la corruzione impongano alle amministrazioni pubbliche e a soggetti privati di rilevanza pubblica oneri e adempimenti troppo pesanti". In questo contesto, sarebbe apparso difficile, nel momento in cui si è scelto di

intervenire sull'attività di programmazione, non ripensare il PTCPT, principale dispositivo di prevenzione della corruzione (24).

### Il vero *punctum dolens*: il D.M. ed i contenuti effettivi del PIAO

L'attenzione, dunque, deve necessariamente spostarsi sulla disciplina sostanziale del nuovo Piano dettata, come già anticipato, dal Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione, al fine di poter verificare in che misura la struttura ed i contenuti previsti per il PIAO corrispondano alle invocate esigenze di integrazione tra obiettivi programmatici e relative misure, semplificazione, celerità, valore pubblico.

La versione definitiva del decreto (25) non sembra, per la verità, differire molto dall'originario schema formulato dal Governo, se non per la (ora chiara ed espressa) qualificazione come "Regolamento" e per l'inserimento di un nuovo articolo dedicato - seguendo lo specifico suggerimento del Consiglio di Stato - a garantire l'adeguata formazione e qualificazione al personale delle amministrazioni pubbliche preposto alla redazione del Piano. Quest'ultimo risulta strutturato in distinte sezioni e sottosezioni che, come descritte, rinviano espressamente a soggetti diversi quanto a predisposizione e a monitoraggio, oltre ad alludere a effetti diversi. Così, ad esempio, la sezione intitolata "Valore pubblico, performance ed anticorruzione" (art. 3) è a sua volta ripartita in sottosezioni, corrispondenti a distinti plessi normativi ed anche a differenti soggetti responsabili (la sezione *performance* continua ad essere

(18) Sul punto, il suggerimento del Consiglio di Stato era stato ancor più netto: priorità assoluta al monitoraggio, inteso come servizio resto "all'esterno" della P.A., "anche a costo di sopprimere, con maggiore convinzione, gli adempimenti che, alla luce del monitoraggio, non riveleranno alcuna utilità pratica (e che ad oggi, invece, non sono ancora oggetto di abrogazione ai sensi del d.P.R.): a tal fine, il lavoro qui suggerito dovrà avere anche un ritorno sul piano delle abrogazioni esplicitate" in modo tale da poter "attuare davvero quella costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi" voluta dal legislatore, e inserita nel PNRR" (Parere n. 506/2002, par. 4.4).

(19) Art. 10, comma 1, lett. a), e 1-ter, D.Lgs. n. 150/2009.

(20) Si tratta, come già era evincibile dall'art. 6, D.L. n. 80/2021, del Piano dei fabbisogni di personale (art. 6, commi 1, 4 e 6, D.Lgs. n. 165/2001), del Piano organizzativo del lavoro agile (art. 14, comma 1, L. n. 124/2015), del Piano di azioni positive (art. 48, comma 1, D.Lgs. n. 198/2006), del Piano per razionalizzare l'utilizzo delle dotazioni strumentali, anche informatiche, che corredo le stazioni di lavoro nell'automazione d'ufficio (art. 2, comma 594, lett. a, L. n. 244/2007), ed infine, del (mai applicato) Piano delle azioni concrete (art. 60-bis, D.Lgs. n. 165/2001).

(21) A. Corrado, *La moda dell'anticorruzione. Le scelte del PNRR a dieci anni dai primi provvedimenti*, in *Corriere della Sera*, 22 novembre 2021.

(22) Come rileva E. Carloni, in E. Carloni - A. Nieli, *Bagliori al tramonto. I piani di prevenzione della corruzione tra contrasto della criminalità e assorbimento nel piano integrato*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 149, "la logica di protezione e prevenzione opera a 360 gradi e guarda ai maggiori fattori di corruzione e illegalità e non necessariamente al rilievo che assumono le relative procedure nell'ordine di priorità politiche che si dà un'amministrazione".

(23) Critici rispetto a questa lettura della normativa anticorruzione N. Parisi-D. Rinoldi, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *Rivista Eurojus* ([www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it)), 3/2021.

(24) Sull'esigenza urgente di ripensare alcuni di questi dispositivi, auspicabilmente nella direzione della chiarezza nella definizione delle fattispecie e della proporzionalità tra impegno richiesto alle amministrazioni e obiettivi attesi, da ultimo, A. Marra, *Il regolamento sull'organizzazione e il funzionamento dell'Anac*, in questa *Rivista*, 2022, 1, 73.

(25) Pubblicato dapprima sul sito del Ministro per la Pubblica Amministrazione con data 24 giugno, e poi pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, a quasi due mesi di distanza dalla sua adozione, con data 30 giugno 2022.

predisposta secondo quanto previsto dal Capo II, D.Lgs. n. 150/2009, mentre quella anticorruzione continua ad essere predisposta dal Responsabile per la prevenzione della corruzione in osservanza del Piano nazionale anticorruzione (PNA) e degli atti di regolazione generali adottati dall'ANAC ai sensi della L. 6 novembre 2012, n. 190 e del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33). Per il monitoraggio delle sottosezioni Valore pubblico e Performance viene confermato il rinvio alle modalità stabilite dagli artt. 6 e 10, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 150/2009, mentre il monitoraggio della sottosezione Rischi corruttivi e trasparenza avviene secondo le indicazioni di ANAC. Lo stesso dicasi per la terza sezione, intitolata "Organizzazione e capitale umano" (art. 4). Se si esclude la prima sottosezione, destinata ad illustrare il modello organizzativo adottato dall'Amministrazione, prima contenuto obbligatorio del PTCPT, le altre due sottosezioni "Organizzazione del lavoro agile" e "Piano triennale dei fabbisogni di personale" sembrano riprodurre *in toto* i contenuti dei piani assorbiti, richiamando altresì l'osservanza delle Linee Guida emanate dal Dipartimento della Funzione Pubblica in materia e confermando il monitoraggio della coerenza con gli obiettivi di performance effettuato su base triennale dall'Organismo Indipendente di Valutazione della performance (OIV) di cui all'art. 14, D.Lgs. n. 150/2009 (26).

Non mancano, in verità, anche alcuni elementi interessanti di innovazione. La parte senz'altro più nuova appare la sottosezione "Valore pubblico", che dovrà comprendere una pluralità di oggetti sinora mai racchiusi in un unico piano (o sezione di esso) e che senz'altro richiederanno uno sforzo di innovazione per essere tutti collocati sotto l'unico orizzonte del valore pubblico, inteso come benessere collettivo frutto dell'azione delle pubbliche amministrazioni. Anche in tal caso, però, il decreto si limita ad elencare gli oggetti necessari di questa sezione, lasciando alle amministrazioni il delicato compito di integrarli, e quindi di renderli coerenti e coordinati tra loro. Ancora, è apprezzabile che il decreto abbia riconosciuto la necessità che il Piano integrato di attività e organizzazione assicuri la coerenza dei propri contenuti ai documenti di programmazione finanziaria, previsti a legislazione vigente per ciascuna delle

pubbliche amministrazioni, che ne costituiscono il necessario presupposto (27); ma le modalità con cui assicurare in concreto questa coerenza non sono definite. Si vedrà se l'attività di indirizzo affidata al Dipartimento della Funzione pubblica, chiamato ad adottare apposite linee guida per il coordinamento dei contenuti delle sezioni del Piano, e la specifica formazione prevista per il personale dedicato alla nuova pianificazione, riusciranno a colmare questo deficit.

Per il momento, non si può che concordare con quanto sin da subito osservato dal Consiglio di Stato, e poi confermato in sede di parere sul Decreto Ministeriale, ovvero, che "non appare fugato il rischio che il PIAO si risolva (...) in una giustapposizione di Piani, quasi a definirsi come un ulteriore *layer of bureaucracy*, anziché affermarsi come strumento unitario che sostituisce e metabolizza i Piani del passato, per quella 'visione integrata dell'organizzazione' tanto ricercata dal legislatore". Del resto, pianificare in modo integrato, e quindi dare senso ad uno strumento che dovrebbe consentire una programmazione a tutto tondo dell'organizzazione e dell'attività implica, anzitutto, la necessità di maggiore integrazione e dialogo tra le strutture amministrative deputate alle diverse aree del personale, della formazione, del monitoraggio e della valutazione, e quindi la creazione di un metodo di lavoro integrato che non può che costruirsi gradualmente, permettendo di uscire dall'eccessiva autoreferenzialità del processo di definizione degli obiettivi, ma soprattutto di indicatori e target, da cui deriva l'attuale scarsa qualità degli obiettivi stessi (28).

Per quanto riguarda l'innovazione più attesa, ovvero, quella della semplificazione degli adempimenti anticorruzione, il decreto sembra adottare un approccio assai cauto, come dimostrano gli insistiti richiami all'osservanza della normativa primaria, e dei piani ed atti di indirizzo dell'ANAC. Sembra invariato il ruolo del Responsabile per la prevenzione, la durata e l'aggiornamento, a scadenza fissa, della corrispondente nuova sottosezione, la centralità della mappatura dei processi. Qualche elemento di innovazione si rinviene laddove si specifica che la mappatura deve essere volta ad individuare le criticità che, in ragione della natura e delle peculiarità dell'attività,

(26) Sulla necessaria coerenza tra Piano dei Fabbisogni e Piano della performance e le conseguenze, anche in termini di responsabilità erariale, in caso di mancato collegamento, S. Villamena, *Il piano triennale dei fabbisogni di personale nella prospettiva del "diligente amministratore pubblico"*, in *Rivista Ceridap*, 2022, 2, 125 ss.

(27) Per assicurare questa coerenza si è anche stabilito che, in ogni caso di differimento del termine previsto a legislazione vigente per l'approvazione dei bilanci di previsione, il termine per l'aggiornamento annuale del PIAO è differito di trenta giorni successivi a quello di approvazione dei bilanci (art. 8, comma 2).

(28) Cfr. Aa.Vv., *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, 1263.

espongono l'amministrazione a rischi corruttivi "con particolare attenzione ai processi per il raggiungimento degli obiettivi di performance volti a incrementare il valore pubblico"; si dice inoltre che la progettazione di misure organizzative per il trattamento del rischio deve privilegiare "l'adozione di misure di semplificazione, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa". Le vere semplificazioni sono rinviata, tuttavia, alla riforma degli adempimenti anticorruzione promessa dal PNRR, della quale non si ha ancora traccia (29).

### **Difficoltà, rischi ed opportunità della pianificazione integrata**

L'impressione che emerge del PIAO è quella di un atto di formidabile complessità, piuttosto che di semplificazione: chiamato sostanzialmente a raccogliere tutti gli obblighi di pianificazione che prima si traducevano in una molteplicità di strumenti diversi, esso presenta una eterogeneità intrinseca (come rilevato dal Consiglio di Stato), data agli oggetti ma anche dalla pluralità di organi, collegiali e monocratici, e uffici chiamati a coordinarsi tra loro per redigere un atto unitario destinato ad essere approvato, in un unico termine, dall'organo di indirizzo dell'ente. Una complessità che, peraltro, presenta due rischi non trascurabili, ovvero, la perdita di specificità dei distinti obiettivi per i quali i singoli atti di pianificazione erano stati concepiti, e l'attenuazione del loro grado di cogenza. Se per il momento questi rischi sembrano essere stati scongiurati per le misure di prevenzione della corruzione, non è detto che ciò non possa avvenire per altri obiettivi e relative misure assorbiti nel PIAO. Si pensi, ad esempio, al Piano per le azioni positive, già previsto come allegato al Piano della performance ed eliminato come piano autonomo, in quanto assorbito nella sottosezione omonima, che dovrà contenere "obiettivi" (non misure?) "per favorire le pari opportunità e l'equilibrio di genere": il decreto ministeriale non conferma la perdurante vigenza della sanzione che disponeva il divieto di assumere personale nel caso di mancata

adozione del piano, e manca nel testo una norma di chiusura che permetta di estendere automaticamente l'applicazione di questa sanzione alla corrispondente sezione del PIAO. Sembra qui che l'effetto sia di ammorbidire la portata cogente di questa parte del piano, così come, del resto, appare evidente l'intento, reso palese per le amministrazioni di minori dimensioni, di mantenere solo quelle misure anticorruzione che non siano di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi di performance, orientandole, anzi, a questo scopo. Per gli enti con meno di cinquanta dipendenti, infatti, il perimetro della mappatura dei processi a rischio corruttivo è stato ridotto, ed è stata inserita come area obbligatoria quella dei processi, individuati dal Responsabile della prevenzione della corruzione e dai responsabili degli uffici, ritenuti di maggiore rilievo per il raggiungimento degli obiettivi di performance a protezione del valore pubblico. È anche stato limitato l'aggiornamento della sezione anticorruzione ai soli casi di fatti corruttivi, modifiche organizzative rilevanti o ipotesi di disfunzioni amministrative significative intercorse ovvero di aggiornamenti o modifiche degli obiettivi di performance a protezione del valore pubblico (art. 6, commi 1 e 2) (30).

È ragionevole dubitare che queste semplificazioni possano apportare benefici alle amministrazioni di minore dimensioni, non per questo automaticamente meno esposte a rischio corruttivo e, soprattutto, titolari di minori competenze. Altro, infatti, è semplificare i contenuti non rispondenti alle dimensioni dell'organico dell'ente (31), altro è limitare il perimetro della prevenzione solo ad alcuni rami di attività, o chiedere (come sembra implicitamente fare il decreto) di eliminare quelle misure anticorruzione per le quali non sia possibile dimostrare un diretto ed immediato beneficio per i cittadini. Su questo punto, del resto, sta ponendo particolare attenzione l'ANAC, secondo la quale, pur nella logica di integrazione tra le sottosezioni valore pubblico, performance e anticorruzione, gli obiettivi specifici di anticorruzione e trasparenza devono mantenere una propria valenza autonoma come

(29) L'apposita legge delega (che avrebbe dovuto essere presentata in Parlamento entro il giugno scorso, ma della quale non si ha notizia) ed uno o più decreti legislativi delegati, da emanare entro i nove mesi successivi all'approvazione della delega, dovrebbero procedere all'abrogazione e/o la revisione (anche) di norme in materia di prevenzione della corruzione, da attuarsi mediante una semplificazione della L. n. 190/2012 e dei suoi decreti delegati. Sui contenuti auspicabili di questo intervento, A. Corrado, *Il futuro della disciplina di prevenzione della corruzione e della trasparenza amministrativa: una moda destinata a passare? L'ultima parola al legislatore*, in *Federalismi.it*, 29, 2021, 136 ss.

(30) L'aggiornamento 2018 al PNA aveva già dato la possibilità ai soli comuni con meno di 5.000 abitanti, e solo nei casi in cui nell'anno precedente non fossero intercorsi fatti corruttivi o modifiche organizzative rilevanti, di confermare il PTPCT già adottato; la nuova eccezione sembra, però, poter essere utilizzata da un più ampio novero di amministrazioni.

(31) A questo obiettivo corrisponde la previsione che limita, per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti, i contenuti della sottosezione "Organizzazione e capitale umano" (art. 6, comma 3).

contenuto fondamentale della sezione anticorruzione e trasparenza del PIAO, e riguardare tutti i processi a rischio corruttivo (32).

Pur con tutti questi rischi, quella che da più parti è stata definita la “sfida” del PIAO rappresenta comunque per le amministrazioni un’opportunità per superare le criticità sinora incontrate nell’esercizio di una funzione - la pianificazione di attività e organizzazione - spesso interpretata come mero adempimento formale, e risultata largamente inefficace. La concentrazione di misure ed obiettivi, seppur diversi, in un unico piano potrebbe altresì facilitare una più puntuale valutazione dei risultati da esso ottenuti, valutazione la cui mancanza ha sinora in molti casi impedito di intervenire con misure volte a correggere la disciplina dei distinti piani. Anche in questa prospettiva, del resto, il Consiglio di Stato ha insistito per la sottoposizione del nuovo piano e dei suoi effetti ad uno stretto monitoraggio; ed il fatto che la disciplina sostanziale del PIAO sia contenuta in uno strumento definito dallo stesso Consiglio di Stato come dinamico ed adattabile potrebbe facilitare il suo progressivo affinamento, evitando ciò che, in passato, è avvenuto per altri piani (33).

La sfida sembra essere stata accolta anche dalle Regioni e dagli enti locali, che hanno ritenuto il PIAO un utile strumento di risistemazione e semplificazione rispetto ai numerosi atti e adempimenti di pianificazione, e di agile individuazione delle linee portanti dell’azione amministrativa. Per questo, non si sono opposti in linea di principio ad una applicazione uniforme della nuova disciplina, preferendo

contribuire al miglioramento i suoi contenuti, piuttosto che chiedere margini di flessibilità nel suo recepimento: ciò anche in relazione ad aspetti della pianificazione ora inclusi nel PIAO, sui quali, sinora, avevano potuto esercitare maggiore autonomia. Solo per gli enti del servizio sanitario, infatti, il legislatore ha infine riconosciuto che la specificità del sistema di programmazione aziendale richiedeva una previa modificazione del quadro normativo regionale per adattarsi alla nuova pianificazione integrata; non è stato quindi seguito il modello che in passato era stato utilizzato per l’attuazione della riforma del sistema di misurazione e valutazione della performance, che per le Regioni e gli enti locali passava per l’adeguamento dei rispettivi ordinamenti ai principi della riforma, e per le restanti disposizioni di dettaglio rinviava ad un accordo in Conferenza Unificata (34). Si è preferito, evidentemente, seguire il modello delle misure anticorruzione e trasparenza, quello dell’applicazione generalizzata a tutte le pubbliche amministrazioni (35). L’auspicio è che anche per il PIAO questa regolazione uniforme non favorisca la tendenza al posticipo, se non al vero e proprio aggiramento delle regole, che potrebbe forse essere evitato laddove si riconoscesse alle amministrazioni un maggior margine di discrezionalità in sede di attuazione. Il discorso vale soprattutto per le Regioni, la cui legislazione attualmente contiene numerosi riferimenti ai piani assorbiti dal PIAO e che dovranno in ogni caso procedere ad un’opera di recepimento ed adattamento dei propri ordinamenti alla nuova disciplina.

(32) Cfr. ANAC, PNA 2022-2024, cit. Sempre secondo l’ANAC, “in via generale, gli interventi e le misure volte a mettere in condizione le amministrazioni di prevenire la corruzione sono da considerare permanenti, di lungo periodo, orientati su tutti i processi delle pubbliche amministrazioni” (e non solo, quindi, su alcuni).

(33) Si pensi alla disciplina del PTCPT, la cui esigenza di semplificazione, per il tramite di espresse modifiche legislative, è stata

segnalata a più riprese dall’ANAC, con (sino ad ora) modesti risultati.

(34) Cfr. art. 16, D.Lgs. n. 150/2009.

(35) Su questa impostazione, e sulle sue criticità, mi sia consentito rinviare a C. Tubertini, *Unità e autonomia nelle politiche per la trasparenza*, in G. Gardini - M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, Rimini, 2019, 63 ss.

Procedimento monitorio

# La tutela cautelare anche all'interno del procedimento monitorio nel processo amministrativo: compatibilità degli strumenti?

di Giovanni Samuele Foderà (\*) (\*\*)

Il contributo, alla luce di un recente pronunciamento, s'interroga sulla compatibilità nel processo amministrativo tra il giudizio cautelare e quello monitorio, prendendo in considerazione gli sviluppi della tematica anche nel codice di rito.

## Premessa

Nel giudizio amministrativo, così come in quello civile (par. 4), i rapporti tra misura cautelare (artt. 55 ss. c.p.a.) e rito monitorio (art. 118 c.p.a.) appaiono, oltre che problematici, poco indagati da dottrina e giurisprudenza. Ad offrire una possibile soluzione è recentemente intervenuta un'ordinanza del T.A.R. Sicilia, Palermo, la quale, come si dirà appresso, esclude la compatibilità dei due strumenti.

## Il caso

Nello specifico, il ricorso mirava, in via principale, al riconoscimento del diritto patrimoniale al giusto corrispettivo delle prestazioni lavorative al ricorrente erroneamente non corrisposte in quanto fondate su un'illegittima sospensione dal servizio, quest'ultima impugnata con altro giudizio. In via subordinata, quindi, il ricorrente invocava anche la misura cautelare monocratica e collegiale, ricorrendone i presupposti.

Ritenuta preliminare ed assorbente la questione cautelare in luogo di quella monitoria, il T.A.R. la scrutinava tanto in sede monocratica, rigettandola, ritenendo l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta fondata su un pregiudizio puramente economico e, pertanto, sprovvisto dei presupposti di estrema gravità ed urgenza, di cui allo stesso art. 56 c.p.a. (1). In sede collegiale, poi, l'istanza di misura cautelare proposta veniva dichiarata persino inammissibile in ragione dell'incompatibilità funzionale di quest'ultima anche all'interno del procedimento monitorio (2).

## Brevi considerazioni generali sul procedimento monitorio

L'adesione incondizionata all'idea secondo cui la tutela giurisdizionale è con qualsiasi mezzo e modo strumentale o secondaria rispetto alla tutela primaria delle posizioni giuridiche coinvolte (3) potrebbe indurre a ritenere che anche all'interno del giudizio monitorio possa essere formulata una domanda cautelare.

(\*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(\*\*) L'articolo rispecchia le opinioni dell'Autore e non impegna l'amministrazione di appartenenza.

(1) T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, Decreto caut., 1° luglio 2022, n. 418.

(2) T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, Ord. caut., 22 luglio 2022, n. 461.

(3) A. Carratta - C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile: I - Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XV ed., Torino, 2018, 7.

Quest'idea di processo teso a garantire "tutto quello e proprio quello" che si ha diritto a conseguire alla stregua della posizione sostanziale lesa o compromessa, se da un lato, dà valore al principio di effettività (4), dall'altro lato, può comportare un'inappropriata applicazione degli strumenti processuali e dunque un potenziale conflitto con il principio di efficienza della giurisdizione (5) in ragione del fatto che la giustizia è una risorsa scarsa (6) o per il timore dell'abuso del processo (7).

Venendo quindi a configurarsi un'ideale di giustizia (proceduralmente) condizionata (8), sovviene la

necessità di ricercare soluzioni che consentono al processo di funzionare nel modo migliore e più rapido possibile evitando, per un verso, di pregiudicare l'aspirazione del singolo ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva e, per l'altro, individuando precipuamente l'ambito, la funzione e gli effetti di ciascun strumento.

Il rapporto tra i due principi sopra menzionati assume, senz'altro, i caratteri della rilevanza qualora si guardi all'*iter* che ha interessato l'applicabilità degli strumenti della tutela sommaria al processo amministrativo (9). Nel silenzio del legislatore, infatti, la

(4) A. Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341; A. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, 165; Id., *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, 1; Id., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 620; G. Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 21. Con precipuo riferimento al processo amministrativo, I. Pagni, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*. A 150 dall'unificazione amministrativa italiana, 7, di L. Ferrara - D. Sorace - G. D. Comperti (a cura di), Firenze, 2017, 86; R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1707 ss.; P.M. Zerman, *La effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. Lamorgese, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008; M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in *Dir. amm. e Corte cost.*, a cura di G. della Cananea - M. Dugato, Napoli, 2006, 505 ss.; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; M.P. Chiti, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Evoluzione della giustizia amministrativa, integrazione europea e prospettive di riforma*, E. Sticchi Damiani (a cura di), Milano, 1998, 98 ss.; G. Greco, *Effettività della giustizia amministrativa nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 997 ss.

(5) F. Locatelli, *Il giudice virtuoso. Alla ricerca dell'efficienza del processo civile*, Napoli, 2020; I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2; E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Milano, 2009; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002.

(6) M. Magri, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021; I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in AA.VV., *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di D. Dalfino, Roma, 2016; Id., *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 86; M.F. Ghirga, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 90; in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. IV, ord., 9 febbraio 2022, n. 945; Cons. Stato, Ad. Plen., 24 aprile 2015, n. 5.

(7) Sul tema dell'"abuso del processo" la letteratura è amplissima. Si segnalano, M. De Cristofaro, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 1018; L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Judicium*, 2008, 319 ss.; A. Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Judicium*, 2008, 319; M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, Padova, 2000, I, e I; M. Taruffo, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 435 ss.; G. De Stefano, *Note sull'abuso del*

*processo*, in *Judicium*, 1964, 582 ss. In relazione al processo amministrativo G. Corso, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 13; G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015; G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2015, 1138 ss.; S. Baccarini, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, IV, 1203 ss.; N. Paolantonio, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir. (ann.)*, Milano, 2008, 1 ss.

(8) Il concetto di "giustizia condizionata" può essere declinato in vari modi (si pensi, ad es., alla pregiudiziale amministrativa, oggi formalmente espunta dal c.p.a., alla mediazione obbligatoria nel processo civile, agli stessi motivi di ricorso per cassazione). In ambito civile v. G. Viciconte, *Giustizia condizionata e principio di effettività nel processo per responsabilità sanitaria*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); G. Buffone, *Risoluzione alternativa delle liti civili e commerciali*, in *Il civilista. Mediazione e conciliazione*, 2010, 12; Corte cost. 12 dicembre 2012, n. 272 espone che "un sistema di giustizia 'condizionata' è ammissibile solo nel caso in cui l'eccezione al principio dell'accesso immediato alla giurisdizione si presenti come ragionevole e risponda ad un interesse generale, purché non vengano imposti oneri tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile far valere le proprie ragioni". Nel settore amministrativo, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Milano, 2014, 100; A. Proto Pisani, *Nota a Corte cost. 28 giugno 1985*, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss.; G. Roehrsen, *Giustizia amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1975, 1115 ss.; C. Esposito, *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1963, 839; M.S. Giannini, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1963, 119.

(9) Sui caratteri del procedimento ex art. 633 ss. c.p.c., AA.VV., *Il procedimento d'ingiunzione*, diretto da B. Capponi, Bologna, 2009; A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2002; Id., *Procedimento per decreto ingiuntivo, in procedimenti sommari e speciali*, S. Chiarloni - C. Consolo (a cura di), Torino, 2005; G. Colla, *Il decreto ingiuntivo. Il procedimento d'ingiunzione e il giudizio di opposizione*, Padova, 2003; G. Ebner - C. Filadoro, *Manuale del procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1993; P. Pajardi, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991; E. Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991; sul procedimento ingiuntivo, nei confronti della P.A., avanti al giudice ordinario, v. A. Valitutti - F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, Padova, 2013, 99. Nel processo amministrativo M. Corradino, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 79, il quale precisa che la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi mantiene la sua importanza nell'ambito della giurisdizione esclusiva anche con riferimento al procedimento ingiuntivo; R. Chieppa, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012, 607; V. Parisio - F. Gambato Spisani - G. Pagliari, *I riti speciali*, in *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Bologna, 2011, 696; F. Freni (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011; E. A. Apicella, *Art. 118 c.p.a., in Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta - V. Lopilato,

giurisprudenza in un primo momento aveva escluso la possibilità di traslare lo schema processual-civilistico del procedimento d'ingiunzione ex artt. 633 ss. c.p.c. all'interno del giudizio amministrativo ritenendo i due sistemi autonomi e, in definitiva, escludendo un'applicazione analogica dell'istituto (10).

Tale soluzione, tuttavia, si esponeva a gravi incertezze sistematiche, giacché lo stesso diritto soggettivo a carattere patrimoniale, a seconda della giurisdizione coinvolta, godeva di una tutela giurisdizionale profondamente diversa: in quella civile infatti si aveva una tutela sommaria piena, mentre in quella amministrativa ancorché esclusiva era completamente negata.

La Corte costituzionale consapevole di questa aporia riducendo ad unità siffatto sistema binario di tutela, riconosceva anche al giudice amministrativo uno strumentario giudiziale che consentisse l'adozione di qualsivoglia pronuncia all'uopo necessaria. Da qui, l'illegittimità costituzionalmente dell'art. 21 della legge T.a.r., per contrasto con gli artt. 3 e 113 Cost., in quanto la disposizione non consentiva a tale giudice di adottare i provvedimenti più idonei a disporre, anche in via cautelare e provvisoria, a carico della pubblica amministrazione, il pagamento di somme di denaro (11).

Alle sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale, il legislatore in un primo momento rispose ampliando l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attraverso il D.Lgs. n. 80 del 1998, consentendo così lo sviluppo di un ampio

dibattito con riferimento all'ammissibilità anche in quella sede di una tutela sommaria dei diritti meramente patrimoniali (12). Più precisamente, l'orientamento giurisprudenziale sviluppato all'indomani dell'entrata in vigore del dettato normativo si declinava nel senso che la cognizione del giudice amministrativo si sarebbe estesa ad ogni tipo di controversia, finanche inerente a pretese patrimoniali, ricollegabile ad un pubblico servizio (13), sì da permettere anche in questa sede giudiziale di garantire ai diritti patrimoniali una tutela piena ed effettiva.

Al giudice amministrativo veniva, dunque, riconosciuta la legittimazione ad adottare le "statuizioni più opportune nel caso in cui emerga il *fumus boni iuris* sulla lesione del diritto dell'utente o del gestore disponendo l'effettuazione di una prestazione dovuta da parte dell'amministrazione ovvero l'emanazione di ordini di pagamento a favore del ricorrente" (14). La soluzione avallata dalla giurisprudenza amministrativa poi veniva recepita dal legislatore, il quale con l'art. 8, comma 1, L. 21 luglio 2000, n. 205 prevedeva l'applicabilità, alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, del Capo I, Titolo I, Libro IV, concernente il procedimento ingiuntivo, ossia degli artt. 633 ss. c.p.c., onde offrire una tutela rapida ed effettiva dei diritti patrimoniali ivi rimessi (15).

La successiva declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nella parte in cui assegnava "per blocchi

Milano, 2011, 953 ss.; M. Lipari, *Giudicato e giudizi sommari*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. Liberati, *Il processo innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali*, Padova, 2006, 1529; F. Caringella, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, 1109 s.; P. Baccharini, *La tutela monitoria nel processo amministrativo*, Padova, 2003; A. Monacilioni, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M.G. Valente, *Opposizione a decreto ingiuntivo e processo amministrativo: primi spunti di riflessione*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2002, 605; R. Garofoli - M. Protto, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel processo amministrativo*, Milano, 2002; F. Caringella - M. Protto, *Il nuovo processo amministrativo - La legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001, 734 ss.; E.A. Apicella, *I procedimenti ingiuntivi*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, B. Sassani - R. Villata (a cura di), Padova, 2001, 149 ss.; F. Caringella, *Misure cautelari, procedimenti sommari e giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *Urb. ed app.*, 1999, 542; M. Andreis, *Tutela cautelare e tutela sommaria nel processo amministrativo*, Milano, 1996. Per un confronto sulla peculiare forma di ingiunzione prevista dall'art. 55 del t.u. delle leggi sulla Corte dei Conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, v. F. Garri, *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti*, Milano, 1995, 344 ss.; M. Oricchio, *La giustizia contabile*, Napoli, 1998, 182 ss.

(10) F. Freni, *La tutela monitoria: il procedimento per ingiunzione*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Freni, Milano, 2011, 181 ss.; in giurisprudenza T.A.R. Campania, Napoli, 12 febbraio 1999, n. 372; T.A.R. Piemonte 10 maggio 2000, n. 650.

(11) Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881.

(12) S. Baccharini, *La tutela monitoria nel processo amministrativo*, cit.; E.A. Apicella, *I provvedimenti ingiuntivi*, cit.; F. Caringella - M. Proto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, cit.; M. Valente, *Opposizione a decreto ingiuntivo e processo amministrativo: primi spunti di riflessione*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 605 ss.

(13) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, ord., 24 marzo 1999, n. 184.

(14) Cons. Stato, Ad. plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro amm. CDS*, 2000, 768; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 9 giugno 1999, n. 2513 ss.; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 184, cit. In dottrina, v. F. Caringella, *Misure cautelari, procedimenti sommari e giurisdizione esclusiva del G.A.*, cit., 542; *contra* N. Saitta, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, 2000, 305; M. Valente, *Opposizione a decreto ingiuntivo e processo amministrativo: primi spunti di riflessione*, cit.

(15) C. Leone, *Le ordinanze ingiuntive ed il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 567 ss.; E.A. Apicella, *Le ingiunzioni di pagamento nel processo amministrativo*, cit., 528 ss.; F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Serv. pubb. e appalti*, 2004, 799 ss.; M. Scarpino, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Giur. mer.*, 2011, 2062 ss.; Cons. Stato, Sez. V, ord., 10 dicembre 2004, n. 4227.

di materie” alla giurisdizione amministrativa esclusiva tutte le controversie in materia di servizi pubblici e del comma 2 del medesimo disposto, concernente le “attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell’espletamento di un pubblico servizio” (16), limitava il ricorso all’istituto senza però segnare il declino (17).

Anzi, il legislatore consapevole dell’importanza dell’istituto anche nel processo amministrativo ne sancì la rilevanza in termini generali trasponendolo nel codice del processo amministrativo all’art. 118, permettendo così al creditore di conseguire un titolo, e dunque il bene della vita a carattere patrimoniale, in tempi più rapidi di quelli connotanti il giudizio ordinario (18).

Le considerazioni che precedono, corroborate dall’indicazioni della giurisprudenza costituzionale (19), confermano l’intenzione del legislatore di limitare l’ambito di applicazione delle disposizioni alle controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e aventi ad oggetto i diritti soggettivi di natura patrimoniale (20).

### La domanda cautelare nel giudizio monitorio del codice di rito e nel processo amministrativo

Sul piano dell’efficienza ed effettività si innestano le riflessioni concernenti i rapporti tra misura cautelare e rito monitorio, tanto con riguardo al processo civile quanto a quello amministrativo.

A quest’ultimo riguardo occorre, dapprima, svolgere una premessa rappresentata dal fatto che

l’ampliamento dei poteri decisori con il risarcimento dei danni, in forma specifica e per equivalente, e l’attribuzione delle questioni patrimoniali riconducibili alla giurisdizione esclusiva e riferite al pagamento di un credito (che comunque dev’essere certo, liquido ed esigibile) non potevano rimanere privi delle misure sommarie, pena una ingiustificata riduzione della tutela del ricorrente per il fatto che di queste liti non ne conosce più il giudice ordinario (21).

L’effettività della tutela unita all’attuazione del principio della pienezza del sindacato del giudice amministrativo, dunque, hanno spinto il legislatore a inserire nel codice del processo amministrativo l’art. 118 c.p.a. concernente la concessione del “decreto ingiuntivo” la cui competenza per l’emissione spetta al Presidente o a un magistrato da lui delegato.

La norma citata, sebbene abbia un contenuto scarno, rinvia per la disciplina al codice di procedura civile, comportando un automatico trapianto di questa in quella, ancorché in modo non incondizionato, risultando opportuno, a norma dell’art. 39 c.p.a., valutarne la compatibilità al processo amministrativo (22).

Come nel codice di rito anche in quello sul processo amministrativo emerge la stessa problematica dei rapporti tra procedimento monitorio e quello cautelare e dunque il vaglio sulla possibile e relativa interferenza.

Nel giudizio civile, una valutazione approssimativa potrebbe indurre a ritenere che all’interno di un

(16) Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204; Corte cost. 28 luglio 2004, n. 281; Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191.

(17) C. Leone, *Le ordinanze ingiuntive ed il processo amministrativo*, cit.; A. Liberati, *Il processo innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali*, Padova, 2006, 1530, il quale ricorda che l’ampio rinvio al codice di rito civile, contenuto nel citato disposto, trovava un precipitato rafforzativo nel comma 2 dello stesso articolo, il quale, sempre in relazione alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo concernenti diritti soggettivi di natura patrimoniale, contemplava il potere del giudice amministrativo di concedere, su istanza di parte, al ricorrere dei presupposti di legge, le ordinanze anticipatorie di condanna ex artt. 186-bis e 186-ter c.p.c.

(18) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2010, 247; G. Tota, *Il procedimento per ingiunzione: profili storici e di diritto comparato*, in AA.VV., *Il procedimento d’ingiunzione*, diretto da B. Capponi, Bologna, 2009, 1 ss.; E. Garbagnati, *Il procedimento d’ingiunzione*, Milano, 1991, 28, secondo cui “[...] lo scopo del procedimento in esame è di pervenire più rapidamente alla formazione della cosa giudicata, quando sia probabile che la posticipazione della provocazione del contraddittorio consenta la chiusura del processo, senza una reazione della parte ingiunta”; Corte cost. 20 luglio 2016, n. 179 la quale ha parificato la posizione della P.A. che può essere a pieno titolo ricorrente o attore nei confronti del privato, onde consentire (E. Picozza, *Il diritto dell’economia contro il diritto amministrativo?*,

in AA.VV., *Il governo dell’economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, Torino, 2018, 95) anche alla prima di agire ex art. 118 c.p.a.; A. Giordano, *Il procedimento ingiuntivo nel processo amministrativo: un banco di prova per la “pienezza” e l’“effettività” della tutela*, in *Riv. dir. dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, 2014, 5 ricorda pure che l’art. 28, comma 3, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, introdusse la possibilità di proporre ricorso per decreto ingiuntivo laddove il titolare del potere sostitutivo ex art. 2, comma 9-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241, cui l’istante si era rivolto per conseguire un indennizzo per il mero ritardo, non avesse emanato il provvedimento nel termine o non avesse liquidato l’indennizzo maturato a tale data.

(19) Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204.

(20) F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016; R. De Nicotris, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2012; F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 439 ss.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 3 gennaio 2013, n. 4.

(21) E. Follieri, *Effettività della giustizia amministrativa nella tutela cautelare*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1117 ss.

(22) In ordine ai profili di diversità tra il giudizio monitorio nel codice di rito e in quello amministrativo, v. M.G. Valente, *Opposizione a decreto ingiuntivo e processo amministrativo*, cit., 605; A. Giordano, *Il procedimento ingiuntivo nel processo amministrativo*, cit., 7.

procedimento monitorio possa esistere uno spazio per la tutela cautelare in considerazione del fatto che, a differenza dei provvedimenti cautelari, non costituisce presupposto del decreto ingiuntivo l'esistenza di un danno grave e irreparabile (23). Tuttavia, ad un più attento esame ci si avvede che l'eventuale istanza cautelare coincide con la previsionale di cui all'art. 642 c.p.c., poiché sia nell'uno che nell'altro caso il ricorrente espone la sussistenza, a livello quadro probatorio, del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (24).

Anche ipotizzando la natura cautelare del solo decreto provvisoriamente esecutivo per effetto del pericolo nel ritardo (art. 642, comma 2, c.p.c.), è stato ritenuto che la struttura processuale specifica del procedimento monitorio e del provvedimento che lo conclude sono incompatibili, ai sensi dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., con la disciplina cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. e comunque con quella dell'art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c. In particolare, quest'ultima norma rimette le parti davanti allo stesso giudice che ha già emesso il decreto cautelare, con iniziativa necessaria dello stesso ricorrente che, ottenuto il decreto prima dell'instaurazione del contraddittorio, ha interesse e l'onere di comunicarlo alla controparte e quindi di comparire all'udienza prefissata per dimostrare l'adempimento della notifica e chiedere la conferma, in forma di ordinanza, della misura cautelare.

Nell'ipotesi di cui all'art. 642, comma 2, c.p.c., invece, la fase processuale davanti al giudice del monitorio si conclude con l'emanazione del decreto ingiuntivo, senza che questo venga confermato o convertito in forma di ordinanza dallo stesso giudice. In tale giudizio, la fase dell'opposizione è solo eventuale ed è subordinata all'opposizione di controparte, con instaurazione di un giudizio a cognizione piena che si conclude con sentenza (25). Il procedimento monitorio ha, dunque, natura di rito semplificato speciale e non di procedimento cautelare (26). Mediante il primo infatti il creditore esercita

un'azione di condanna, seppure in forme speciali, diretta all'accertamento della sua pretesa creditoria e suscettibile di concludersi con un provvedimento di merito idoneo a dar luogo a giudicato sostanziale o, quanto meno, ad una preclusione *pro iudicato* (27). Secondo la dottrina, dunque, "non essendo ipotizzabile una fase processuale ulteriore davanti al giudice del monitorio, l'udienza di cui all'art. 669-*sexies* dovrebbe tenersi necessariamente davanti al giudice dell'opposizione (anche quando fosse anticipata rispetto alla rituale prima udienza del giudizio di cui all'art. 645 c.p.c.), ovvero in una fase processuale che il creditore ricorrente non ha ovviamente alcun interesse a sollecitare, e la cui introduzione e prosecuzione non richiede affatto la sua attivazione" (28). Ne sovviene che la natura cautelare della clausola di cui all'art. 642, comma 2, c.p.c. non autorizza l'estensione del rito uniforme o di parte di esso al procedimento monitorio (29).

Considerato che l'art. 642, comma 2, c.p.c., in caso di "pericolo di grave pregiudizio nel ritardo", prevede che il decreto ingiuntivo può essere dichiarato provvisoriamente esecutivo, la giurisprudenza ha altresì ritenuto che all'interno di un procedimento monitorio non trovi applicazione la tutela cautelare ex art. 671 c.p.c. (ai sensi del quale il giudice può autorizzare il sequestro conservativo su istanza del creditore che abbia "fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito").

Alla luce del dato normativo, infatti, sembrerebbe doversi ritenere che nel momento in cui il creditore scelga di agire a tutela dei propri diritti nelle forme del giudizio monitorio, esso accetti che i profili cautelari involgenti la propria posizione vengano valutati nei termini di cui all'art. 642 c.p.c. Non è dunque condivisibile la posizione di chi ritiene che la domanda relativa al ricorso per ingiunzione abbia *petitum* e *causa petendi* diversi rispetto all'istanza per sequestro conservativo, con la conseguenza che quest'ultima andrebbe proposta dinnanzi al giudice competente ex art. 669-*ter* c.p.c. (30).

(23) F. Narducci - R. Narducci, *Guida normativa per l'amministrazione locale*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 1277.

(24) A. Valitutti - F. De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, Padova, 2013, 201, i quali rilevano l'inapplicabilità delle norme sul provvedimento cautelare uniforme; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 119 e, in particolare, nt. 491.

(25) M.C. Buonfardieci, *Provvedimenti cautelari nel processo*, Santarcangelo di Romagna, 2008, 442; G. Franco, *Guida al procedimento di ingiunzione*, Milano, 2009, 438; R. Giordano, *Spese del processo. Nei procedimenti ordinario, di esecuzione, sommario e in camera di consiglio*, Milano, 2012, 182.

(26) Trib. Perugia, Sez. II, 27 novembre 2018, n. 1567.

(27) S. De Matteis, *La riforma del processo cautelare. Analisi sistematica e profili operativi del nuovo rito cautelare*, Milano, 2006, 270.

(28) M. Cataldi, *Il procedimento monitorio e l'opposizione al decreto ingiuntivo*, Milano, 2006, 9 ss.; S. Izzo, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *Judicium*, 2011.

(29) Sul tema del rapporto tra tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c. e rito sommario cfr. M. Cataldi, *op. cit.*, 10 ss.; S. Izzo, *op. ult. cit.*; Trib. Piacenza, ord., 13 aprile 2000; Trib. Padova, ord., 16 settembre 2004.

(30) V. Amendolagine, *Giudizio monitorio, ricorso alla tutela cautelare in pendenza del termine per l'opposizione e clausola compromissoria devolutiva della controversia ad arbitro irrituale. Il*

Deve piuttosto ritenersi che il giudizio cautelare, a prescindere dalla data di notificazione del decreto ingiuntivo, non può che riguardare solo fatti sopravvenuti rispetto alla proposizione del giudizio monitorio, tale da potersi richiedere al giudice una valutazione inerente fatti nuovi, intervenuti successivamente al deposito del ricorso per ingiunzione (31). Peraltro, ciò risulta coerente con il principio di immodificabilità della decisione sulla provvisoria esecutività fino all'udienza di trattazione ad istanza del creditore (32).

### **(Segue) nel processo amministrativo**

Come accennato, pure sul piano dell'efficienza ed effettività si pongono le riflessioni concernenti i rapporti tra misura cautelare (artt. 55 ss. c.p.a.) e rito monitorio (art. 118 c.p.a.) esperibile a tutela dei diritti soggettivi patrimoniali di cui il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva. A questo riguardo, secondo l'ordinanza in commento lo strumento processuale del procedimento per decreto ingiuntivo non appare compatibile con la formulazione di richiesta di misure cautelari per varie ragioni di carattere strutturale e logico. Innanzi tutto, perché il rito monitorio davanti al giudice amministrativo è delineato dal c.p.a. in un unico breve articolo (art. 118 c.p.a.) che, individuati presupposti (le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale), competenza (il Presidente o un magistrato da lui delegato) e forma dell'opposizione (l'opposizione si propone con ricorso), rinvia per tutto il resto della disciplina alle disposizioni del c.p.c. (artt. 633 ss. c.p.c.) (33).

In secondo luogo, in ragione del fatto che il codice di procedura civile, con previsione del tutto compatibile con la struttura del processo amministrativo e ricompresa nel generico rinvio operato dal citato art. 118 c.p.a., prevede all'art. 642 c.p.c. apposito meccanismo per attribuire anticipata ed immediata esecutività al decreto ingiuntivo emanato (34). È il caso, in particolare, del comma 2 dell'articolo da ultimo

citato, il quale sancisce che il giudice conceda la misura "se vi è pericolo di un grave pregiudizio nel ritardo"; pericolo che, analogamente alla sede cautelare, costituisce non già l'oggetto tecnico del giudizio, ma certamente il principale materiale della cognizione (di tipo prognostico) del giudice e non anche una condizione o presupposto di procedibilità della domanda (35).

In terzo luogo, gli artt. 55 ss. c.p.a. delineano l'istanza di misure cautelari, ivi espressamente compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, ha come epilogo emanazione di un provvedimento di natura immediatamente esecutiva (36), anche se interinale. Con la conseguenza che tale domanda ha carattere accessorio rispetto ad un ricorso ordinario, tale da essere assorbito dalla pronuncia definitiva (c.d. strumentalità strutturale) (37) e che interinalmente si fonda sull'accertamento del *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*.

Dunque, l'ingiunzione di pagamento ex art. 55 c.p.a. già solo si differenzia da quella di cui all'art. 118 c.p.c., stante il carattere provvisorio della prima rispetto alla seconda. A ciò si aggiunga che non sono mancate pronunce che affrontando i rapporti tra rimedio cautelare ingiuntivo e rimedi sommari (di cui all'art. 8, L. n. 2005/2000) hanno evidenziato, fra l'altro, che "occorre modulare l'intervento cautelare in considerazione delle condizioni del ricorrente e della consistenza del pregiudizio e dei prevedibili effetti realmente innescati sulla liquidità del ricorrente dalla ritardata o mancata soddisfazione della pretesa creditoria ad opera del presunto debitore" (38).

Soluzione quest'ultima, invero, criticata da quanti richiamando la disciplina, anche di fonte comunitaria, sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali (D.Lgs. n. 231/2002), hanno sostenuto il pregiudizio grave e irreparabile sulla tenuta economica dell'impresa a fronte dei mancati pagamenti non può essere esclusa perché sussisterebbe sempre la riparazione per equivalente (39). Anzi, tale tutela dovrebbe essere riconosciuta, peraltro nella sua interezza (40), immediatamente poiché si potrebbero

problema dell'individuazione del giudice competente, in *Giur. mer.*, 12, 2610.

(31) V. Amendolagine, *op. ult. cit.*

(32) G. Frus, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1995, 559 ss.; Trib. Prato, ord., 4 gennaio 2012.

(33) T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 461, cit.

(34) T.A.R. Sicilia, Palermo, *op. ult. cit.*

(35) S. Recchioni, *op. ult. cit.*; F. Narducci - R. Narducci, *op. ult. cit.*

(36) T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 16 giugno 2010, n. 7719; sulla inappellabilità v. Cons. Stato, Sez. VI, 25 novembre 2003, n.

5182; sulla non concedibilità dell'ingiunzione in caso di contestazione del credito v. Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2001, n. 204 ss.

(37) F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 362.

(38) Cons. Stato, Sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397.

(39) G. De Marzo, *La tutela cautelare e sommaria nel processo amministrativo*, Padova, 2003.

(40) F. Caringella - R. Garofoli - G. Montedoro, *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo. Aggiornato alla Legge n. 15/2005*, Milano, 206, 707; *contra* T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 30 agosto 2000, n. 314, la quale ha concesso una provvisoria in misura ridotta rispetto alla somma complessivamente dovuta, in quanto tale somma deve essere funzionale, esclusivamente, a salvaguardare il diritto per tutta la durata presumibile del giudizio di merito.

verificare fattori eterogenei in grado di compromettere la vita stessa dell'impresa qualora il credito non fosse, quanto meno interinalmente, recuperato.

A conforto dell'incompatibilità tra il procedimento cautelare e quello monitorio, la giurisprudenza amministrativa, pur se in data antecedente all'introduzione del c.p.a., con argomentazioni di portata generale e certamente attuali, ha - infine - precisato che "la contestuale introduzione nel sistema processuale amministrativo di un procedimento speciale per decreto ingiuntivo proprio del processo civile e delle ordinanze anticipatorie di condanna di cui agli art. 186-*bis* e 186-*ter* c.p.c. incide in senso riduttivo sugli spazi di effettiva utilizzabilità del rimedio cautelare a tutela di posizioni creditorie di tipo patrimoniale. In particolare, per quanto concerne la giurisdizione esclusiva, la scelta tra l'una e l'altra forma di tutela non può che essere influenzata dalla diversità dei presupposti rispettivamente richiesti per ottenere l'ordinanza ingiuntiva a natura cautelare, da un lato, e il decreto ingiuntivo o l'ordinanza anticipatoria di condanna, dall'altro" (41).

## Conclusioni

La necessità di una tutela cautelare anche all'interno del procedimento monitorio appare, pertanto, difficilmente sostenibile, considerato che, in base all'art. 642 c.p.c., in caso di "pericolo di grave pregiudizio nel ritardo", il decreto ingiuntivo può essere dichiarato provvisoriamente esecutivo e quindi in ragione della sostanziale coincidenza dell'effetto, nonché sulla base dell'incompatibilità strutturale. Ne consegue che, analogamente a quanto sopra detto (par. 4), anche nel procedimento monitorio dinanzi al giudice amministrativo non residui spazio alcuno per la tutela cautelare (par. 4.1).

In conclusione, come già chiarito, in base ad un'applicazione letterale del dato normativo, sembra doversi ritenere che, nel momento in cui il creditore scelga di agire a tutela dei propri diritti nelle forme del giudizio monitorio, egli accetti che i profili cautelari involgenti la propria posizione vengano valutati nei termini di cui all'art. 642 c.p.c. (cui l'art. 118 c.p.a. rinvia).

---

(41) Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 397.



OSSERVATORIO SULLA TRASPARENZA  
19 OTTOBRE 2022

# Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore

di Germana Lo Sapio  
Consigliere TAR Campania



# Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore\*

di Germana Lo Sapia  
Consigliere TAR Campania

**Abstract [It]:** L'articolo mira a confrontare gli approcci regolatori risk-based proposti dall'Unione Europea e dalla Gran Bretagna per affrontare le sfide giuridiche sollevate dai sistemi di Intelligenza Artificiale. L'indagine parte dall'esame delle caratteristiche tecniche di tale tecnologia che sollevano rischi e tematiche giuridiche nuove; si focalizza, in particolare, sui modelli regolatori proposti e sulle definizioni giuridiche di IA proposte, facendo emergere come gli obiettivi di tutelare i diritti fondamentali e di promuovere lo sviluppo delle innovazioni siano comuni anche se realizzati con strumenti diversi.

**Title:** Artificial intelligence: risks, regulatory models, metaphors

**Abstract [En]:** The paper aims to compare the risk-based regulatory approaches proposed by the European Union and Great Britain to address the legal challenges raised by Artificial Intelligence systems. The investigation starts from the analyses of the technical characteristics of this technology that raise risks and new legal issues; focuses, in particular, on the regulatory models proposed and on the legal definitions of IA, highlighting how the objectives of protecting fundamental rights and to promote the development of innovations are common, even if implemented with different tools.

**Parole chiave:** Intelligenza artificiale; AI Act, algoritmi; amministrazione; tecnologia; machine learning, deep learning; rischio, sorveglianza, definizione

**Keywords:** Artificial intelligence; AI Act, algorithms; administration; technology; machine learning, deep learning; risk, oversight, definition

**Sommario:** 1. L'Intelligenza Artificiale e l'approccio regolatorio *risk-based*. 1.1. *AI Act*: graduazione dei rischi e principio di proporzionalità. 1.2. L'efficacia orizzontale, il cd. "Effetto Brussel" e l'anello mancante. 1.3. L'approccio regolatorio *light-touch* del Regno Unito. 2. L'IA come metafora: i regolatori alle prese con la sua definizione giuridica. 2.1. La definizione giuridica di IA secondo l'AI Act: *un work in progress*. 2.2. La definizione per caratteristiche *core* proposta dal Regno Unito. 3. Modelli regolatori e patchwork normativi: un'avventura appena cominciata.

## 1. Intelligenza Artificiale e l'approccio regolatorio *risk-based*

L'intelligenza artificiale è stata equiparata all'elettricità. Entrambe hanno connotato cambiamenti epocali della storia dell'uomo. L'elettricità ha caratterizzato la Seconda rivoluzione industriale a metà dell'800; l'Intelligenza artificiale (IA) è considerata una delle tecnologie trainanti della Quarta rivoluzione industriale<sup>1</sup>. Come parte delle scienze computazionali, l'IA è oggetto di studi e applicazioni e, almeno

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, 2019. Secondo il fondatore del *World Economic Forum*, l'anno di inizio di tale nuovo ciclo economico sarebbe il 2016. Nello stesso periodo, comincia la fibrillazione nel mondo accademico: risale al 2014 il primo "Studio centenario sull'IA (AI100)" con la partecipazione di esperti di tutto il mondo per intercettare gli impatti anche etici dell'IA, in ottica multidisciplinare cfr. <https://ai100.stanford.edu/history>; nel 2015, ricercatori e imprenditori scrivono una lettera sulle priorità di ricerca per una IA "robusta e vantaggiosa" (il documento è consultabile in <https://futureoflife.org/2015/10/27/ai-open-letter>). Le iniziative delle Istituzioni europee in materia di IA cominciano a delinearci nel 2017, con la convocazione del vertice europeo, sotto la presidenza estone; nel 2018, viene

negli Stati Uniti, ingenti finanziamenti per la ricerca a partire dagli anni Cinquanta; ma negli ultimi dieci anni ha fatto passi da giganti, grazie, da un lato, alla enorme disponibilità dei dati<sup>2</sup>, per effetto della pervasiva digitalizzazione della società attraverso la Rete, i *social network*, l'interoperabilità tecnologica e semantica tra i sistemi informativi, la tracciabilità di tutti gli aspetti delle interazioni umane; dall'altro, allo sviluppo delle capacità di calcolo ad alte prestazioni (*High Performance Computing HPC*) indispensabile per elaborarli.

Vi sono però almeno due caratteri che distinguono l'IA dall'elettricità e rendono la prima fonte di nuove sfide etiche e giuridiche. Il primo è la diversa velocità dello sviluppo<sup>3</sup>, cosicché ogni regola o categoria giuridica, che pare al momento adeguata a “governare” il fenomeno, rischia di diventare presto obsoleta.

---

pubblicata la comunicazione della Commissione sulla strategia UE per una AI affidabile (*L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 237 final) ed è istituito un gruppo di esperti (AI High Level Expert). Il gruppo di lavoro produce tre documenti: uno sulle linee guida etiche, fatte proprie dalla Commissione nell'aprile 2019; uno contenente raccomandazioni sulla politica e sugli investimenti per incentivare le innovazioni; e una checklist per la valutazione, a sistema normativo vigente, della affidabilità dei sistemi di IA (ALTAI). La *checklist* è stata poi testata, nella seconda metà del 2019, da circa 350 organizzazioni e i risultati, come riportato nel Libro Bianco del 2020 (COM(2020) 65 final), hanno fatto emergere la consapevolezza che “*sebbene i regimi giuridici o normativi esistenti prevedano già numerose prescrizioni, quelle relative alla trasparenza, alla tracciabilità e alla sorveglianza umana non sono contemplate dalla legislazione vigente in molti settori economici*”. Gli ultimi passaggi dell'articolato percorso, che ha visto una attiva partecipazione anche del Parlamento e del Consiglio europeo, sono costituiti, in particolare, dal Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale “*Un approccio europeo per l'eccellenza e alla fiducia*” del 19 febbraio 2020 che getta il ponte per la proposta di Regolamento che “*stabilisce regole armonizzate sull'IA*” cd. *Artificial Intelligence Act (AI Act)*, presentata dalla Commissione il 21 aprile 2021 e oggi giunta al suo terzo “*testo di compromesso*” del 16 settembre 2022 con rilevanti modifiche rispetto al testo originario e al quale si fa riferimento in queste pagine (il testo è disponibile nel [sito del Consiglio europeo](#)). Si segnala peraltro che il 28 settembre 2022 è stata pubblicata la proposta della Commissione per una direttiva in materia di responsabilità civile “non-contrattuale” per danni derivanti dall'utilizzo di sistemi di IA (COM(2022) 496 final) che si pone l'obiettivo di alleggerire l'onere della prova a carico di coloro che subiscono danni da utilizzo di sistemi di IA, tenendo conto, tra l'altro, del fatto che le “*specific characteristics of AI, including complexity, autonomy and opacity (the so-called “black box” effect), may make it difficult or prohibitively expensive for victims to identify the liable person and prove the requirements for a successful liability claim*”. Il testo della proposta è disponibile nel sito [della Commissione europea](#).

<sup>2</sup> Libro Bianco, cit. “*Semplificando possiamo dire che l'IA è un insieme di tecnologie che combina dati, algoritmi e potenza di calcolo. I progressi compiuti nell'ambito del calcolo e la crescente disponibilità di dati sono pertanto fattori determinanti per l'attuale crescita dell'IA*”.

<sup>3</sup> R. CUCCHIARA, *L'intelligenza non è artificiale*, 2021, p.82 “*dal fulmine sul parafulmine di Benjamin Franklin nel 1752 (probabilmente una fake news) alla lampadina brevettata di Edison nel 1879 (che non aveva peraltro inventato lui) insomma dall'idea al prodotto (sono) passati più di centoventi anni. Ora, con l'AI, i tempi si sono accelerati al punto che noi parliamo dell'impatto di ciò che nemmeno esiste o che è solo stato immaginato*”. Il ritmo di diffusione, evoluzione, produzione di applicazioni pratiche in tutti i settori industriali, sociali, economici, culturali è tale che nell'ultimo Report annuale dello *Stanford Institute for Human-Centered AI* del 2022, l'IA non è più considerata una tecnologia “*emergente*” essendo entrata nell'età della maturità. A supporto di questo salto di classe, vi sarebbero diversi indici registrati a livello mondiale: in un anno, l'incremento di investimenti privati risulta più che duplicato; i costi per lo sviluppo delle applicazioni sono diminuiti di oltre il 60%, con conseguente più ampia accessibilità anche da parte di imprese di non grandi dimensioni ai sistemi di IA; il numero dei brevetti è aumentato ad un tasso del 76%, con il primato mondiale detenuto dagli Stati Uniti (e l'ultimo posto dell'Europa). Insieme alla diffusione pratica, è aumentato anche il livello di consapevolezza dei rischi associati agli usi dell'IA, attestato, secondo il Report del 2022, dall'aumento considerevole della produzione scientifica, anche con riguardo ai “*profile etici*”, nonché dall'aumento della produzione regolatoria, sia con atti legislativi settoriali (nel 2021 sarebbero stati promulgati 18 atti legislativi su applicazioni di IA; a fronte di uno solo del 2016), che con atti di *soft-law*; cfr. D. ZHANG, N. MASLEJ, E. BRYNJOLFSSON, J. ETCHEMENDY, T. LYONS, J. MANYIKA, H. NGO, J. C. NIEBLES, M. SELLITTO, E. SAKHAEI, Y. SHOHAM, J. CLARK, R. PERRAULT, *The AI Index 2022 Annual Report, AI Index Steering Committee*, Stanford Institute for Human-Centered AI, Stanford University, 2022, consultabile [sul sito dell'Istituto](#)

Il secondo è la diffusa consapevolezza dei rischi connessi agli usi dell'IA per i diritti fondamentali<sup>4</sup> nonché per gli stessi meccanismi di funzionamento della democrazia e dello Stato di diritto; rischi che dipendono dalle caratteristiche tecniche di tale “famiglia di tecnologie”. Regolatori, scienziati, filosofi, *policy maker* di tutto il mondo sono così impegnati almeno negli ultimi anni a mappare gli impatti pregiudizievole che, accanto agli indiscussi benefici, possono derivare dalle applicazioni di IA, sia alla sfera individuale che a quella collettiva, e a prospettare possibili soluzioni politico-giuridiche. Il dibattito è tuttora in corso<sup>5</sup>, si svolge

<sup>4</sup> Per una panoramica dei possibili usi, sia nel contesto privato che in quello pubblico, dei sistemi di IA e dei rischi per i diritti fondamentali, cfr. Agenzia Europea per i Diritti fondamentali (FRA), *Getting the Future Right. Artificial Intelligence and Fundamental Rights*, Publications Office of the European Union, 2020, disponibile [sul sito dell'Agenzia](#).

<sup>5</sup> Anche in Italia, la produzione scientifica in materia di questioni giuridiche sollevate sia dall'utilizzo di algoritmi deterministici che dai sistemi di IA (spesso analizzati in modo promiscuo) pur essendo recente è già corposa: cfr. da ultimo, A. PAPA, *Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, 10 agosto 2022, in [www.federalismi.it](#). Il dibattito è stato alimentato anche da casi giudiziari esaminati dai giudici amministrativi F. COSTANTINO, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti - algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2022, 6, 1507. Con particolare riguardo ad un'analisi delle più rilevanti esperienze di uso dell'intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane, compresa quella di *rule-making*, cfr. N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal. Rivista di biodiritto*, 2022, 2, pp. 476 ss. per i profili costituzionali cfr. R. TREZZA, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale*, in [www.federalismi.it](#), 2022, 16, pp. 277 ss. B. CARAVITA di TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020, pp. 451 ss.; A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di) *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 37 e ss.; per un'analisi giuridica degli usi quotidiani delle applicazioni di intelligenza artificiale, cfr. L. PORTINALI, *Intelligenza artificiale: storia, progressi e sviluppi tra speranze e timori*, in *MediaLaws*, 2021, 3, pp. 13 ss. cfr. per tutte le implicazioni con il mondo del diritto, anche sotto il profilo delle professionalità emergenti, A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020. Cfr. B. MARCHETTI, *La garanzia dello Human in the Loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, *Biolaw*, 2021, 367; G. MARCHIANÒ, *Intelligenza artificiale: LA specifiche e l'amministrazione provvedimentale - LA generali e i servizi pubblici*, in [Federalismi.it](#), 2021; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in [Federalismi.it](#), 2021; G. GALLONE, A. G. OROFINO, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. It.*, 2020, 1738; A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, 366; R. MATTERA, *Processo - decisioni algoritmiche. Il Consiglio di stato fissa i limiti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 809; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in [Federalismi.it](#), 2020; B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in [Federalismi.it](#), 2020; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2020, 305; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2020, pp. 277; A. SOLA, *Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attività amministrativa*, in [Federalismi.it](#), 2020; M. TIMO, *Algoritmo - Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di stato*, in *Giur. It.*, 2020, 1190; anche G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in [Federalismi.it](#), 2019; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *"Umano troppo umano". Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pub.*, 2019, 5; I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi? In Istit. fed.*, 2019; A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270*, [www.rivistagiuridicaeuropea.it](#), 2019; G. M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2019, 39; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2019, 773; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in [Federalismi.it](#), 2019; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amm.*, 2018, 1787; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), 2018; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amm.*, 2018, 1598. Cfr., per i profili relativi alla opacità di alcuni sistemi di intelligenza artificiale in relazione al principio di trasparenza, G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, 30 giugno 2021, in [Federalismi.it](#).

in un dialogo planetario che tocca tutti i livelli di regolazione, sovranazionale – come quello eurounitario - internazionale<sup>6</sup>, di “autoregolazione” prodotta sia dalle Big Tech che dominano il mercato digitale, sia dagli organismi internazionali di normazione (ISO e IEEE, in particolare)<sup>7</sup>, con influenze reciproche, ma su alcuni rischi vi è oggi una sostanziale convergenza: a) il rischio dei *bias* discriminatori che si annidano nei dati, viste l’enorme scala, le diverse fonti, la velocità del loro flusso, nonché le molteplici applicazioni in contesti diversi anche di uno stesso sistema di IA; b) il rischio di perdita del controllo umano e della responsabilità per gli eventuali danni, in considerazione del carattere di “autonomia”, a diversi livelli, che connota i sistemi di IA, non essendo sempre possibile, neanche da parte di coloro che li progettano e realizzano, prevedere come il sistema opererà nel dettaglio e sulla base di quali criteri produrrà i suoi risultati; c) il rischio di non comprensibilità delle decisioni che hanno un impatto diretto sulla sfera giuridica dei destinatari, vista la “opacità” (*black box*) dei meccanismi di operatività di alcuni sistemi come quelli di *deep learning* d) il rischio di usi distorti dei sistemi di IA, a fini di sorveglianza sociale o di *vulnus* dei principi fondanti la democrazia, come drammaticamente emerso nello scandalo *Facebook/Cambridge Analytica*, scoppiato nel 2018 ma riferito a fatti verificatisi prima, in cui 87 milioni di dati di utenti *Facebook* sono stati utilizzati, mediante l’app *Thisisyourdigitallife*, allo scopo di influenzare le manifestazioni di voto per l’elezione del Presidente degli Stati Uniti e il referendum sulla Brexit<sup>8</sup>.

Accanto ai rischi, i sistemi di IA promettono però anche enormi benefici: efficienza nei settori pubblici, con riguardo in particolare alla mobilità, salute, finanza, ambiente, servizi pubblici; personalizzazione dei servizi rispetto alle esigenze dei consumatori/clienti, efficienza e ottimizzazione delle risorse, inclusività; aumento della produttività. L’approccio regolatorio che si va diffondendo è pertanto *risk-based*: la tecnologia non è vietata di per sé, ma ammessa “con cautela” per i benefici e le opportunità che apporta: il suo uso è sottoposto a misure che operano in via preventiva, che possono al limite anche prevedere la proibizione di specifici utilizzi o applicazioni, ma che sono in generale dirette ad evitare che il rischio si

---

<sup>6</sup> Cfr., T. BURRI, *The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence: Fuzzy Ethics Diffuse into Domestic Law and Sideline International Law*, 2021, disponibile [nel sito ssm](#) per una panoramica delle iniziative assunte dalle organizzazioni internazionali per mettere a fuoco le sfide etiche poste dalla diffusione delle applicazioni di IA e dell’impatto dei principi etici sui processi di normazione in corso. Una ricognizione del del contesto internazionale è rinvenibile anche nel Piano coordinato sull’IA dell’Unione Europea, oggetto di revisione nel 2021; cfr. *infra* nota 14.

<sup>7</sup> M. EBERS, *Standardizing AI – The Case of the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in *the Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, 2021, disponibile nel [sito ssm](#); L. FLORIDI, *The end of an era: from self-regulation to hard law for the digital industry*, 2021, disponibile in [nel sito researchgate](#).

<sup>8</sup> Per i risvolti della nota vicenda nell’ordinamento italiano, cfr. [sul sito istituzionale del Garante Privacy](#); C. SERBANESCU, *Why Does Artificial Intelligence Challenge Democracy? A Critical Analysis of the Nature of the Challenges Posed by AI-Enabled Manipulation*, in *Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies*, 2021, 5, p. 105-128, consultabile [sul sito ssm](#). Da ultimo, il Parlamento europeo ha messo in luce i possibili impatti meta-individuali derivanti dalla diffusione e dall’utilizzo dei sistemi di IA, osservando come tali strumenti stiano diventando sempre più uno strumento di manipolazione e abuso nelle mani di alcuni attori aziendali o di governi autocratici, portando a forme di spionaggio digitale, a “guerre su scala ridotta” a campagne di disinformazione che pongono rischi, non solo per i diritti fondamentali in una prospettiva individuale, ma anche per i sistemi democratici: cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 sull’Intelligenza Artificiale nell’era digitale (P9\_TA(2022)0140, punto 97.

tramuti in danno<sup>9</sup>. Gli approcci *risk-based* possono articolarsi in modelli regolatori diversi e utilizzare strumenti giuridici vari, diretti a valutare, gestire, mitigare il rischio ed una esemplificazione della varietà di declinazione emerge dal confronto tra l’iniziativa regolatoria intrapresa dall’Unione Europea con la proposta di regolamento del 21 aprile 2021 (*Artificial Intelligence Act, AI Act*)<sup>10</sup> e, più di recente, quella del governo inglese, con la pubblicazione del documento programmatico “*Establishing a pro-innovation approach to regulating AI*” del 18 luglio 2022.<sup>11</sup>

### 1.1. *AI Act*: graduazione dei rischi e principio di proporzionalità

La proposta dell’*AI Act* è stata preceduta da una pletera di documenti delle Istituzioni dell’Unione<sup>12</sup>, tra i quali assume particolare rilievo il cd. Libro Bianco sull’Intelligenza Artificiale del 19 febbraio 2020<sup>13</sup> che, nel delineare la strategia dell’Unione per affrontare le sfide poste dal diffondersi dei sistemi di IA, individuava due obiettivi: a) assicurare all’Unione Europea una posizione di *leadership* nello scenario dell’economia digitale mondiale, recuperando il *gap* rispetto a Stati Uniti e Cina e promuovendo

---

<sup>9</sup> L’ottica del regolatore è pertanto preventiva, perché, semplificando, il rischio è la possibilità o probabilità di un danno e come tale si proietta nel futuro; guarda al danno come qualcosa che non è ancora accaduto, che probabilmente accadrà e che è da evitare. Ma, con riguardo ai sistemi di “gestione” del rischio, esso è sempre una combinazione tra la probabilità che un evento si verifichi e la stima, anch’essa quantitativa, di quali conseguenze ci sarebbero in caso si verificasse l’evento da evitare. Valutazioni quantitative che già solo per questo creano non pochi problemi quando sono in gioco valori e diritti fondamentali, da un lato, non sempre riducibili a stime quantitative, e fenomeni emergenti, dall’altro, per i quali non si hanno serie storiche; né le misure di mitigazione prese valgono una volta e per sempre, avendo il rischio a che fare con l’incertezza: “*il rischio ha per oggetto un evento futuro (...) la valutazione della possibilità che l’evento si verifichi e la scelta della misura più idonea a fronteggiarlo sono strettamente condizionate dallo stato delle conoscenze scientifiche*”, G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in (a cura di), G. Rossi, *Diritto dell’ambiente*, 2015, p. 169. In realtà, secondo l’Autore, “*interi comparti di legislazione possono essere interpretati in questa chiave. Il sistema delle assicurazioni sociali è un sistema di assicurazione contro il rischio (...) L’infortunio, la malattia, l’invalidità, la disoccupazione sono appunto rischi contro i quali la sicurezza sociale tende a proteggere. Molte delle norme amministrative possono essere lette come norme contro il rischio. Si pensi alle norme che sottopongono l’attività privata ad una autorizzazione, ad una licenza, a una abilitazione, a un nulla osta e a qualsiasi atto di assenso dell’autorità. Esse presuppongono tutte che il privato, svolgendo la sua attività – commerciale, industriale, professionale – possa mettere a repentaglio interessi di altri, procurare un danno, ledere l’interesse pubblico (...). Il regime autorizzatorio si fonda sull’assunto che ci sia un soggetto (l’autorità amministrativa) capace, con una valutazione ex ante, di prevenire i rischi inerenti all’attività del privato, prevenirli, negando l’autorizzazione, o subordinandola a particolari condizioni?*” (p. 165). Cfr. G. DE GREGORIO, P. DUNN *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age* disponibile in [sul sito ssrn](#) anche “*The term “risk” has been defined in many ways. 5 A vernacular interpretation identifies it with a danger which may or may not take place and which can only be foreseen to a certain extent. More technically, however, risk is a combination between the probability of a defined hazard occurring and the magnitude of the consequences that hazard may entail. 6 Risk can thus serve as a proxy for decision-making, based on the forecasting of future positive and negative events*”.

<sup>10</sup> Sulla proposta, nella letteratura italiana, cfr. G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, 2, 2022, pag. 303; D. MESSINA, *La proposta di Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale: verso una “discutibile” tutela individuale di tipo consumer-centric nella società dominata dal pensiero artificiale*, in *Medialaws*, 2022, 2; F. LAMBERTI, *La proposta di regolamento UE sull’Intelligenza Artificiale alla prova della privacy*, in [www.Federalismi.it](#), 29 giugno 2022, pp. 2 ss. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, 2022, 415.

<sup>11</sup> Disponibile, unitamente ai lavori preparatori, in [sul sito istituzionale del Governo](#).

<sup>12</sup> Cfr. nota 1.

<sup>13</sup> COM(2020) 65 final

l'innovazione in una scala sovranazionale<sup>14</sup> (cd. *ecosistema di eccellenza*)<sup>15</sup>; b) garantire lo sviluppo di una IA conforme ai principi, valori e diritti fondamentali fondanti l'ordinamento eurounitario (cd. *ecosistema di fiducia*)<sup>16</sup>.

Come espressamente indicato nella relazione di accompagnamento alla proposta della Commissione dell'*IA Act*, tale iniziativa legislativa mira “*ad attuare il secondo obiettivo al fine di sviluppare un ecosistema di fiducia proponendo un quadro giuridico per un'IA affidabile*”. La finalità dichiarata è pertanto quella di salvaguardare la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali<sup>17</sup>. Il raggiungimento di tale obiettivo è affidato anche alla scelta

---

<sup>14</sup> Per una ricognizione dello scenario geopolitico in cui si muovono le iniziative regolatorie in materia di IA, cfr. A. MALASCHINI, *Regolare l'intelligenza artificiale. Le risposte di Cina, Stati Uniti, Unione Europea, Regno Unito, Russia e Italia*, in P. SEVERINO (a cura di), *Intelligenza Artificiale*, Luiss University Press, Roma, 2022, p. 104.

<sup>15</sup> L'obiettivo della sovranità digitale dell'Unione europea nell'economia fondata sui dati anche in materia di sviluppo dei sistemi di IA (*ecosistema di eccellenza*) è realizzato non solo con strumenti normativi che possano garantire una cornice regolatoria certa e stabile, ma anche utilizzando strumenti di cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, al fine di rafforzare la capacità produttiva delle industrie e della ricerca europee. Pertanto, raccogliendo la sollecitazione del Consiglio europeo di giugno 2018 “*a collaborare con gli Stati membri per definire un piano coordinato in materia di IA*”, è stato siglato tra Unione e Stati un impegno congiunto “Piano coordinato sull'IA” oggetto della Comunicazione della Commissione COM(2018) 795 final e rivisto nel 2021 (COM(2021) 205 final). Il Piano si pone l'obiettivo di massimizzare il potenziale dell'Europa nel competere a livello globale, definendo azioni comuni che consentano di accelerare gli investimenti, allineare le politiche e le strategie degli Stati membri, individuare settori prioritari indicati come “ad alto impatto”. La parola d'ordine, ripetuta anche nella proposta dell'AI Act, è evitare la frammentazione, ritenuta il vero ostacolo per vincere la competizione globale in materia di IA. In linea con il Piano di coordinamento del 2021, anche l'Italia ha adottato nel novembre 2021 un Programma Strategico per l'Intelligenza Artificiale (IA) 2022-2024, definendo obiettivi, settori prioritari ed aree di intervento, con la finalità di convogliare anche i fondi del PNRR per la digitalizzazione. Il programma è consultabile nel sito istituzionale <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/intelligenza-artificiale-l-italia-lancia-la-strategia-nazionale/>.

<sup>16</sup> La risoluzione del Parlamento europeo concernente un quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate del 20 ottobre 2020 ((2020/2012(INL)) raccomandava specificamente alla Commissione di proporre una misura legislativa per sfruttare le opportunità e i benefici dell'IA, ma anche per assicurare la tutela dei principi etici.

<sup>17</sup> Nel corpo del testo, la trilogia viene ripetutamente citata, quasi a voler attribuire “*al diritto alla salute*” una posizione distinta rispetto a quella degli altri diritti fondamentali riconosciuti sia dal internazionale che dal diritto costituzionale degli Stati membri. In realtà il riferimento espresso, accanto ai “diritti fondamentali”, sia della salute che della sicurezza attesta quello che è stato ritenuto il vizio di origine dell'IA Act. Dietro l'apparente novità, la proposta di regolamento risente infatti dell'influenza del cd. “*New Legislative Framework*”, ovvero della normativa di armonizzazione introdotta sotto tale denominazione a partire dal 2008, per garantire la sicurezza dei prodotti pericolosi (anche per la salute), mediante la previsione di standard comuni e valutazioni di conformità, al fine di garantirne la libera circolazione nel mercato unico. Tale impostazione, ad avviso di una parte della dottrina, avrebbe anche indotto la Commissione a concepire i sistemi di IA come “prodotti”, attribuendo le maggiori responsabilità in capo ai “provider” equiparati ai produttori di lavastoviglie o giocattoli, in una visione iper-semplificata rispetto a come essi invece funzionano realmente: cfr. L. EDWARDS, *Regulating AI in Europe: four problems and four solution*, disponibile in [www.adalovelaceinstitute.org/report/regulating-ai-in-europe](http://www.adalovelaceinstitute.org/report/regulating-ai-in-europe) “*while this scheme has worked relatively well for tangible products, the division of duties seems too much more questionable in a world of AI as a service which learns and changes, AI as a service or upstream AI services, general purpose AI or AI as part of the services of a platform (the AI Lifecycle) (...) AI is not a product nor a “one-off” service, but a system delivered dynamically through multiple hands in different context with different impacts on various individuals and groups*”. Di contraria opinione, quanto alla corretta trasposizione del modello regolatorio già vigente per i prodotti anche per l'IA, cfr. G. MAZZINI, S. SCALZO, *The proposal for Artificial Intelligence Act: considerations around some key concepts*, 2022, disponibile [sul sito ssnr](http://sul sito ssnr), i quali sottolineano la necessità di considerare i sistemi di IA, salve alcune specificità regolatorie, alla stregua di “prodotti”, proprio al fine di ripartire in modo chiaro la responsabilità tra i diversi attori che sono coinvolti nella catena di valore di tali sistemi, dalla progettazione alla loro dismissione; gli Autori osservano peraltro che la articolazione della filiera di produzione e l'interazione tra i diversi livelli anche per effetto delle componenti di un sistema complesso non è sconosciuta neanche ad alcuni prodotti “tangibili” tradizionali, come automobili o velivoli (come si

dello strumento giuridico, avendo il regolamento diretta efficacia negli ordinamenti nazionali, una volta diventato applicabile. Ma, in realtà, la scelta di tale atto legislativo guarda anche all'altro obiettivo, poiché mira ad armonizzare le regole previste per lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi di IA. La base legislativa è infatti costituita dall'art. 114 del TFUE trattandosi di misure destinate ad assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno e, forse un po' forzatamente, dall'articolo 16 del TFUE che concerne la protezione dei dati personali, quando però essa costituisce lo specifico obiettivo dell'intervento legislativo. Come sottolineato dalla Commissione, l'iniziativa mira in realtà anche a garantire la "certezza del diritto", funzionale alla realizzazione di un "ecosistema di eccellenza", ed ad evitare la frammentazione regolatoria<sup>18</sup> che cominciava a prendere piede tra gli Stati membri al momento della proposta.

Invocando il principio di proporzionalità, l'architettura normativa è fondata su questa idea: poiché non tutte le applicazioni di IA sono uguali, e neanche i rischi derivanti lo sono, le misure di mitigazione devono essere diverse a seconda della gravità del rischio. Vengono così individuati già a monte dal legislatore quattro livelli di rischio: a) *rischio inaccettabile* con conseguente proibizione delle pratiche di IA; b) *rischio alto*, con applicazione di molteplici obblighi di conformità, valutazione, registrazione, tracciamento, qualità dei dati posti in capo agli attori della filiera, che costituiscono il *core* dell'impianto normativo di armonizzazione; c) *rischio medio*, riferito a "certi" sistemi che interloquiscono direttamente con le persone fisiche o che sono idonei al "*riconoscimento delle emozioni*" per i quali si prevedono obblighi di informazione, al fine di rendere gli interlocutori imani consapevoli di avere a che fare con una macchina (cd. Bot disclosure); d) *rischi minimi*, con riguardo a tutti gli altri sistemi, per i quali viene incentivato il ricorso alla *self-regulation* con l'adozione di "codici di condotta".

Ognuna di queste categorie meriterebbe un'analisi approfondita, non compatibile con l'oggetto di queste riflessioni<sup>19</sup>. Ma il dibattito, scientifico e istituzionale, che accompagna l'iter legislativo si è concentrato

---

vedrà *infra*, l'analogia appare però non proprio confacente, poiché tali settori sono stati esclusi dall'ambito di applicazione del Regolamento in discussione).

<sup>18</sup> Come riportato nella Relazione di accompagnamento, p. 6: "*Taluni Stati membri stanno già prendendo in considerazione l'adozione di regole nazionali destinate ad assicurare che l'IA sia sicura e venga sviluppata e utilizzata nel rispetto dei diritti fondamentali. È probabile che ciò determini due problemi principali: i) una frammentazione del mercato interno su elementi essenziali concernenti in particolare i requisiti dei prodotti e dei servizi di IA, la loro commercializzazione, il loro utilizzo, la responsabilità e il controllo da parte delle autorità pubbliche; ii) la riduzione sostanziale della certezza del diritto tanto per i fornitori quanto per gli utenti dei sistemi di IA in merito alle modalità secondo cui le regole nuove e quelle esistenti si applicheranno a tali sistemi nell'Unione. Data l'ampia circolazione di prodotti e servizi a livello transfrontaliero, questi due problemi possono essere risolti al meglio attraverso l'armonizzazione della legislazione a livello UE*" (relazione di accompagnamento).

<sup>19</sup> Sinteticamente, in una scala di progressiva significatività del possibile impatto pregiudizievole su "salute, sicurezza e diritti fondamentali", al gradino più alto ci sono le applicazioni di IA proibite, perché a "rischio inaccettabile": pratiche manipolative, idonee a distorcere il comportamento umano, o con l'utilizzo di tecniche subliminali o mediante lo sfruttamento della vulnerabilità di singoli o gruppi di persone; pratiche di "*social scoring*", sistemi di identificazione biometrica in tempo reale, in spazi pubblici e per attività di contrasto (salvo che non ricorrano le condizioni in cui anche tali sistemi di identificazione siano ammessi). La valutazione di incompatibilità nel caso di queste "pratiche" è fatta, una volta per tutte, dal legislatore: agli operatori spetta pertanto solo l'attività di accertare se in concreto l'applicazione o la

oltre che sui contenuti di ciascun livello di rischio, sui “criteri” utilizzati per la classificazione, ravvisandosi una attuazione astratta del principio di proporzionalità. In sostanza, con specifico riguardo ai sistemi di IA ad *alto rischio*, il bilanciamento tra l’esigenza di sviluppo dell’innovazione e la tutela dei diritti fondamentali si è tradotto in una “lista” di pratiche di IA suddivisa in otto aree di riferimento, considerate *ex ante* rischiose per scopo e contesto specifici (“*intended to be used*”)<sup>20</sup> e sottoposte pertanto alle misure di armonizzazione. Manca però l’indicazione dei criteri sulla base dei quali, per tali scopi e contesti, è stato valutato sempre e comunque alto il rischio della applicazione di IA. Omissione di particolare rilievo, poiché, in primo luogo, al fine di adeguare la disciplina all’evoluzione futura delle tecnologie, la Commissione ha il potere di integrare l’elenco - rispettando però le otto aree previste - mediante l’adozione di atti delegati, cosicché potrebbe rivelarsi difficile valutare l’esercizio di tale potere decisionale<sup>21</sup>; in secondo luogo, spettando agli operatori unicamente la verifica, non del livello di

---

soluzione di AI che intendano immettere sul mercato o utilizzare rientri in una delle tipologie vietate. Con riguardo a quelle manipolative, in particolare, anche a prescindere dalla mancata definizione delle “tecniche subliminali”, è stato osservato che il pregiudizio, individuale o collettivo che sia, non sempre è percepibile nell’immediato, potendo derivare dall’effetto cumulativo dilatato di tempo, così da rendere difficile anche la prova che tale pregiudizio vi sia stato: cfr. M. VEALE, F.Z. BORGESIU, *Demystifying the draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, cit., p. 99 “*In real life, harm can accumulate without a single event tripping a threshold of seriousness, leaving it difficult to prove.18 These ‘cumulative’ harms are reinforced over time by their impact on individuals’ environments, with hyperpersonalisation, engagement and ‘dwell’ metrics and impact on children often called out in this regard.19 Indeed, manipulation in other fields of law leaves the Draft AI Act already looking dated.* Quanto ai sistemi *high-risk*, che costituiscono l’architrate del regolamento, essi sono in realtà suddivisi in due categorie: a) quelli che costituiscono componenti di prodotti già soggetti alla normative di armonizzazione settoriali, elencate nell’allegato II Parte A (macchine, giocattoli, ascensori, apparecchi e sistemi di protezione destinati a essere utilizzati in atmosfera potenzialmente esplosiva, apparecchiature radio, attrezzature a pressione, attrezzature per imbarcazioni da diporto, impianti a fune, apparecchi che bruciano carburanti gassosi, dispositivi medici e dispositivi medico-diagnostici in vitro); b) quelli che invece sono “*standalone*” e che rientrano nell’elenco contenuto nell’allegato III, che li classifica in otto aree: riconoscimento biometrico (laddove non sia vietato dall’articolo 5), infrastrutture critiche e protezione dell’ambiente, istruzione e formazione, lavoro, accesso ai servizi essenziali e ai benefici, azioni di contrasto (*Law enforcement*), migrazione asilo e controllo delle frontiere, amministrazione della giustizia e processi democratici. Per i primi, poiché i prodotti di cui fanno parte o in cui consistono sono già sottoposti a valutazione di conformità secondo la normativa speciale, i requisiti di conformità previsti dal Regolamento dovranno essere integrati nelle relative procedure. Per i secondi, invece si prevedono requisiti obbligatori coprono tutto il ciclo di vita del sistema di IA (valutazione di conformità, requisiti di qualità dei dati impiegati, obblighi di documentazione, di tracciabilità, di supervisione umana), da ottemperarsi prima della messa sul mercato dell’applicazione di IA.

<sup>20</sup> Una delle lacune riscontrate nella proposta originaria era proprio l’eccessivo focus sullo specifico “obiettivo” assegnato al sistema, non prendendosi in considerazione i cd. sistemi di IA “*general purpose*” (ad applicazione generalista), progettati e realizzati soprattutto dalle *Tech Giant*, ma che sono suscettibili di applicazioni in diversi contesti, con impatti differenti su diversi individui o gruppi (riconoscimento visivo, analisi del linguaggio naturale, riconoscimento vocale) e resi disponibili anche mediante API alle imprese diverse dai fornitori (“*users*” secondo la nomenclatura del testo) che ne decidono la specifica contestualizzazione. L’irrompere sul mercato di tali sistemi, la difficoltà di distinguere sotto il profilo della responsabilità la posizione dei provider da quella degli *users*, oltre che note vicende di cronaca in cui è emerso come, per effetto delle molteplici applicazioni, i *bias* discriminatori che si annidano negli algoritmi o nei dati hanno una potenzialità espansiva non controllabile. Nel primo testo di compromesso è stato infatti introdotto un titolo dedicato ai sistemi *general purpose*, (articoli 4a-4c), anche in accoglimento delle osservazioni pervenute in sede di consultazione pubblica; cfr. C. BOINE, *General purpose artificial intelligence systems and the European Commission's proposed regulation*, <https://ssrn.com/abstract=418361>; C.MULLER, V. DIGNUM, M. AVRAMIDOU, M.F. PENALVER, *ALA in-depth. Objective, scope, definition*, 2021, disponibile in <https://allai.nl/aia-in-depth-series-of-papers>.

<sup>21</sup> Cfr. L. EDWARDS, *Regulating AI in Europe: four problems and four solution*, cit., secondo cui la mancanza di riferimenti certi, se non quelli di “compromessi politici” sottesi alla classificazione, già oggi rende difficile distinguere un sistema

rischiosità, ma dell'appartenenza di una specifica applicazione all'una o altra categoria, dovrebbe richiedersi una perimetrazione quanto più possibile precisa delle diverse aree ed applicazioni, al fine di evitare che le ambiguità linguistiche si traducano in fragilità dell'impianto normativo.

Un'apertura nel senso di maggiore flessibilità è però contenuta nel terzo testo di compromesso dell'*LA Act* di settembre 2022: si prevede ora che, anche per i sistemi ad alto rischio già contenuti nell'allegato III, debba prendersi in considerazione la significatività dell'impatto rischioso dell'output del sistema di IA, mettendolo in relazione alla decisione o all'azione intrapresa da una persona fisica. Una sorta di recupero a valle della dimensione concreta del principio di proporzionalità.

Va peraltro osservato che, anche su questo specifico profilo della valutazione in astratto o in concreto del rischio, è stata determinante la circolarità dei modelli. La breccia nella rigidità della lista è infatti espressamente ispirata al *framework* per la classificazione dei sistemi di IA pubblicato dall'OCSE il 22 febbraio 2022<sup>22</sup> che prevede, non liste predefinite, ma cinque differenti dimensioni per valutare l'impatto di una applicazione di IA: a) *pianeta e persone*, con riguardo sia ai profili anche ambientali, sia, quanto agli individui, al grado di competenza tecnica degli utilizzatori finali, da quello "amatoriale" a quello "esperto", dipendendo da questo anche l'effettivo contenuto degli obblighi di trasparenza e spiegabilità; b) *contesto economico e settoriale*, poiché anche se i sistemi di IA (come quelli *general purpose*) impiegati in diversi settori e applicazioni sono gli stessi, le loro implicazioni dipendono dallo specifico contesto in cui sono inseriti (un algoritmo predittivo, pur rispondendo ad un medesimo modello, impiegato nella logistica non ha lo stesso impatto se utilizzato nella finanza o nella sanità); c) *dati e input di esperti*, per i quali rileva la provenienza, il metodo di collezione dei dati ad opera della macchina, sensori e/o dell'uomo, l'origine, ma anche la fase in cui essi sono elaborati (se nella fase di training, "in the lab", o durante la produzione dell'output, "in the field"); d) il *modello di IA*, ad esempio se si usano sistemi "simbolici" o di "machine learning", dipendendo tecnicamente dal modello la praticabilità ad esempio del principio di spiegabilità (i sistemi di *deep learnig*, che utilizzano reti neurali artificiali, sono più affidabili in termini di accuratezza, ma connotati, come accennato, dalla "black box"); e) *compiti e output attesi* (identificazione e classificazione dei dati; connessione *data point* per rilevare anomalie; previsione; personalizzazione; supporto all'interazione (tra macchina e uomini con ausilio multimediale di testo immagini e voce); ottimizzazione guidata da obiettivi; modellazione e simulazione. Ognuna di queste dimensioni, secondo il framework OCSE, ha

---

vietato da uno ammesso con le misure di mitigazione (ad esempio con riguardo ai sistemi di *social scoring* – vietati - che potrebbero però configurarsi in tutti i contesti elencati nell'allegato III); ne consegue che sarà difficile se non impossibile giustificare sulla base di quali criteri un nuovo sistema di IA dovrebbe essere aggiunto all'elenco che appare "*unacceptably arbitrary, denying justiciability and lacking futureproofing*".

<sup>22</sup> Consultabile [nel sito istituzionale dell'OCSE](#).

peraltro un rilievo diverso, a seconda della fase del ciclo di vita di un sistema di IA, in una visione dinamica che impatta sia sulla identificazione dei diversi attori coinvolti che sul riparto di responsabilità<sup>23</sup>.

## 1.2. L'efficacia orizzontale, il cd. "Effetto Brussels" e l'anello mancante

Il mercato europeo è costituito da 450 milioni di persone e vale un sesto dell'economia mondiale. Le aziende che progettano, realizzano, utilizzano e sviluppano sistemi di IA, anche come "fornitori di servizi di piattaforma di base" (*Gatekeeper*), come Google, Amazon, Meta, sono radicati per lo più fuori Europa, ma per avere a che fare con il mercato dell'Unione dovranno dimostrare di essere conformi ai requisiti obbligatori previsti dall'*AI Act*, poiché esso ha una vocazione extraterritoriale. Come previsto dall'articolo 2 della proposta, le disposizioni ivi contenute si applicano infatti ai sistemi di IA che messi in servizio o utilizzati nel mercato dell'Unione, a prescindere dalla circostanza che il *provider* o l'*user* del sistema siano stabiliti nell'Unione o in uno Stato terzo (Stati Uniti e Cina, soprattutto)<sup>24</sup>. Almeno per i sistemi ad alto rischio, come già osservato, la proposta prevede una pluralità di requisiti obbligatori da rispettare e da dimostrare di aver rispettato prima che il sistema di IA entri in funzione: ne deriva che, visto che il settore digitale almeno per tutte le Big Tech ha una dimensione mondiale, sarà pratico e, per economia di scala, anche economico che gli operatori di tale mercato si adeguino agli stessi standard imposti dall'Unione Europea anche per rivolgersi a mercati extraeuropei (ai quali resterebbe peraltro difficile spiegare perché lo standard dovrebbe essere diverso, e in termini di sicurezza e protezione dei diritti, magari inferiore). Questo meccanismo, in cui forza vincolante delle regole e globalizzazione dei mercati si incontrano, viene

---

<sup>23</sup> Secondo i Principi OCSE contenuti nella Raccomandazione del Consiglio sull'IA del 22 maggio 2019, il lifecycle dei sistemi di AI, comprende: a) la pianificazione e progettazione, raccolta ed elaborazione dei dati e costruzione del modello ed interpretazione; b) la verifica e convalida; c) lo sviluppo; d) lo funzionamento e monitoraggio. Il framework per la classificazione utilizza questo quadro come struttura complementare per comprendere le caratteristiche tecniche chiave di un sistema AI. L'ottica dinamica con cui guardare ai sistemi di IA era stata sollecitata da più parti, anche con riguardo alla formulazione originaria dell'IA Act e nelle più recenti formulazioni, il concetto è stato inserito nelle definizioni giuridiche di cui all'articolo 3 (1.a) "*life cycle of an AI system' means the duration of an AI system, from design through retirement. Without prejudice to the powers of the market surveillance authorities, Such retirement may happen at any point in time during the post-market monitoring phase upon the decision of the provider and implies that the system may not be used further. An AI system lifecycle is also ended by a substantial modification to the AI system made by the provider or any other natural or legal person, in which case the substantially modified AI system shall be considered as a new AI system*". I modelli di IA impattano sulla conformazione delle specifiche fasi. Ciò è ad esempio evidente con riguardo alla fase finale della "dismissione" del sistema, quando cioè l'organizzazione decide di mettere fuori servizio un sistema di IA o quando – punto chiave – sono introdotte modifiche significative, tali da rendere il sistema completamente diverso da ciò che era prima. La categoria di "modifica significativa" però ha un contenuto diverso a seconda del modello di IA cui si riferisce: se si tratta di un'applicazione di machine learning, il "cambiamento" è strutturale, adattandosi automaticamente al in modo da raggiungere l'obiettivo, cosicché "*changes occurring to the algorithm and the performance of AI systems which continue to 'learn' after being placed on the market or put into service (i.e. automatically adapting how functions are carried out) should not constitute a substantial modification, provided that those changes have been pre-determined by the provider and assessed at the moment of the conformity assessment*" (Relation 66).

<sup>24</sup> L'AI Act, secondo la logica "*command and control*" prevede sanzioni amministrative elevate, anche fino 30 milioni di euro o il 6% del fatturato, a seconda di quale sia maggiore.

indicato come “Effetto Brussels”<sup>25</sup>. L’aver scelto di adottare con riguardo all’IA una cornice normativa *ad hoc* e con efficacia orizzontale, piuttosto che optare per interventi chirurgici della normativa esistente, colmando le lacune non risolvibili con interpretazioni evolutive, va, grazie a questo meccanismo, nella direzione di rafforzare la posizione di “*leadership by example*” dell’Unione Europea, alimentando il dialogo mondiale sulle sfide etico-giuridiche derivanti dalla diffusione di IA e sui valori cui dovrebbe informarsi la governance del fenomeno<sup>26</sup>, in cui la voce dell’Unione si fa sentire forte<sup>27</sup>.

Ad uno sguardo più attento, si vede però una crepatura nel disegno complessivo. Restano esclusi dal campo di applicazione di tutte le nuove regole, comprese quelle che sanciscono proibizioni per i sistemi ritenuti a rischio inaccettabile, tutti i settori della mobilità e trasporto, laboratori di avanguardia sia per gli sviluppi della tecnologia relativi ai mezzi di trasporto e all’ambiente in cui essi sono inseriti (*Smart Cities*),

---

<sup>25</sup> A. BRADFORD *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* Oxford University Press, 2020, p. 18: “the EU has become the global regulatory hegemon unmatched by its geopolitical rivals. [This] challenges the critics’ view that portrays the EU as a powerless global actor, and shows how such a criticism focuses on a narrow and outdated vision of what power means today (...) promulgates regulations that influence which products are built and how business is conducted, not just in Europe but everywhere in the world. In this way, the EU wields significant, unique, and highly penetrating power to unilaterally transform global markets, be it through its ability to set the standards in competition policy, environmental protection, food safety, the protection of privacy, or the regulation of hate speech in social media” cfr. <https://www.brusselseffect.com>. Gli esempi di tale sovranità digitale normativa spaziano dalla produzione di prodotti tangibili, coperti dalle normative di “armonizzazione” spesso radicata in Stati Asiatici o nell’America del Sud, alle normative trasversali, come quella del GDPR sulla protezione dei dati personali che ha ispirato, secondo una recente stima, 157 Paesi nel mondo i quali ho hanno adottato modelli regolatori simili o hanno rivisitato quelli prima vigenti; cfr. O. J. GSTREIN, *European AI Regulation: Brussels Effect versus Human Dignity?*, p. 6, disponibile [sul sito ssrn](#) “At the end of a “golden decade for AI” however, 19 many regions of the world are increasingly concerned about the emerging power imbalance in the private and public sphere (...)The EU faces these developments from a dual perspective. First, the bloc considers itself as frontrunner in the regulation of digital technologies. Most prominently this has crystallised in the development and widespread adoption of the GDPR and its principles, which has considerable extraterritorial effect. On the one hand, this extraterritorial effect manifests in the authority that the “European style” of data protection has gained as of 2022 (...)On the other hand, there are provisions with direct extraterritorial effect, such as Art. 3 GDPR covering territorial scope and the regime around adequacy decisions to enable/block international data flows”.

<sup>26</sup> L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, 2021, p. 3 disponibile [sul sito ssrn](#): “The AIA will place the EU in a position of “leadership by example” for the good governance of AI technologies, especially when interacting with other countries at the forefront in the field of AI research and development (R&D), like Canada,7 Israel, Japan, Singapore, South Korea, and the UK. In this case too, one may expect a “harmonising” effect similar to that caused by the GDPR. Collaboration between the EU and other countries will be easier thanks to an explicit and reliable legislative framework” in tal senso, anche O. GSTREIN, cit., p. 19 “Probably the most relevant achievement of the AIA to date might be its pioneering role, which enables society to have a serious discussion about AI regulation in general. This in itself has an impact on many areas of society, also beyond the borders of the EU. While it is highly unlikely that the AIA will become a flawless legal framework whenever it is finished, it addresses a gap in regulation that is perceived as illegitimate and dangerous by many. L’ambizione di leadership mondiale per la governance delle tecnologie di IA è sempre stata espressa nei documenti delle Istituzioni: cfr. Piano Coordinato, cit. p. 39: “L’UE promuoverà regole e norme globali ambiziose, anche rafforzando la cooperazione con paesi che condividono gli stessi principi e la comunità più ampia multipartecipativa, nello spirito “Team Europa” al fine di sostenere un approccio all’IA antropocentrico e basato su regole. Per essere efficace, l’approccio dell’UE continuerà a essere basato su un approccio proattivo presso vari organismi internazionali al fine di costruire la più forte coalizione possibile di paesi che condividono il desiderio di definire confini normativi e una governance democratica a vantaggio delle nostre società. Allo stesso tempo l’UE si rivolgerà ad altri partner e cercherà un terreno comune a seconda della questione di volta in volta esaminata, in maniera da affrontare la vasta gamma di opportunità e sfide relative all’IA.”.

<sup>27</sup> Vocazione extraterritoriale ed orizzontale (cross-sectorial) sono pertanto i due ingredienti ai quali è affidato l’obiettivo dichiarato della “affermazione della leadership globale dell’Europa e la promozione dello sviluppo di un’IA antropocentrica, sostenibile, sicura, inclusiva e affidabile”: cfr. Piano Coordinato, cit. p. 38.

che per le questioni giuridiche connesse in tema di responsabilità<sup>28</sup>, fluidità dei dati prodotti<sup>29</sup>, principio della sorveglianza umana. Restano, in particolare, fuori dal perimetro dell'*IA Act* i sistemi di IA relativi ai velivoli, compresi i droni, alle auto a guida autonoma (*Automated Driving System ADS*), ai trasporti ferroviari, alle imbarcazioni<sup>30</sup> dotate di sistemi di IA. Il *Recital 29* della proposta spiega l'esclusione sottolineando l'opportunità di modificare la normativa speciale per adeguarla ai requisiti obbligatori previsti dal regolamento sull'IA, ma “*senza interferire con i vigenti meccanismi di governance, valutazione della*

<sup>28</sup> M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili*, in *Contratto e impr.*, 2020, 2, 273; S. PELLEGGATTA, *Automazione nel settore automotive: profili di responsabilità civile*, *Contratto e impr.*, 2019, 4, 1418. Una definizione di *Automated Driving System (ADS)*, alla quale ci si riferisce frequentemente è quella proposta dalla *Society of Automotive Engineers International (SAE International)*, secondo cui esse consistono in “*hardware and software that are collectively capable of performing the entire DDT (dynamic driving task) on a sustained basis, regardless of whether it is limited to a specific operational design domain*”. Secondo tale standard internazionale, vi sarebbero cinque livelli di “assistenza alla guida” che riguardano il rapporto di controllo e intervento tra l'uomo e la macchina: la guida assistita di livello 0, ovvero guida manuale, si ha quando il conducente controlla tutte le modalità di guida e i movimenti del veicolo; nel livello 1 alcune modalità di guida, come il sistema controlla lo sterzo oppure la velocità, utilizzando informazioni sull'ambiente di guida, sono controllate dal sistema in specifiche situazioni, ma il driver mantiene il controllo e interviene in qualsiasi momento; nel livello 3, il sistema ha la capacità di gestire tutti gli aspetti dinamici della guida, non solo alcuni, fermo restando il potere di controllo e intervento dell'uomo; nel livello 4, il sistema può affrontare anche situazioni di emergenza e qualunque condizione atmosferica; anche se è comunque previsto un sistema di comandi azionabili dall'uomo. Infine, nel livello 5, il sistema è “autonomo” e capace di gestire tutte le condizioni ambientali e gli aspetti di guida, senza l'intervento umano. Ciò che però viene sottolineato, anche al fine di affrontare le sfide giuridiche che l'impatto di tale tecnologia nella mobilità, è che le ADS non sono “indipendenti”, ma costituiscono parti di un complesso sistema e infrastrutture tecnologiche che riguarda l'ambiente in cui esse si muovono: cfr. L. FLORIDI, cit., p.158 “*il mondo sta diventando un'infosfera sempre più adatta alle capacità molto limitate dell'AI (...) quando parlano di città intelligenti (smart cities) intendiamo anche dire che stiamo trasformando gli habitat sociali in luoghi in cui l'AI può operare con successo (...) i veicoli senza conducente diventeranno comuni il giorno in cui potremmo avvolgere l'ambiente che li circonda. Per questo sarà più facile vedere un autobus a guida autonoma all'aeroporto piuttosto che nel centro di una metropoli*”. Peraltro, la stessa Commissione, nel libro bianco del 19 febbraio 2020 aveva citato tale settore come rappresentativo delle incertezze giuridiche che le tecnologie di IA, calate nella normativa esistente, avrebbero determinato, poiché “*a norma della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, il produttore è responsabile dei danni causati da un prodotto difettoso. Tuttavia, nel caso di sistemi basati sull'IA, come quelli delle auto a guida autonoma, può rivelarsi difficile provare che il prodotto è difettoso e dimostrare il danno cagionato e il nesso di causalità tra difetto e danno. In aggiunta non è chiaro come e in che misura si applichi la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi nel caso di alcuni tipi di difetti, ad esempio per quelli risultanti da carenze della cibersicurezza del prodotto. Di conseguenza la difficoltà di risalire alle decisioni potenzialmente problematiche adottate da sistemi di IA, di cui si è trattato anteriormente in relazione ai diritti fondamentali, è pertinente anche alle questioni legate alla sicurezza e alla responsabilità*”.

<sup>29</sup> L'esclusione emerge dal combinato disposto tra l'articolo 2, paragrafo 2, e l'elenco degli atti normativi di “armonizzazione” contenuti nell'allegato II, sezione B, i quali costituiscono la disciplina specifica dei settori dell'aviazione civile, dei veicoli agrari e forestali, dei veicoli a motore, dei sistemi ferroviari. Il *Recital 29* spiega l'esclusione sottolineando l'opportunità di modificare la normativa speciale per adeguarla ai requisiti obbligatori previsti dal regolamento sull'IA, ma “*senza interferire con i vigenti meccanismi di governance, valutazione della conformità e applicazione e con le autorità da essi stabilite*”. A tali settori, si applicano solo l'articolo 53, sulla “regulatory sandbox” e l'articolo 84 che contiene la clausola di revisione quadriennale del regolamento.

<sup>30</sup> Cfr. *Governing data and artificial intelligence for all*, EPRS European Parliamentary Research Service “*Although legal and regulatory perspectives tend to treat 'personal data' as the most important defining category for digital data, this is not the only story about how data is connected to people and publics: in fact data can transition between different definitions depending on who uses it, for what purpose, and whether or not it is de-identified (...)*As an example, telematics data which includes information from a vehicle's GPS system and onboard diagnostics regarding things like speed, location, airbag and seatbelt status, engine temperature, maintenance requirements and service needs was originally intended to be used to improve the performance and efficiency of connected vehicles. It is not generally considered to be sensitive data as it is meant to serve technical objectives not directly related to human subjects. And while this data is of growing interest to the automobile insurance sector to adjust premiums,<sup>46</sup> law enforcement and immigration authorities are also increasingly requesting it from private firms for purposes entirely unrelated to vehicle management”.

*conformità e applicazione e con le autorità da essi stabilite*”; ragione di per sé anche plausibile, che però non spiega perché, per altri settori pure connotati da specialità come ad esempio i dispositivi medici, si è optato per farli comunque rientrare nell’alveo applicativo del Regolamento, integrando con i nuovi requisiti le valutazioni di conformità e in ogni caso applicando i divieti per i sistemi ritenuti a rischio inaccettabile<sup>31</sup>.

### 1.3. L’approccio regolatorio *light-touch* del Regno Unito

Per regolare gli utilizzi dei sistemi di IA e prevenirne i rischi, il Governo del Regno Unito ha seguito un modello regolatorio diametralmente apposto. Con il documento programmatico del luglio 2022 – anticipato dalla strategia nazionale per l’IA e da un piano di azione - ha escluso di introdurre, almeno per ora, una normativa orizzontale, indicando invece sei *principi-chiave* cui dovranno conformarsi le Autorità preposte a ciascun settore, sia che si decidano ad adottare regole nuove o ad interpretare evolutivamente quelle vigenti.

Gli obiettivi sono simili a quelli perseguiti dall’Unione Europea, con l’accento che sembra posto sulla promozione dell’innovazione: salvaguardare i valori fondamentali e la sicurezza dei cittadini, ma mantenere la posizione di “*superpotenza mondiale*” nel campo dell’IA del Regno Unito<sup>32</sup>. L’opzione è pertanto per un approccio *innovation-friendly*, non calato dall’alto secondo la logica del vincolo e della sanzione, ma volto a guidare i regolatori dei diversi settori. La presa di distanza dal modello dell’Unione Europea è espressamente dichiarata: l’importazione dalla normativa sulla sicurezza dei prodotti del modello seguito dalla proposta dell’*IA Act*, con l’adozione di misure armonizzate *cross-settorial* e uguali per tutti gli Stati membri, non riesce, secondo quanto riportato nel programma, a catturare tutte le implicazioni regolatorie dell’IA nei diversi settori, e anzi la mancanza di “granularità” delle regole rischia di bloccare l’innovazione. Principi ispiratori del modello regolatorio inglese sono pertanto quello di flessibilità, perché neanche sarebbero definibili oggi le applicazioni di IA del prossimo futuro ed è necessario che, in concreto, siano valutati i rischi per i valori e i diritti da proteggere; proporzionalità, perché i regolatori dovrebbero prevedere criteri basati sul rischio, eliminando però gli oneri amministrativi eccessivi; competenza e sussidiarietà, perché sarebbero le autorità di settore ad avere l’*expertise* tale da poter identificare e rispondere alle sfide tecniche e giuridiche che emergono dalla diffusione degli usi delle tecnologie di IA nell’area di interesse.

Allo scopo di guidare il percorso normativo demandato ai singoli settori, vengono individuati sei principi chiave, costruiti intorno ai principi etici elaborati dall’OCSE nella Raccomandazione del 2019<sup>33</sup>: a) la

<sup>31</sup> Cfr. *supra* nota 19.

<sup>32</sup> Il programma è intriso di dati significativi in tal senso: nel 2021, il Regno Unito, patria di Alan Turing inventore dell’idea di IA, è stato il primo Stato in Europa e il terzo nel mondo per investimenti privati nel settore ( \$4.65 billion), quello in cui sono state costituite più aziende di IA nuove; il primo in Europa per numero di pubblicazioni in tema.

<sup>33</sup> Cfr. nota 24.

sicurezza dei sistemi di IA, specie nei settori dell'assistenza sanitaria e delle infrastrutture; b) la robustezza tecnica e il funzionamento in linea con la progettazione; c) la trasparenza e la “spiegabilità” (quest'ultima nei settori in cui le decisioni basate sull'IA hanno un impatto sulle persone e sulle imprese, fino al punto da proibire l'utilizzo, in caso di elevati rischi, di sistemi di IA il cui meccanismo di funzionamento non sia spiegabile<sup>34</sup>); d) la “fairness” che non può prescindere dall'ambito di riferimento, spettando ai regolatori decidere in quali contesti essa sia importante e rilevante e come debba essere definita; e) il principio di responsabilità in capo ad una persona identificata o identificabile, naturale o giuridica; f) la contestabilità dell'*output* del sistema in situazioni specifiche (ad esempio quando i dati elaborati riproducono *bias*).

Il rischio che l'uniformità del sistema giuridico possa sfaldarsi, creando incoerenze, differenze di trattamento degli operatori economici a seconda dei settori, incertezze normative è ben chiaro al regolatore inglese che propone due livelli di soluzione: da un lato, non viene esclusa la possibilità che, all'esito del monitoraggio e della valutazione dell'efficacia di tale framework, l'approccio possa essere rivisto, eventualmente aprendo la porta ad un modello orizzontale e vincolante; dall'altro, viene valorizzato uno strumento di cooperazione come il *Digital Regulation Cooperation Forum* (DRCF) che riunisce le principali autorità di regolazione, che, già prima della pubblicazione del documento, il quale adottato “linee guida” per definire alcuni principi comuni ai settori di IA di competenza degli enti aderenti<sup>35</sup>.

## 2. L'IA come metafora: i regolatori alle prese con la sua definizione giuridica

Banco di prova della divergenza tra i modelli regolatori *risk-based* proposti dall'UE e dal Regno Unito è ravvisabile nella definizione giuridica di IA, che segna il confine di operatività delle nuove misure, qualunque sia l'approccio adottato. Esprimere in un linguaggio normativo una nozione che neanche nelle scienze computazionali è univoca<sup>36</sup> non è di per sé un compito facile, anche perché dalla definizione con

<sup>34</sup> “Achieving explainability of AI systems at a technical level remains an important research and development challenge. Presently, the logic and decision making in AI systems cannot always be meaningfully explained in an intelligible way, although in most settings this poses no substantial risk. However, in some settings the public, consumers and businesses may expect and benefit from transparency requirements that improve understanding of AI decision-making. In some high risk circumstances, regulators may deem that decisions which cannot be explained should be prohibited entirely - for instance in a tribunal where you have a right to challenge the logic of an accusation”.

<sup>35</sup> <https://www.gov.uk/government/collections/the-digital-regulation-cooperation-forum>.

<sup>36</sup> Secondo la dottrina più recente, sarebbero state fornite almeno 70 definizioni di IA; la loro intrinseca mutevolezza deriverebbe proprio dalla proiezione nel futuro della nozione (cd. *odd paradox*), secondo cui, una volta che un problema, la cui soluzione si riteneva dovesse richiedere intelligenza, viene risolto da un computer, questa applicazione computazionale cessa di essere percepita come “intelligente”, poiché significa che il compito assegnato può risolversi anche mediante la potenza di calcolo applicata ai dati: S. LARSSON, F. HEINTS, *Transparency in artificial intelligence*, in *Internet Policy Review*, 2020, 9(2), 1-16 disponibile in [Trasparenza nell'IA dell'intelligenza artificiale Revisione della politica internet \(policyreview.info\)](#). L'esigenza di distinguere la categoria generale degli algoritmi, da quella speciale degli algoritmi di IA, è venuta alla ribalta anche nella giurisprudenza amministrativa; cfr. N. CAPPELLAZZO, *Algoritmi, automazione e macchinismi di intelligenza artificiale: la classificazione proposta dal Consiglio di Stato*, commento alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2022. Per una classificazione dei procedimenti algoritmici, deterministici o meno, cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*.

funzione precettiva ci si aspetta garanzia di certezza e stabilità; ma, in questo caso, l'ambizione dei regolatori è anche più elevata, poiché, partendo dal presupposto della velocità dello sviluppo dei sistemi di IA, dalla definizione giuridica si pretende anche resilienza, adattabilità agli sviluppi futuri della tecnologia, capacità di ricomprendere i cambiamenti tecnologici che oggi è persino difficile prevedere.

La locuzione “*Intelligenza Artificiale*” è in realtà una metafora, e, come tale, una volta calata nel mondo del diritto, si presenta carica di insidie<sup>37</sup>. L'espressione fu lanciata da un gruppo di ricercatori americani riunitisi al Dartmouth College di Hannover, nell'estate nel 1956, per un seminario di studio, oggetto di finanziamenti statali, intorno all'idea “*che ogni aspetto dell'apprendimento, o qualsiasi altra caratteristica dell'intelligenza, possa in linea di principio essere descritto con precisione tale che sia possibile costruire una macchina per simularlo*”<sup>38</sup>. Da allora essa ha però avuto una risonanza non prevista neanche da chi l'aveva inventata,

---

*Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 3-13. Peraltro, alcune recenti iniziative legislative sono dirette a disciplinare il più ampio fenomeno dei procedimenti e delle decisioni basati su “algoritmi”, come da ultimo la proposta del 2022 dell'Algorithmic Accountability Act degli Stati Uniti, su cui cfr. F. GURSOY, R. KENNEDY, I. KAKADIARIS, *A Critical Assessment of the Algorithmic Accountability Act of 2022*, 2022, disponibile nel [sito ssrn](#).

<sup>37</sup> F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 7: “*la metafora sta nel trasportare una parola dal significato suo proprio a un altro significato, cogliendo la somiglianza tra ciò che, nel significato proprio, la parola designa e ciò che, per traslato, è destinata a designare. Differisce dalla similitudine, che si introduce con un come, e nella differenza dalla similitudine la metafora rivela la sua essenza. Il dire che Aiace è forte come un leone o che Ulisse è furbo come una volpe sono similitudini; il dire che Aiace è un leone o che Ulisse è una volpe sono metafore. Alla similitudine la metafora sostituisce una identità: il come si tramuta in è (...). Le metafore assolvono, anche nel linguaggio comune, una funzione altamente positiva. Semplificano il discorso e, al tempo stesso, lo rendono particolarmente espressivo. Condensano in una parola un discorso altrimenti lungo e laborioso (...) e tuttavia nelle metafore si annida un'insidia, che spesso, ma non sempre è agevole sventare. La metafora per sua natura stabilisce un rapporto di identità tra il dominio sorgente e dominio bersaglio; la sua funzione è trasformare in identità una mera similitudine*”: sarebbero metafore utilizzate dal legislatore o dalla dottrina la persona giuridica, i prodotti finanziari, i beni immateriali; nozioni giuridiche che creano il rischio di essere prese sul serio, portando all'inganno che “*a tutti gli effetti le persone giuridiche sono persone, i titoli di credito sono cose mobili, i beni immateriali sono beni*” (p.23).

<sup>38</sup> La formula fu coniata, in particolare, dallo scienziato John McCarthy, che prese l'iniziativa del workshop di Dartmouth, e che due anni dopo elaborò Lisp, uno dei linguaggi di programmazione più diffusi per i sistemi di IA. Il padre della locuzione negli anni successivi ha sempre preso le distanze dalla tendenza ad attribuire una interpretazione letterale di IA, osservando che, anche a prescindere dalla difficoltà di definire la stessa intelligenza umana, “*we cannot yet characterize in general what kinds of computational procedures we want to call intelligent*”: cfr. J. McCARTHY, *What is Artificial intelligence?* disponibile in [www-formal.stanford.edu./jmc/](http://www-formal.stanford.edu/jmc/)

perché, come tutte le metafore ben riuscite, è ammantata di vaghezza, colpisce l'immaginario collettivo, evoca scenari emotivi oscillanti tra ottimismo e paura<sup>39</sup>, e, in più, si proietta naturalmente nel futuro<sup>40</sup>.

Delle metafore utilizzate nel linguaggio giuridico, la locuzione “Intelligenza Artificiale” (IA) possiede invero entrambi i caratteri. Innanzi tutto, si basa su una similitudine, nel caso specifico, tra le abilità cognitive umane e quelle delle tecnologie più avanzate della computazione, fondate su dati, algoritmi e potenza di calcolo. Ma, a differenza di una mera analogia dalla quale emerge chiara l'idea che due cose simili non per questo sono uguali, tende a trasformare la similitudine in identità, sollecitando la percezione – molto diffusa tuttora - che i sistemi di I.A. siano effettivamente sia *intelligenti* che *artificiali*.

In verità, gli scienziati di nuova generazione si sono impegnati a squarciare il velo di Maja con riguardo ad entrambi i lemmi della locuzione, sfatando il mito di questa duplice identificazione. Da un lato, non vi sarebbe nulla di *artificiale* nella IA, nel senso di contrapposto ad umano, poiché tutte le applicazioni di IA sono progettate, realizzate ed utilizzate dagli uomini e “*sono i costruttori del sistema a stabilire come impiegare le informazioni elaborate dall'IA, anche se, eventualmente, il sistema che la impiega può essere reso autonomo dai costruttori*”<sup>41</sup>.

Sotto questo profilo va riconosciuto all'Unione Europea che il cammino avviato dal 2017 per la *governance* del nuovo fenomeno risponde effettivamente ad un progetto tutto umano, quello di realizzare una IA “*human-centred*”<sup>42</sup>, nel pieno rispetto dei valori dell'ordinamento eurounitario, sanciti dal suo diritto primario, posta al servizio e sotto la sorveglianza dell'uomo.

---

<sup>39</sup> G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2, 2022, p. 303 “*Nel normare sull'intelligenza artificiale, occorre tenere in considerazione altre due criticità, che possono condizionare l'azione del legislatore. La prima è quella costituita dalla paura: la paura che l'applicazione di intelligenza artificiale possa assumere decisioni autonomamente e, possa, ispirandosi anche alla letteratura fantascientifica, rivolgersi contro gli esseri umani e operare in modi non previsti. Queste paure trovano la loro origine nella difficile prevedibilità degli esiti dei processi di machine learning. Anche di questo condizionamento, come di quello della retorica, bisogna essere consapevoli perché la paura porta, in questo caso, all'ansia del controllo. Il legislatore dominato, o quanto meno condizionato, dalla paura ha l'esigenza di controllare tutto, dettando norme estremamente dettagliate, fotografando l'esistente, senza consentire così alle regole di potersi evolvere col tempo, scendendo nel dettaglio, abbandonando la neutralità tecnologica che, a livello internazionale, invece è il principio fondamentale a cui fare riferimento. La seconda criticità è quella della retorica: indulgere in essa e finire col rendere le applicazioni di intelligenza artificiale soggetto giuridico senza che questa operazione sia funzionale ad un nuovo modello normativo*”.

<sup>40</sup> F. CABITZA, *Deus in machina? L'uso umano delle nuove macchine tra dipendenza e responsabilità*, in L. FLORIDI, F. CABITZA *Intelligenza Artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Bompiani, 2022, p. 150 “*non a caso l'IA è stata anche definita come l'arte di delegare a macchine computazionali compiti che, al momento, la gente sa comunque fare meglio (...) quando si ritiene che una macchina riesce a fare qualcosa meglio di noi, allora si ritiene che quella cosa non fosse poi identificativa della intelligenza umana, né così fondamentale*”.

<sup>41</sup> A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, p. 9 “*Coloro i quali creano intelligenza artificiale hanno bisogno di avere una visione, anche solo con un atto di immaginazione, dell'umanità e dell'umano. Questo significa che è necessario che diverse visioni, provenienti da diverse discipline e da background diversi per genere, età etnia e cultura, concorrano tra loro*”. Così anche il titolo del volume di R. CUCCHIARA, *L'intelligenza non è artificiale*, cit. La riferibilità umana dei sistemi di IA, anche a prescindere dalla sua trasformazione in concetti giuridici come il principio di “sorveglianza”, tende a influenzare anche la nozione tecnica di tale tecnologia che cominciano ad essere indicati come *Human-AI System (HAIS)*; cfr. A. HEVNER, V.C. STOREY, *Research Challenges for the Design of Human-Artificial Intelligence Systems (HAIS)*, 2022, disponibile nel [sito dedicato](#).

<sup>42</sup> L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, cit., p. 4: “*Unfortunately, the AIA uses an anachronistic terminology to define this approach as “human-centric”, that is, as an approach that places humanity at the centre of technological development. Yet this is both trivially true and dangerously ambiguous. On the one hand, it is obvious that any technology, AI included, must be at the service of humanity, its values, and needs. On the other hand, one must also consider the environment as crucially*



disponibilità di dati, risolvono problemi specifici che fino ad oggi potevano risolversi solo con l'uso più o meno intenso dell'intelligenza (umana).

## 2.1. La definizione giuridica di IA secondo l'AI Act: *un work in progress*

Date queste scivolose premesse, la definizione giuridica di IA ha costituito un vero e proprio rompicapo per le Istituzioni dell'Unione, impegnate a rincorrere giuridicamente una locuzione sfuggente. Nella comunicazione "*L'intelligenza artificiale per l'Europa*" la Commissione aveva fornito una prima definizione di IA<sup>47</sup>; nel Libro Bianco l'accento è stato posto sugli elementi principali che compongono l'IA: dati e algoritmi, unificati dalle infrastrutture di calcolo, senza le quali i dati non generano valore aggiunto<sup>48</sup>. Nel medesimo documento era però espresso chiaramente l'obiettivo cui la definizione di IA avrebbe dovuto mirare: "*qualunque nuovo strumento giuridico dovrà comprendere una definizione di IA abbastanza flessibile da accogliere il progresso tecnico, ma anche sufficientemente precisa da garantire la necessaria certezza del diritto*"<sup>49</sup>.

Al fine di bilanciare l'approccio analitico con l'esigenza di garantire la "resistenza nel tempo" della definizione, la definizione giuridica di IA nella proposta dell'AI Act è stata inizialmente articolata in due livelli: nell'articolo 3 n. 1 del testo si definiva giuridicamente *cosa* è l'IA, al fine di delineare il campo di applicazione oggettivo delle nuove regole; con atti di fonte diversa rispetto a quella legislativa, più agili e

---

*come un cane pastore. Abbiamo modificato una delle equazioni fondamentali in cui si è sempre basata la storia umana e la valutazione morale, quella che identifica l'agire con l'agire naturale, almeno biologico se non umano. Questa riscrittura di un'equazione così importante è problematica (...). Credo che questa separazione tra "agere" e "intelligere" rappresenti la vera fonte delle nuove sfide etiche posti dall'AI (altre sfide sono la precedenza e sono solo acuite dall'AI come il problema della privacy)".*

<sup>47</sup> COM(2018) 237 final, pag. 1: "*Intelligenza artificiale (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (ad esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale), oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)".*

<sup>48</sup> Il sostegno dello sviluppo delle capacità di calcolo ad alte prestazioni (High Performance Computing, HPC) è uno dei principali obiettivi del Piano coordinato sull'IA, elaborato nel 2018 e poi rivisto nel 2021. Si tratta di un profilo che resta spesso sullo sfondo rispetto alle problematiche giuridiche sollevate dall'IA, ma anche l'architettura di tali infrastrutture solleva questioni nuove, con le quali i regolatori devono fare i conti: la ricerca e gli sviluppi dei sistemi di IA è svolta in "ambienti" che, rispetto alla potenzialità espansiva senza confini territoriali dell'IA, sono poco visibili, e con un progressivo abbassamento dei costi per il loro investimento. Come dimostrano le fasi iniziali, svoltesi in stanze di *colleges* americani o in garage di abitazioni private, delle imprese destinate a cambiare il mondo come Facebook o Amazon, l'infrastruttura che richiede la progettazione di un sistema di IA ha una visibilità molto diversa da quella delle attività umane che hanno rappresentato, nel XX secolo, fonti di rischio di impatto sociale e collettivo, come la produzione industriale di massa, la tecnologia nucleare, la produzione di sostanze tossiche per l'ecosistema. Inoltre le componenti separate dei sistemi di IA – dati e algoritmi – possono essere progettate da persone fisiche appartenenti ad organizzazioni diverse, gestite in tempi diversi presso laboratori diversi, connessi solo virtualmente, ma non fisicamente: cfr. M. U. SCHERER, *Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2016, vol. 29, 2, p. 372 "*these characteristics confront regulators with fundamental logistical difficulties that were not present in earlier sources of public risk. Participants in AI projects may be located in multiple countries and have no legal or formal contractual relationship with one another. Attempts by any one country to regulate their citizens' participation in such projects may not greatly impact the projects' development. Even for projects involving large firms, the relatively low cost of infrastructure and the small physical footprint required for AI development means that firms could simply move AI development work offshore if regulations in their country of origin prove too intrusive. Many would likely do so given the competitive advantages that accompany advances in AI*".

<sup>49</sup> Libro Bianco, cit. p. 18.

suscettibili di modifiche ed integrazioni con procedimenti più snelli, si integrava la predetta sotto il profilo tecnico. In particolare, nella proposta originaria, per “*sistema di IA*”, si intendeva “*un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono*”; l'allegato 1 prevedeva poi un elenco di tecniche ed approcci, a loro volta raggruppati in tre categorie: *machine learning*, con tutte le sub-categorie, comprese il *deep learning*; sistemi simbolici; sistemi statistici. La flessibilità della cornice normativa era affidata al meccanismo di delega previsto dagli articoli 4 e 73 del Regolamento: la Commissione aveva il potere di modificare l'elenco delle tecniche e degli approcci contenuti nell'allegato 1, al fine di adeguare la lista “*agli sviluppi tecnologici e di mercato sulla base di caratteristiche simili alle tecniche e agli approcci*”<sup>50</sup>.

In relazione a tale schema definitorio sono state sollevate diverse osservazioni critiche<sup>51</sup>.

In primo luogo, una lista così dettagliata di tecniche e approcci, per una sorta di eterogeneità dei fini, invece che apportare certezza, avrebbe creato confusione e vuoti normativi, sia per la difficoltà di collocare esattamente gli sviluppi attuali e futuri della tecnologia in una delle tre macro-aree; sia perché l'elenco avrebbe indotto ad una interpretazione “formalistica” e letterale del suo contenuto e a conseguenti “fughe dall'etichetta”, anch'essa incompatibile con lo spirito della definizione. Soprattutto, la prospettiva definitoria era tutta incentrata sulla logica del “prodotto”, per effetto del condizionamento esercitato dalla normativa sulla sicurezza dei prodotti, e non sulla dinamicità dei sistemi di IA, specie di quelli di “*apprendimento automatico*”. Inoltre, era apparsa particolarmente restrittiva l'indicazione degli obiettivi come assegnati dall'uomo, “*a given set of human-defined objectives*”, poiché ad esempio i sistemi di *machine learning* “*non supervisionato*” possono essere addestrati per cercare correlazioni tra i dati, senza alcuna predeterminazione di obiettivi specifici che non siano quello di trovare *pattern* ricorrenti.

In riscontro del dibattito, articolatosi anche tra gli Stati membri in sede di discussione del testo, le disposizioni dedicate alla definizione giuridica di IA hanno subito da ultimo notevoli modifiche. L'ultimo punto di arrivo è contenuto nel terzo testo di compromesso di settembre 2022<sup>52</sup>: è stato eliminato l'allegato 1, che conteneva la lista di tecniche e approcci, e le due grandi famiglie dei sistemi simbolici e di *machine learning* sono state citate nella definizione contenuta nell'articolo 3, salvo poi essere definite

---

<sup>50</sup> Nel testo originario tale potere era conferito a tempo indeterminato, e salvo revoca da parte del Parlamento europeo o del Consiglio. In ogni caso, vista l'incidenza non solo tecnica delle eventuali integrazioni potenzialmente idonee ad ampliare o restringere l'ambito di applicazione del Regolamento, l'articolo 74 – ad oggi sul punto non modificato – prevede che l'esercizio del potere delegato sia svolto dalla Commissione con l'assistenza di un Comitato ai sensi del regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 *che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione*.

<sup>51</sup> C.MULLER, V. DIGNUM, M. AVRAMIDOU, M.F. PENALVER, *ALA in-depth. Objective, scope, definition, 2021*, disponibile in <https://allai.nl/aia-in-depth-series-of-papers/>

<sup>52</sup> Cfr. nota 1.

nelle *Relation 6a* e *6b* che precedono il testo<sup>53</sup>; la definizione contenuta nel testo normativo appare meno analitica, incentrata sulle caratteristiche essenziali dei sistemi di IA, con un richiamo espresso alla loro “*autonomia*”; è scomparso il riferimento normativo al “software” per evitare confusioni con i programmi di calcolo tradizionali, così come la necessità che i compiti siano predefiniti dall’uomo; la dinamicità dei sistemi di IA, non riducibili a prodotti fisici e tangibili, è rappresentata ora nella definizione del “ciclo di vita”<sup>54</sup> dei sistemi di IA.

Secondo l’ultima formulazione, pertanto, per sistema di IA, si intende “*a system that is designed to operate with a certain level of autonomy and that, based on machine and/or human-provided data and inputs, infers how to achieve a given set of objectives using machine learning and/or logic- and knowledge based approaches, and produces system-generated outputs such as content (generative AI systems), predictions, recommendations or decisions, influencing the environments with*

---

<sup>53</sup> *Relation 6a): Machine learning approaches focus on the development of systems capable of learning from data to solve an application problem without being explicitly programmed with a set of step-by-step instructions from input to output. Learning refers to the computational process of optimizing from data the parameters of the model, which is a mathematical construct generating an output based on input data. The range of problems addressed by machine learning typically involves tasks for which other approaches fail, either because there is no suitable formalisation of the problem, or because the resolution of the problem is intractable with non-learning approaches. Machine learning approaches include for instance supervised, unsupervised and reinforcement learning, using a variety of methods including deep learning, statistical techniques for learning and inference (including Bayesian estimation) and search and optimisation methods*”; *Relation 6b) Logic- and knowledge based approaches focus on the development of systems with logical reasoning capabilities on knowledge to solve an application problem. Such systems typically involve a knowledge base and an inference engine that generates outputs by reasoning on the knowledge base. The knowledge base, which is usually encoded by human experts, represents entities and logical relationships relevant for the application problem through formalisms based on rules, ontologies, or knowledge graphs. The inference engine acts on the knowledge base and extracts new information through operations such as sorting, searching, matching or chaining. Logic- and knowledge based approaches include for instance knowledge representation, inductive (logic) programming, knowledge bases, inference and deductive engines, (symbolic) reasoning, expert systems and search and optimisation methods.* La locuzione *machine learning* è anch’essa una metafora. Non è che i sistemi di IA abbiano la consapevolezza di imparare come uno studente a scuola, ma, attraverso algoritmi di *machine learning* e mediante l’elaborazione di una impressionante quantità di dati, si emancipa, come uno studente che comincia a diventare competente staccandosi dal suo maestro, dalle istruzioni iniziali fornite dagli esperti, dai progettisti, dai programmatori, poiché i parametri sulla base dei quali elabora le informazioni non sono tutti già decisi a tavolino, ma cambiano e si modificano sono “imparati” dai dati, in un flusso dinamico di calcoli condotti con potenze incomparabili con quelle umane

<sup>54</sup> *Articolo 3, lett. 1a) ‘life cycle of an AI system’ means the duration of an AI system, from design through retirement. Without prejudice to the powers of the market surveillance authorities, such retirement may happen at any point in time during the post-market monitoring phase upon the decision of the provider and implies that the system may not be used further. An AI system lifecycle is also ended by a substantial modification to the AI system made by the provider or any other natural or legal person, in which case the substantially modified AI system shall be considered as a new AI system*”. Tra gli algoritmi di *machine learning* vi sono anche quelli di *deep learning* basati su “reti neurali artificiali” che sono sostanzialmente elementi di calcolo interconnessi tra loro in reti, a loro volta realizzate a “strati”: per una descrizione tecnica, ma comprensibile anche per i non addetti ai lavori: cfr. R. CUCCHIARA, cit., pag. 41 “*Gli algoritmi di machine learning sono tanti (...), ma quelli che ora funzionano meglio sono quelli basati su reti neurali artificiali, più o meno profonde. Quando in machine learning si iniziano a usare le reti neurali artificiali, tutto cambia. L’algoritmo di generalizzazione, rimane sempre lo stesso, si basa su neuroni, appunto, e tutto dipende dai dati. Con lo stesso modello neurale si può riconoscere una musica, una voce, la strada per un’auto autonoma in corsa. Ora l’AI usa più o meno lo stesso algoritmo per tutti i problemi (...). Questa, in due parole, è la potenza dell’AI basata sull’apprendimento automatico: unifica la conoscenza e il modo di ottenerla. Imparando dall’esperienza (...). E ora, nel 2020, questi sistemi di apprendimento automatico composti da elementi di calcolo semplici e che ricordano in modo stretto I nostri neuroni, tanto da prenderne il nome, sono diventati di moda (...) In ogni neurone gli ingressi sono moltiplicati per i pesi o parametri, che rappresentano la forza della connessione e sono sommati (...) il trucco sono i pesi o i parametri. Milioni. Vanno imparati. E le reti neurali le imparano dai dati*”. E, a dimostrazione della generalizzazione degli algoritmi di *deep learning* utilizzati oggi nei sistemi più diffuse, dal riconoscimento vocale degli assistenti Siri e Alexa ai sistemi di raccomandazione dei film, sulla base delle preferenze già espresse, di Netflix, fino al riconoscimento per immagini utilizzato nella diagnosi di tumori, nel testo viene anche riportata la formula matematica corrispondente all’algoritmo (p. 43).

*which the AI system interacts*". L'autonomia può essere così di grado diverso; ciò che rileva è la trasformazione dinamica di *input* – derivanti non solo dall'uomo anche da altre "machine", basti pensare all'Internet of Things – in *output*, attraverso l'utilizzo di approcci diversi, raggruppati in due grandi famiglie, che nulla hanno a che vedere con l'intelligenza umana. Infine, l'obiettivo di una definizione giuridica *future-proof* e resiliente è raggiunto mantenendo in capo alla Commissione il potere delegato di adottare atti integrativi, volti a specificare elementi tecnici dei due approcci contenuti nell'articolo 3<sup>55</sup>.

Non possono escludersi modifiche e affinamenti ulteriori, poiché l'adozione del regolamento si preannuncia per non prima della metà del 2023. È però significativo lo sforzo di raggiungere una definizione condivisa, che sia quanto più possibile in grado di garantire la certezza normativa propria della sua funzione precettiva e la flessibilità necessaria ad adattarsi agli sviluppi futuri, avendo ben chiara la consapevolezza che senza il confronto, anche su profili di dettaglio, con il mondo scientifico sarebbe difficile assicurare tale sfidante obiettivo.

## 2.2. La definizione per caratteristiche *core* proposta dal Regno Unito

In linea con il modello regolatorio *smart* adottato e alla luce della necessità, espressamente dichiarata nel testo del documento, di guardare soprattutto alle caratteristiche tecniche dei sistemi di IA che sollevano problemi dal punto di vista etico, giuridico e normativo, nel Programma pubblicato a luglio del Governo inglese<sup>56</sup>, si fornisce una definizione dell'IA focalizzata unicamente su due profili: a) l'adattabilità; b) l'autonomia.

Per *adattabilità*, si intende l'abilità dei sistemi di funzionare sulla base di istruzioni che non sono state espressamente programmate con "*human intent*", ma apprese dalla stessa macchina sulla base di una varietà di tecniche; eventualmente previo "addestramento" su dati, una volta o continuamente. Viene così fatto espresso riferimento al potere dell'IA moderna di produrre intricate opere d'arte sulla base di un testo; di diagnosticare malattie in scansioni di immagini che non sono percepibili all'occhio umano, di completare testi narrativi antichi con l'analisi del linguaggio naturale. Di qui la gravità delle sfide giuridiche derivanti da tale peculiarità, specie quando il sistema è utilizzato per prendere decisioni che impattano sulla salute, sulle prospettive a lungo termine di un individuo, nell'ambito di una controversia legale, essendo spesso estremamente difficile "spiegare" la logica sottesa al risultato.

Per *autonomia* si intende invece la capacità di un sistema di IA di operare in modo dinamico e rapidamente, automatizzando complessi compiti "cognitivi", elaborando strategie e reagendo agli input dell'ambiente

---

<sup>55</sup> Delega che, nella nuova formulazione dell'articolo 73, ha un orizzonte temporale limitato a cinque anni dall'entrata in vigore del Regolamento, salva l'estensione per un analogo periodo in mancanza di opposizione del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>56</sup> Cfr. *supra* nota 12.

con il quale interagisce; abilità che fa apparire il sistema come “intelligente”, ma che, come indicato nel documento, è priva di intenzionalità e, soprattutto, può per questo sfuggire al controllo umano.

Pur nella consapevolezza che le caratteristiche di un sistema di IA possono essere le più varie, l’accento è pertanto volutamente posto solo sulla combinazione di queste due connotazioni, poiché sono queste quelle da cui derivano le problematiche giuridiche ed etiche che attendono risposte dai regolatori. Alla definizione giuridica viene così restituita anche una sua funzione pratica, essendo focalizzata non su “cosa” sono i sistemi di IA, ma su “come” essi funzionano nella realtà delle cose, dovendo servire a definire l’ambito di applicazione dei nuovi principi ed, eventualmente secondo l’impianto anglosassone, delle nuove regole.

Il link tra la definizione giuridica di IA e le questioni giuridiche non poteva essere più netto. La dottrina aveva già da tempo sottolineato come “l’autonomia” dei sistemi di IA sollevasse tematiche nuove, mai poste dalle tecnologie precedenti<sup>57</sup>: poiché, di fronte alla capacità della macchina di emanciparsi dalle istruzioni dettagliate fornite dai programmatori, ciò che è in ballo è lo stesso principio cardine della regola giuridica, la possibilità del “controllo umano”, di prevedere i risultati di un’azione, anche quando questa è affidata ad un oggetto diverso ma che è posto sotto il dominio dell’uomo, anche al fine di poter individuare il soggetto che ne risponde. La cosa complicata è pertanto già a monte delimitare bene il problema, focalizzare l’attenzione sugli elementi tecnologici che costituiscono il *novum* anche dal punto di vista giuridico e, poi, trovare soluzioni praticabili che siano adeguate al fenomeno, eventualmente mettendo in discussione categorie giuridiche tradizionali.

Ciò spiega perché, nel dialogo globale ancora in fibrillazione relativo ai principi etici cui deve conformarsi l’utilizzo dei sistemi di IA, l’accento sia sempre posto sul principio di sorveglianza umana<sup>58</sup>. Negli

---

<sup>57</sup> M. U. SCHERER, *Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2016, vol. 29, 2, p. 366 “The risks created by the autonomy of AI encompass not only problems of foreseeability, but also problems of control. It might be difficult for humans to maintain control of machines that are programmed to act with considerable autonomy. There are any number of mechanisms by which a loss of control may occur: a malfunction, such as a corrupted file or physical damage to input equipment; a security breach; the superior response time of computers as compared to humans; or flawed programming. The last possibility raises the most interesting issues because it creates the possibility that a loss of control might be the direct but unintended consequence of a conscious design choice. Control, once lost, may be difficult to regain if the AI is designed with features that permit it to learn and adapt. These are the characteristics that make AI a potential source of public risk on a scale that far exceeds the more familiar forms of public risk that are solely the result of human behavior” disponibile in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2609777](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2609777)

<sup>58</sup> Dal punto di vista delle scienze informatiche, come l’autonomia dei sistemi di IA è graduabile, anche la sorveglianza umana ha livelli diversi: a) *human-in-the-loop*, con cui si indica la possibilità di intervenire in ogni fase del ciclo decisionale del sistema; b) *human-on-the-loop* che si riferisce alla capacità di intervenire nella fase di progettazione del sistema e di monitoraggio del suo funzionamento; c) *human-in-command*, che guarda ai profili più ampi, non solo al diretto impatto della specifica applicazione secondo lo scopo prefissato, ma alle sue più ampie implicazioni economiche, ambientali, sociali. In realtà il grado di supervisione umana richiesto rispetto al livello di autonomia del sistema di I.A. è di per sé una scelta *latu* senso politica, in cui entrano in gioco il livello di affidabilità della macchina, ma anche il tipo di rischio che viene in rilievo: R. CUCCHIARA, cit. “Una serie di livelli di controllo potrebbe essere definita per ogni sistema di I.A. Nel caso in cui la supervisione umana non sia conveniente ad un determinato livello, il sistema dovrebbe essere abbastanza accurato da alleviare la necessità della supervisione, quindi si dovrebbe considerare un compromesso tra affidabilità e dovere di supervisione (...). La supervisione

“orientamenti etici per un IA affidabile” elaborati dal Gruppo di Esperti di Alto Livello istituito dalla Commissione europea, e resi pubblici l’8 aprile 2019, il *principio della sorveglianza* è il primo nella lista dei sette requisiti chiave (intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, riservatezza e governance dei dati, trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità, benessere ambientale e sociale e accountability); senza il controllo umano lungo l’intero ciclo di vita dei sistemi di IA, secondo tale documento, non può neanche garantirsi che essi siano al “rispetto della libertà e dell’autonomia degli esseri umani. Gli esseri umani che interagiscono con i sistemi di IA devono poter mantenere la propria piena ed effettiva autodeterminazione e devono poter essere partecipi del processo democratico. I sistemi di IA non devono subordinare, costringere, ingannare, manipolare, condizionare o aggregare in modo ingiustificato gli esseri umani. Al contrario, devono essere progettati per aumentare, integrare e potenziare le abilità cognitive, sociali e culturali umane (...) Ciò significa garantire la sorveglianza e il controllo dei processi operativi nei sistemi di IA da parte di esseri umani”<sup>59</sup>.

---

umana è sempre tecnicamente fattibile, anche se potrebbe essere non conveniente adottarla ad ogni livello, come nel caso di sistemi che devono intraprendere azioni in un breve lasso di tempo”.

<sup>59</sup> Punto 50. Riprendendo la distinzione tecnica tra le diverse forme di controllo, nel documento del Gruppo di esperti (punto 65) si specifica che “la sorveglianza umana aiuta a garantire che un sistema di IA non comprometta l’autonomia umana o provochi altri effetti negativi. La sorveglianza può avvenire mediante meccanismi di governance che consentano un approccio con intervento umano (*human-in-the-loop* - HITL), con supervisione umana (*human-on-the-loop* - HOTL) o con controllo umano (*human-in-command* - HIC). L’approccio HITL prevede la possibilità di intervento umano in ogni ciclo decisionale del sistema, che in molti casi non è né possibile né auspicabile. L’approccio HOTL prevede l’intervento umano durante il ciclo di progettazione del sistema e il monitoraggio del funzionamento del sistema. L’approccio HIC prevede il controllo dell’attività del sistema di IA nel suo complesso (compresi i suoi effetti generali a livello economico, sociale, giuridico ed etico) e la capacità di decidere quando e come utilizzare il sistema in qualsiasi particolare situazione. Si potrebbe anche decidere di non utilizzare un sistema di IA in una data situazione, di stabilire livelli di discrezionalità umana durante l’uso del sistema, o di garantire la capacità di ignorare una decisione presa da un sistema. Occorre inoltre garantire che le autorità pubbliche competenti abbiano la capacità di esercitare la sorveglianza in conformità al loro mandato. Potrebbero essere necessari meccanismi di sorveglianza a vari livelli a sostegno di altre misure di sicurezza e di controllo, a seconda del settore di applicazione del sistema di IA e del rischio potenziale. A parità di condizioni, minore è la sorveglianza che un essere umano può esercitare su un sistema di IA, maggiore è la necessità di prove esaurienti e di una governance rigorosa”. Con riguardo a tale principio, la proposta dell’IA della Commissione europea propone due diversi gradi di intensità, a seconda di quanto siano gravi i rischi per i diritti fondamentali associati ai sistemi di IA, ponendo in ogni caso il focus sull’esigenza che essa sia affidata a persone fisiche che “dispongano delle competenze, della formazione e dell’autorità necessarie per svolgere tale ruolo essa” (Relation 48). Pertanto, mentre per tutti i sistemi di IA ad alto rischio si impone che essi siano progettati e sviluppati in modo da essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso (cfr. articolo 14, paragrafo 4, lett. b); adottando, tra l’altro, anche misure che tengano conto della “possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull’output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio (*automation bias*)” (nella versione del testo di compromesso di luglio 2022, è stato eliminato il periodo finale, che si riferiva “ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche”); per quelli di identificazione biometrica – nelle ipotesi in cui restano consentiti – si richiede invece un livello di sorveglianza più intenso, richiedendosi che nessuna azione o decisione debba essere presa sulla base dei risultati del sistema, a meno che non sia stata “separatamente” verificata e confermata da almeno due persone fisiche. L’avverbio è stato aggiunto nel corso dei lavori, non comparando nella formulazione originaria contenuta nella proposta del paragrafo 5 dell’articolo 14 “For high-risk AI systems referred to in point 1(a) of Annex III, the measures referred to in paragraph 3 shall be such as to ensure that, in addition, no action or decision is taken by the user on the basis of the identification resulting from the system unless this has been separately verified and confirmed by at least two natural persons”.

### 3. Modelli regolatori e *patchwork* normativi: un'avventura appena cominciata

Il confronto tra i due approcci regolatori, a prima vista, sembra far emergere un accento diverso posto sui due poli dello sviluppo dell'innovazione delle tecnologie di IA e della tutela dei diritti fondamentali: più posto sul primo, quello inglese, volto a non imbrigliare l'evoluzione delle applicazioni tecnologiche e a rispettare le specificità di settore; più sul secondo quello proposto dall'Unione Europea, che ambisce a porsi punto di riferimento mondiale per una IA antropocentrica e affidabile.

In realtà, ad uno sguardo più attento, la differenza sbiadisce. Per un verso, la certezza regolatoria cui mirano le Istituzioni europee con l'adozione di misure orizzontali e intersettoriali è elemento chiave per lo sviluppo dell'innovazione e per la certezza del diritto che dovrebbe proteggere le imprese. Per l'altro, i principi chiave indicati nel programma regolatorio inglese sono diretti a salvaguardare proprio i valori e i diritti fondamentali proclamati anche dalle Istituzioni eurounitarie ed anzi, sotto alcuni profili, sembrano essere in posizione di avanguardia. Si consideri che, ad esempio, con riguardo al complesso paradigma della trasparenza applicato ai sistemi di IA, l'ordinamento inglese enuncia il principio “*spiegabilità*”; principio oggetto di intensi dibattiti, anche nell'ordinamento italiano<sup>60</sup>, e che, nonostante fosse stato indicato nei documenti preparatori, non è neanche citato nella proposta di regolamento; o che, a chiusura dei *principi cross-sectoral*, nel documento inglese affermi la necessità che sia mantenuta in capo agli individui e gruppi su cui impattano i sistemi di IA il potere di “*contestare il risultato*”, con forme e metodi decisi dai regolatori di settore.

Proprio il paradigma della contestabilità dell'output, assunto a principio chiave nel modello inglese, riguarda una nota dolente della parallela iniziativa regolatoria dell'Unione Europea: una delle più diffuse osservazioni sollevate nel corso dell'iter legislativo è stata infatti quella della contraddizione tra l'obiettivo dichiarato della tutela della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali e l'assenza di strumenti giuridici concreti per garantirne la tutela di fronte a fenomeni nuovi come quelli dell'IA. In realtà, secondo una parte degli osservatori, nell'impianto regolatorio complessivo, i titolari dei diritti che si intende proteggere resterebbero proprio sullo sfondo e in ombra, poichè la bozza dell'IA Act non attribuirebbe alcuna possibilità di contestazione o rimedi specifici in capo alle “*affected persons*” i quali non sarebbero coinvolti neanche nei procedimenti di “*risk-assessment*”<sup>61</sup>. Va peraltro sottolineato che qualcosa pare si muova anche

<sup>60</sup> Cfr. *supra* nota 5.

<sup>61</sup> M. VEALE, F.Z. BORGESIU, *Demystifying the draft EU Artificial Intelligence Act*, cit. “*However, individuals affected by AI systems have no right to complain to an MSA in the same way that, for example, they have a right to lodge a complaint to and seek a judicial remedy against a supervisory authority under data protection law.*”<sup>183</sup> *The Draft AI Act creates no legal right to sue a provider or user for failures under the Draft AI Act, although routes may exist for litigants to argue that standards, such as those used in the Draft AI Act, should be considered in national tort cases*”; L. EDWARDS, *Regulating AI in Europe: four problems and four solution*, cit. “*Those impacted by AI system – sometimes though of as end-users, data subjects or consumers – have no right, and almost no role in AI Act. This is incompatible with an instrument whose function is to safeguard fundamental rights*” Come osservato da Edwards, anche il termine “*user*” contenuto nel testo rischia di creare ambiguità, non intendendosi con esso “*l'utilizzatore finale*” (ovvero ad esempio l'abbonato al quale viene rivolta la raccomandazione del film su Netflix, o lo straniero richiedente asilo che è sottoposto

in tale direzione: il terzo testo di compromesso, pur non prevedendo strumenti e procedure di dettaglio, prevede ora che il Comitato europeo per l'IA, cui sono affidati compiti di facilitazione per “*un'attuazione agevole, efficace e armonizzata del presente regolamento contribuendo all'efficacia della cooperazione*” tra tutti gli enti anche nazionali coinvolti nel sistema di governance, “*shall establish a standing subgroup serving as a platform for stakeholders to advise the Board on all issues related to the implementation of this Regulation, including on the preparation of implementing and delegated acts. To this purpose, organisations representing the interests of the providers and users of AI systems, including SMEs and start-ups, as well as civil society organisations, representatives of affected persons, researchers, standardisation organisations, notified bodies, laboratories and testing and experimentation facilities shall be invited to participate to this sub-group*”<sup>62</sup>.

L'assenza di forme di tutela specifiche non è parsa però a tutti come un *vulnus* del sistema normativo complessivo. L'*AI Act* non è destinato a operare nel vuoto giuridico, e già oggi, i procedimenti algoritmici sono necessariamente disciplinati, anche nell'ottica remediale, nella normativa esistente. Sono pertanto salve le forme di tutela già previste dalla disciplina vigente in materia di protezione della privacy, di tutela dei consumatori, di divieto di discriminazione, oltre che quelle fondate sul diritto primario dell'Unione e del diritto costituzionale degli Stati membri in materia di protezione dei diritti fondamentali. E nuovi strumenti si profilano all'orizzonte, per effetto dello *tsunami* di misure in parte già arrivate, adottate dall'Unione in attuazione della Strategia europea sui dati pubblicata il medesimo giorno del Libro Bianco

---

ad un sistema di riconoscimento biometrico), ma “*qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale*” ovvero sostanzialmente il deployer dei sistemi di IA. Sulla lacuna remediale, cfr. anche parere congiunto EDPB-EDPS 5/2021 p. 10 “*Che si tratti di utenti finali, semplici interessati o altre persone coinvolte dal sistema di IA, l'assenza nel testo della proposta di qualsiasi riferimento alla persona sulla quale si producono gli effetti del sistema di IA si configura come una grave carenza. Infatti, gli obblighi degli operatori nei confronti delle persone interessate dovrebbero emanare più concretamente dalla tutela del singolo e dei suoi diritti. Pertanto, l'EDPB e il GEPD sollecitano i legislatori ad affrontare esplicitamente nella proposta la questione dei diritti e dei mezzi di ricorso a disposizione delle persone soggette ai sistemi di IA.*” [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-10/edpb-edps\\_joint\\_opinion\\_ai\\_regulation\\_it.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-10/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_it.pdf)

<sup>62</sup> Cfr. art. 57.

sull'IA<sup>63</sup> anch'essa al fine di supportare la posizione di supremazia mondiale dell'Unione nella *governance* dell'era digitale<sup>64</sup>.

L'effetto *patchwork* in cui cittadini, operatori economici, istituzioni, e ovviamente giuristi, dovranno orientarsi è pertanto immaginabile, anche perché, nella realtà, i diversi profili di rilievo giuridico delle vicende concrete sono intrecciati, unificati nella dimensione del “caso concreto”: una piattaforma *social online* può contestualmente essere fonte di violazione della privacy, ma anche della protezione dei consumatori o della concorrenza per l'abuso di posizione dominante e del diritto alla “sicurezza” dei sistemi di IA di profilazione dei dati che utilizza quale sua componente<sup>65</sup>.

A ciò si aggiunge peraltro un ulteriore nodo da sciogliere per gli operatori del diritto di fronte ai casi concreti: la necessità di individuare, sotto il profilo temporale, quale disciplina debba applicarsi. Al fine di consentire agli Stati di adeguare il proprio ordinamento interno, l'*AI Act* sarà applicabile solo dopo ventiquattro mesi dalla sua entrata in vigore, ma non per tutti i sistemi di IA: l'articolo 83 prevede una generale esenzione per “i sistemi di IA ad alto rischio” che siano già stati immessi sul mercato o messi in servizio prima della data di applicazione del regolamento (quindi anche durante i ventiquattro mesi

---

<sup>63</sup> Libro Bianco, cit., p.3 “La strategia europea per i dati che accompagna il presente libro bianco ha l'obiettivo di far sì che l'Europa diventi l'economia agile basata sui dati più attraente, sicura e dinamica del mondo, mettendo a sua disposizione i dati necessari a migliorare le decisioni e la vita di tutti i suoi cittadini. La strategia definisce una serie di misure strategiche necessarie per raggiungere questo obiettivo, tra cui la mobilitazione degli investimenti pubblici e privati. Le implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e di altre tecnologie digitali per la legislazione in materia di sicurezza e responsabilità sono infine analizzate nella relazione della Commissione che accompagna il presente libro bianco”. Come più volte sottolineato dalle Istituzioni europee “lo sviluppo delle tecnologie di IA richiede spesso set di dati di grandi dimensioni, di alta qualità, sicuri e robusti. Di conseguenza è importante garantire che i dati possano “circolare” all'interno dell'UE, con i nostri partner commerciali e in tutti i settori, in linea con l'acquis dell'UE, compresi il regolamento generale sulla protezione dei dati per quanto concerne i dati personali e gli impegni internazionali dell'Unione” Piano coordinato per l'IA – Revisione 2021 (COM(2021) 205 final), p. 6. Nel giro di pochi mesi, sono state avviate iniziative normative concernenti le reti e i servizi (*Digital Services Act*); le piattaforme e la concorrenza (*Digital Markets Act*); l'accessibilità al valore rappresentato dai dati, personali e non (*Data Act*); la condivisione dei dati personali, e non, fra settore pubblico e privato (*Digital Governance Act*, l'unico tra le misure ad essere oggi entrato in vigore: Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla *governance* dei dati). Per una comparazione tra i diversi modelli risk-based proposti, rispettivamente, con il GDPR, il Digital Service Act e l'AI Act, cfr. G. De Gregorio, P. Dunn, *Gli approcci europei basati sul rischio: collegare i punti costituzionali nell'era digitale*, in *Revisione del diritto comune del mercato*, 2022, 473-500, disponibile in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4071437](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4071437); cfr. sulle misure di attuazione della Strategia digitale, G. C. FERONI, *Luci e ombre della Data Strategy europea*, 13 maggio 2022, disponibile in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9769786>

<sup>64</sup> L. FLORIDI, *The AIA will be added to the GDPR and, over time, to the Digital Services Act (Digital Services Act, 15 December 2020) and the Digital Markets Act (Digital Markets Act, 15 December 2020), which, once adopted, will regulate online platforms and services. When this “legislative square” will be complete—make it a pentagon if you add the Data Governance Act (Data Governance Act, 25 November 2020), or a hexagram, with the announced European Health Data Space legislative proposal<sup>12</sup>—the EU will have developed a “digital constitutionalism” for an infosphere where its citizens may live and work better and more sustainably. As I have been arguing for a while, it is clear that the challenge is no longer digital innovation but the governance of the digital, and hence the new morphology of power and the shaping of digital sovereignty. In tackling these normative challenges, the EU is not simply ahead; it has no competition”.*

<sup>65</sup> Cfr. *Governing data and artificial intelligence for all*, cit. p. 48 “the existing regulatory framework in the EU pertinent to data governance could be described as piecemeal and fragmented because, while the focus on building markets is coherent, the different instruments involved create disjunctures in the way technological harms are conceptualised (...) This makes it hard to conceptualise 'good governance' along the lines set out above because any legal or regulatory approach is, by design, incomplete. It thereby places an impetus on the right-seeker to be able to meander through the regulatory maze”

successivi alla sua entrata in vigore)<sup>66</sup>, a meno che non abbiano subito modifiche significative nella progettazione (pur trattandosi di sistemi già in funzione) o nell’obiettivo assegnato, circostanza che, senza l’ausilio di competenze tecnico-scientifiche, pare davvero non facile da verificare. L’avventura giuridica è pertanto appena cominciata ed è destinata a riservare sorprese. Anche perché, mentre l’IA cerca una sua identità giuridica, all’orizzonte si intravedono nuovi fenomeni emergenti dell’era digitale, per i quali sarà prevedibile chiedersi se le architetture regolatorie oggi in discussione per l’IA potranno costituire modelli di riferimento: *Internet of Bodies* (IoB)<sup>67</sup>, Metaverso<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Le regole dettagliate dell’IA Act si applicano alle applicazioni già in funzione solo a due condizioni, alternative tra loro: che tali sistemi siano oggetto di “modifiche significative” o nella progettazione (la quale però, almeno sotto il profilo tecnico, dovrebbe precedere la messa in servizio) o nella finalità prevista. A ciò si aggiunga che le probabilità che si realizzi la prima condizione si riducono vertiginosamente se si considera che cosa debba intendersi per “modifiche significative” a proposito dei sistemi di IA di machine learning, poiché “changes occurring to the algorithm and the performance of AI systems which continue to ‘learn’ after being placed on the market or put into service (i.e. automatically adapting how functions are carried out) should not constitute a substantial modification, provided that those changes have been pre-determined by the provider and assessed at the moment of the conformity assessment” (Relation 66). Lo scenario è destinato a complicarsi ulteriormente anche guardando solo alla regolazione dell’IA, perché, per un anche perché vi sono due fattori che rendono ancora più difficile Ma, anche a prescindere dal patchwork normativo in cui una specifica fattispecie dovrebbe inquadarsi, Resta però un punto chiave per l’effettivo funzionamento delle misil’armonizzazione perseguita allo scopo di evitare barriere alla circolazione e allo sviluppo dei sistemi di IA, anche con lo scopo di garantire certezza del quadro normativo agli operatori, rischia così di frantumarsi nel puzzle dei rimedi e forme di tutela previste a favore di coloro che sono soggetti ai rischi derivanti da tale tecnologie.

<sup>67</sup> Cfr. A. M. MATWYSHYN, *The Internet of bodies* in *William & Mary Law Review*, 2019, 61, 1, 2019, disponibile in [sul sito ssrn](#).

<sup>68</sup> L. FLORIDI, *Metaverse: a matter of eXperience*, in *Philosophy & Technology*, settembre 2022, disponibile in [sul sito ssrn](#). J. KEVINS, *Metaverse as a New Emerging Technology: An Interrogation of Opportunities and Legal Issues: Some Introspection*, March 2022) Disponibile in <https://ssrn.com/abstract=4050898> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4050898>. Cfr. anche audizioni informali della 1 Commissione permanente Affari Costituzionale del Senato della Repubblica sull’affare n. 1444 Metaverso e le sue implicazioni per l’ordinamento giuridico, e quanto ai profili anche di governance, relazione di A. CELOTTO, *Tema del “metaverso” e delle sue implicazioni per l’ordinamento giuridico*, 6 giugno 2022.

**Recenti sviluppi del dialogo fra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia  
sull’obbligo “flessibile” di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali di  
ultima istanza**

*(brevi note a margine di Corte di Giustizia UE, sez. IX, 7 luglio 2022, C-261/21,  
Hoffmann-La Roche e altri)*

SOMMARIO: 1. Applicazione del diritto comunitario, e rimedi del diritto processuale nazionale: il problema della revocazione. – 2. La vicenda specifica e la soluzione data dalla Corte di Giustizia alla questione. – 3. La rilevanza della motivazione della sentenza, al di là del caso specifico. – 4. segue: ancora su rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza, e possibile abuso del rimedio. – 5. Il rinvio pregiudiziale oggi: le recenti sollecitazioni del Consiglio di Stato ad una ulteriore definizione dei contorni dell’istituto conforme alla sua funzione. – 6. Conclusioni.

1. Nella ricostruzione del dialogo fra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia sull’obbligo “flessibile” di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali di ultima istanza, si è dato conto<sup>1</sup> della fattispecie costituita da un ricorso per revocazione fondato sulla denuncia del vizio di contrarietà al diritto comunitario della decisione resa all’esito del giudizio di appello, nel corso del quale era stata resa una pronuncia pregiudiziale: la particolarità della fattispecie era data dal fatto che con il ricorso per revocazione si era fatta valere la non corretta applicazione da parte del Consiglio di Stato, in veste di giudice d’appello, del principio stabilito dalla decisione della Corte di Giustizia resa all’esito del rinvio pregiudiziale disposto in grado di appello.

Di fronte alla deduzione del vizio revocatorio consistente nel mancato rispetto della sentenza della Corte di Giustizia, la VI Sezione del Consiglio di Stato, con l’ordinanza n. 2327/2021, ha a sua volta fatto ricorso al rinvio pregiudiziale, domandando alla Corte – tra l’altro – se “*il giudice nazionale, avverso le cui decisioni*

---

<sup>1</sup> G. TULUMELLO, *Sui presupposti dell’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza: segnali (convergenti) di un’esigenza di ripensamento della giurisprudenza Cilfit*, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 28 settembre 2021.

*non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, in un giudizio in cui la domanda della parte sia direttamente rivolta a far valere la violazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel medesimo giudizio al fine di ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, possa verificare la corretta applicazione nel caso concreto dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel medesimo giudizio, oppure se tale valutazione spetti alla Corte di Giustizia”.*

Alcuni commenti avevano posto in evidenza che *“la premessa sembra soffrire di una sorta di petizione di principio, alla luce del noto rinvio Randstad, operato dalle Sezioni Unite, pendente avanti alla Corte di giustizia”*.<sup>2</sup>

La decisione della Corte di Giustizia, nel frattempo intervenuta,<sup>3</sup> sembra smentire questa affermazione: al contrario, come si vedrà, la trama motivazionale della sentenza capovolge questa visione, fornendo una risposta di più ampio respiro alle tematiche recentemente emerse in relazione all'attuale connotazione del rinvio pregiudiziale, a fronte dei tentativi di un uso improprio del rimedio.<sup>4</sup>

2. Più in dettaglio, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato aveva sottoposto alla Corte di Giustizia tre quesiti:

«1) Se il giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, in un giudizio in cui la domanda della parte sia direttamente rivolta a far valere la violazione dei principi espressi dalla [Corte] nel

---

<sup>2</sup> B. NASCIBENE - P.PIVA, *Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un confronto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale. Commento all'ordinanza n. 2327/2021 del Consiglio di Stato*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it)

<sup>3</sup> Corte di Giustizia UE, sez. IX, 7 luglio 2022, C-261/21, Hoffmann-La Roche e altri

<sup>4</sup> In merito a tali questioni sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Sui presupposti dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza: segnali (convergenti) di un'esigenza di ripensamento della giurisprudenza Cilfit*, cit.; e a G. TULUMELLO, *Il rinvio pregiudiziale fra mito e realtà (brevi note a primissima lettura della sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., Grande Sezione, 6 ottobre 2021, in causa C-561/19, Consorzio Italian Management - Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana)*, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 8 ottobre 2021

medesimo giudizio al fine di ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, possa verificare la corretta applicazione nel caso concreto dei principi espressi dalla [Corte] nel medesimo giudizio, oppure se tale valutazione spetti alla [Corte].

2) Se la sentenza del Consiglio di Stato n. 4990/2019 abbia violato, nel senso prospettato dalle parti, i principi espressi dalla [Corte] nella sentenza [Hoffmann-La Roche] in relazione a) all'inclusione nel medesimo mercato rilevante dei due farmaci senza tener conto delle prese di posizione di autorità che avrebbero accertato l'illiceità della domanda e dell'offerta di Avastin off-label; b) alla mancata verifica della pretesa ingannevolezza delle informazioni diffuse dalle società.

3) Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della [Carta], ostino ad un sistema come quello concernente gli articoli 106 del codice del processo amministrativo e 395 e 396 del codice di procedura civile, nella misura in cui non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della [Corte], ed in particolare con i principi di diritto affermati dalla [Corte] in sede di rinvio pregiudiziale».

La Corte ha ritenuto pregiudiziale il terzo quesito, rispetto al quale ha enunciato il seguente principio: *“l'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE nonché l'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, devono essere interpretati nel senso che non ostano a disposizioni di diritto processuale di uno Stato membro che, pur rispettando il principio di equivalenza, producono l'effetto che, quando l'organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa di tale Stato membro emette una decisione risolutiva di una controversia nell'ambito della quale esso aveva investito la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi del suddetto articolo 267, le parti di tale controversia non possono chiedere la revocazione di detta decisione dell'organo giurisdizionale nazionale sulla base del motivo che quest'ultimo avrebbe violato l'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte in risposta a tale domanda”*.

Dunque la nozione di errore revocatorio propria del diritto processuale interno, nella parte in cui non ammette il ricorso alla revocazione per (supposto) mancato adeguamento del giudice d'appello alla decisione sul rinvio pregiudiziale resa in quel giudizio, non viola i parametri comunitari sopra richiamati.

3. Il problema ruotava intorno all'art. 106, primo comma, del codice del processo amministrativo: *“Salvo quanto previsto dal comma 3, le sentenze dei tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato sono impugnabili per revocazione, nei casi e nei modi previsti dagli articoli 395 e 396 del codice di procedura civile”*.

Ma il punto centrale della sentenza della Corte, paradossalmente, non sembra essere quello della compatibilità comunitaria della disciplina processuale interna della revocazione: bensì quello che rimarca che il ruolo proprio del rinvio pregiudiziale non è quello del “voler buttare la palla” a Lussemburgo per spostare il meccanismo di soluzione dei conflitti dalla sede giurisdizionale nazionale a quella comunitaria (ogni qual volta la questione da dirimere implichi l'applicazione di una norma comunitaria).

La sentenza della Corte, ai punti 36 e 55 della motivazione, è molto netta sul punto: *“Non spetta infatti alla Corte valutare se il contenuto di detto parere emesso dall'EMA dimostri la presenza nella decisione dell'AGCM di errori che il giudice del rinvio avrebbe dovuto constatare nella sua sentenza n. 4990/2019. È sufficiente ricordare, a tal riguardo, che il giudice nazionale è il solo competente a conoscere e valutare i fatti della controversia di cui al procedimento principale (sentenza del 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-561/19, EU:C:2021:799, punto 35 e giurisprudenza ivi citata). (...) Tuttavia, come ricordato al punto 36 della presente sentenza, spetta unicamente al giudice nazionale accertare e valutare i fatti della controversia di cui al procedimento principale. Ne consegue che non spetta alla Corte esercitare, nell'ambito di un nuovo rinvio pregiudiziale, un controllo che sia destinato a garantire che tale giudice, dopo aver investito la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione applicabili alla controversia sottopostagli, abbia applicato tali*

*disposizioni in modo conforme all'interpretazione di queste ultime fornita dalla Corte. Per quanto i giudici nazionali possano, in virtù della cooperazione tra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, rivolgersi nuovamente alla Corte prima di dirimere la controversia di cui sono investiti, al fine di ottenere ulteriori chiarimenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-561/19, EU:C:2021:799, punto 38 e giurisprudenza ivi citata), tale disposizione non può, tuttavia, essere interpretata nel senso che un organo giurisdizionale nazionale possa proporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale volta a chiarire se detto organo giurisdizionale nazionale abbia correttamente applicato al procedimento principale l'interpretazione fornita dalla Corte in risposta a una domanda di pronuncia pregiudiziale da esso precedentemente sottoposta nello stesso procedimento”.*

4. In particolare la Corte – al punto 55 della motivazione - non chiude la strada ad un nuovo rinvio pregiudiziale del giudice nazionale “*al fine di ottenere ulteriori chiarimenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte*”: ma esclude che esso, investito della relativa questione, debba “*proporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale volta a chiarire se detto organo giurisdizionale nazionale abbia correttamente applicato al procedimento principale l'interpretazione fornita dalla Corte in risposta a una domanda di pronuncia pregiudiziale da esso precedentemente sottoposta nello stesso procedimento*”.

Traspare da questa motivazione il richiamo ad un utilizzo proprio del rimedio: tutte le volte che il giudice nazionale senta il bisogno di confrontarsi con un problema (reale) di applicazione del diritto dell'Unione (se del caso, anche per chiarire il significato di una precedente pronuncia), ma non già quale passaggio obbligato, imposto dal riconoscere al giudice comunitario l'unica competenza a sindacare la corretta applicazione del diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia, in altre parole, prende nettamente posizione – citando non a caso la decisione sul caso Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, in causa C-561/19 – sul possibile abuso del rimedio.

Proprio questa sentenza è stata oggetto di diverse analisi: da parte di chi vi ha visto una semplice riaffermazione della giurisprudenza *Cilfit*,<sup>5</sup> e di chi ha invece colto l'evoluzione verso “una sorta di “oggettivizzazione” della questione che potrebbe segnare il passaggio dal convincimento soggettivo sulla mancanza di dubbi interpretativi alla prospettiva oggettiva della manifesta infondatezza della questione”.<sup>6</sup>

La stessa Corte di Giustizia sembra attribuire a tale arresto un significato innovativo ed evolutivo: tanto da restituire al Consiglio di Stato gli atti relativi al rinvio pregiudiziale di cui all'ordinanza n. 5588/2020, affinché valuti la perdurante sussistenza del dubbio sollevato alla luce della sopravvenuta sentenza Consorzio Italian Management.<sup>7</sup>

Che la giurisprudenza della Corte sia avveduta del rischio di un utilizzo improprio del rinvio pregiudiziale, indotto da un abuso del rimedio tentato dalle parti ovvero da operazioni di politica giudiziaria, lo si coglie dalla complessiva trama argomentativa della sentenza in esame.

La quale, oltre alla sentenza *Consorzio Italian Management*, fa riferimento anche alla sentenza resa sul noto caso *Randstad*.

---

<sup>5</sup> F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it)

<sup>6</sup> Così G.L. BARRECA, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e l'obbligo di rinvio del giudice nazionale di ultima istanza*, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 23 dicembre 2021, con adesione quasi letterale al rilievo secondo cui “Si tratta, a ben vedere, di un filtro di “non manifesta infondatezza” della questione che si aggiunge – nella prospettiva della necessaria “oggettività” della questione, e comunque con riguardo alla fattispecie concreta - a quello della rilevanza (nel senso che quand'anche la questione, pur rilevante ai fini della decisione, sia tuttavia manifestamente infondata alla luce di un contrario e consolidato orientamento giurisprudenziale, l'obbligo del rinvio va riconsiderato)” (G. TULUMELLO, *Il rinvio pregiudiziale fra mito e realtà*, cit.).

<sup>7</sup> Su tale vicenda, G.L. TOSATO e D. ALIOTTA, *Corte di Giustizia e Consiglio di Stato sulla dottrina dell'Acte Clair*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2022, pagg. 355 e segg.

La motivazione di quest'ultima, come lucidamente colto dalla dottrina, mostra di avere ben compreso come la questione nascesse da *“una sorta di "abuso" del procedimento di rinvio pregiudiziale da parte delle Sezioni Unite della Cassazione (meglio, di quel particolare collegio che ha adottato l'ordinanza n. 19598/2020; dato che la stessa è rimasta isolata, addirittura smentita da successive ordinanze delle Sezioni Unite)”*<sup>8</sup>.

Per sgombrare definitivamente il campo da possibili strumentalizzazioni del rimedio la Corte, nella sentenza in esame, nel richiamare al punto 44 della motivazione la propria sentenza sul caso *Randstad*, chiarisce nettamente che *“In una situazione caratterizzata dall'esistenza di un rimedio giurisdizionale che consente di garantire il rispetto dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione è perfettamente ammissibile, sotto il profilo di tale diritto, come risulta dalla giurisprudenza ricordata al punto 47 della presente sentenza, che lo Stato membro interessato conferisca all'organo di ultimo grado della giustizia amministrativa di detto Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, sulla controversia di cui trattasi (sentenza del 21 dicembre 2021, Randstad Italia, C-497/20, EU:C:2021:1037, punto 64)”*.

Il rinvio pregiudiziale è infatti uno strumento di dialogo con una precisa connotazione processuale: e non può avere l'effetto né di introdurre (o di modificare) strumenti processuali in ossequio ai principi di equivalenza e di effettività; né quello di spostare il sindacato sostanziale sulla decisione della lite ad una ulteriore istanza,

---

<sup>8</sup> M.P. CHITI, *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di Giustizia: "tutti gabbati"?*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 2/2022, pagg. 225 e segg, ove (pag. 229) il rilievo che *“il tema del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione era stato inquadrato correttamente dalla Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 6/2018; anche nei risvolti di diritto comunitario. Tale circostanza è, nel merito, l'unica positiva per il nostro ordinamento; ma istituzionalmente la Corte costituzionale ha dovuto subire una sorte di "appello" nei confronti di una sua sentenza (...), voluto dalle Sezioni Unite che contestavano la "sua prassi giurisprudenziale" (espressione a dir poco denigratoria)”*. Sulla vicenda si vedano altresì A. SANDULLI, *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 57; e A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 65.

esterna al sistema processuale nazionale, che attraverso un secondo rinvio pregiudiziale verifichi l'esatta applicazione o meno da parte del giudice del rinvio della prima decisione della Corte di Giustizia.

La possibilità, ma non anche la doverosità, di questa soluzione porta la Corte ad escludere – quanto meno in una fattispecie quale quella dedotta - un uso “difensivo” del rinvio pregiudiziale da parte del giudice interno di ultima istanza.

5. Dalla relazione sull'attività della Corte di Giustizia nel 2021 emerge che degli 838 giudizi promossi, 567 hanno riguardo a richieste di pronuncia pregiudiziale (di queste, 46 provengono dall'Italia, che è al terzo posto dopo Germania e Bulgaria: con un numero di questioni pregiudiziali doppio rispetto, ad esempio, alle 23 della Francia)<sup>9</sup>.

Analogamente, della 772 cause definite, 547 riguardano procedimenti pregiudiziali; dunque nel 2021 sono arrivate alla Corte 20 domande di pronuncia pregiudiziale in più di quelle che la stessa Corte è riuscita a definire nell'anno.

Il *trend*, almeno in valori assoluti, è dunque in aumento: posto che nel 2020 la Corte di Giustizia aveva definito 534 domande di rinvio pregiudiziale a fronte delle 556 pervenute.<sup>10</sup>

Probabilmente non è estraneo a questa realtà un utilizzo improprio nel rimedio, favorito dalla formulazione della dottrina dell' “atto chiaro”, che si è cercato di ricostruire negli scritti precedentemente citati.

La stessa sentenza *Consorzio Italian Management - Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana*, che pure – come accennato - ha manifestato qualche significativa apertura verso un'applicazione critica della giurisprudenza *Cilfit*,<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/ra\\_pan\\_2021\\_it.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/ra_pan_2021_it.pdf)

<sup>10</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-06/20205918\\_qdaq20101itn\\_pdf.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-06/20205918_qdaq20101itn_pdf.pdf)

<sup>11</sup> G. TULUMELLO, *Il rinvio pregiudiziale fra mito e realtà (brevi note a primissima lettura della sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., Grande Sezione, 6 ottobre 2021 ,in causa C-561/19, Consorzio Italian Management - Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana)*, cit.

tuttavia non contiene evidentemente elementi tali da fugare del tutto le preoccupazioni dei giudici di ultima istanza preoccupati di un uso improprio del rinvio pregiudiziale.

Tanto che pur successivamente ad essa il Consiglio di Stato italiano ha investito la Corte di Giustizia di ulteriori questioni, tuttora pendenti, relative alla definizione dell'obbligo flessibile.<sup>12</sup>

È evidente che di fronte ai fattori distorsivi da più parti segnalati c'è una forte domanda di chiarezza sull'obbligo flessibile del giudice di ultima istanza, e sulle sue implicazioni.

Il rischio è quello di ingolfare la Corte di Giustizia con questioni pregiudiziali strumentali o pretestuose: perché prospettate dalle parti come alternativa – doverosa – all'accoglimento dell'impugnazione (evidentemente nel tentativo di evitarne, o solo di spostarne in avanti, l'altrimenti inevitabile rigetto);<sup>13</sup> ovvero perché formulate per delegare ad una istanza esterna al sistema giudiziario nazionale la soluzione di questioni interpretative che ben potrebbe decidere il “giudice comunitario di prossimità”: “*come un dialogo fra le Corti obbligato anche quando non vi sarebbe nulla da dire e nulla da ascoltare*”;<sup>14</sup> o ancora per tentare di scardinare dall'esterno il disegno costituzionale delle tutele giudiziarie.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Ci si riferisce alle domande di rinvio pregiudiziale formulate con provvedimenti nn. 6290/2021, 7839/2021, 490/2022, 2545/2022, 4741/2022, 6013/2022, 6410/2022.

<sup>13</sup> “*In sostanza, vengono meno ogni discrezionalità nel giudizio, ogni margine di apprezzamento in capo al giudice di ultima istanza, anche in caso di acte clair; specularmente, alla parte è riconosciuto un vero e proprio diritto all'accoglimento dell'istanza di rinvio pregiudiziale; si soprassiede sul principio di economia processuale e sul suo corollario della giustizia come risorsa scarsa, che pure, negli ultimi anni, è stato usato quale chiave ermeneutica di numerosi istituti processuali, anche al fine di scoraggiare l'esercizio del diritto di azione in giudizio*” (P. PATRITO, *Il rinvio pregiudiziale: Consiglio di Stato e Corte di Cassazione a confronto*, in *Giur. It.*, 2/2021, 398 e segg.)

<sup>14</sup> P. PATRITO, *Il rinvio pregiudiziale: Consiglio di Stato e Corte di Cassazione a confronto*, cit.

<sup>15</sup> “(...) la Corte costituzionale ha dovuto subire una sorte di “appello” nei confronti di una sua sentenza, voluto dalle Sezioni Unite che contestavano la “sua prassi giurisprudenziale” (espressione a dir poco denigratoria)” (M.P. CHITI, *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di Giustizia: “tutti gabbati”?*, cit., pag. 229). Il tutto, peraltro, con il “rischio” di un curioso fenomeno

La Corte mostra, anche in questo ultimo arresto, di essere pienamente avveduta di tali rischi: evidentemente consapevole del fatto che snaturare il rimedio comporta privare il sistema del diritto dell'Unione di un fondamentale strumento di applicazione uniforme.

Questa fase del dialogo si connota dunque per un ritorno virtuoso al reciproco riconoscimento dei ruoli.

6. I risultati, in quest'ottica, appaiono incoraggianti: e non soltanto perché questa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto *“il merito di esplicitare, con grande onestà intellettuale e senza infingimenti (se è consentito), lo stato attuale dei rapporti tra il Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia”*.<sup>16</sup>

Soprattutto perchè, come ha rilevato la dottrina in commento all'ordinanza n. 7839/2021, il *“costruttivo confronto tra Corte di Giustizia e Consiglio di Stato (...) ha portato a un aggiornamento (...) e a uno sviluppo rilevante e condiviso della dottrina dell'Acte Clair”*.<sup>17</sup>

La cooperazione fra giudici si alimenta, infatti, anzitutto della consapevolezza del ruolo della giurisdizione e del processo: e non è senza significato che alcune delle recenti ordinanze di rinvio pregiudiziale sottolineino l'esigenza di *“salvaguardare i*

---

di eterogenesi dei fini posto in evidenza dalla dottrina: se fosse passata la tesi del rinvio pregiudiziale *Randstad*, per cui, nelle questioni relative all'applicazione del diritto comunitario, il giudice di ultima istanza non è il Consiglio di Stato ma la Corte di Cassazione, *“il risultato, paradossalmente, potrebbe essere l'esatto opposto di quello voluto dalle Sezioni unite: se cade l'obbligo in capo al Consiglio di Stato e viene meno la responsabilità dello Stato, potrebbe verificarsi un aumento delle decisioni del Consiglio di Stato stesso contrarie al diritto europeo, in quanto, tra il rinvio e la pronuncia tempestiva, il Collegio, erroneamente non rilevando la contrarietà con il diritto europeo, potrebbe optare per tale ultima scelta, restando affidato alla parte soccombente l'onere dell'esperienza dell'ulteriore impugnativa alle Sezioni unite per far valere la pretesa violazione del diritto europeo”* (P. PATRITO, *Il rinvio pregiudiziale: Consiglio di Stato e Corte di Cassazione a confronto*, cit.)

<sup>16</sup> P. PATRITO, *Il rinvio pregiudiziale: Consiglio di Stato e Corte di Cassazione a confronto*, cit.

<sup>17</sup> G.L. TOSATO e D. ALIOTTA, *Corte di Giustizia e Consiglio di Stato sulla dottrina dell'Acte Clair*, cit., pagg. 360/361.

*valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi”* (così la sentenza non definitiva n. 490 del 2022).

Tanto che un’analisi serena ed avveduta dei descritti percorsi giurisprudenziali porta, dopo il caso *Randstad*, ad augurarsi *“che dopo questa vicenda non vi siano altre beghe tra i giudici nazionali che richiama inappropriatamente l'intervento "arbitrale" della Corte di giustizia, con autorinuncia alla residua parte della nostra autonomia procedurale”*.<sup>18</sup>

Il rinvio pregiudiziale, come ogni istituto giuridico, non è esente dal rischio della *“fine del diritto”* che segna l’età contemporanea.<sup>19</sup>

Forse la strada per evitarlo può essere proprio quella, che sembra avviata in questo ultimissima stagione di rinvii pregiudiziali, della ricomposizione della frattura attraverso un metodo che privilegi il discorso razionale: un dialogo non vuoto ed artificiale, ma fatto di *“rigore delle parole”* e di *“ricerca della coerenza sistematica”*.<sup>20</sup>

Il tutto nella prospettiva dell’effettività di una tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario vista non dalla prospettiva di chi giudica, ma di chi è giudicato: nel tentativo di superare il rilievo – evidentemente anche profetico

---

<sup>18</sup> M.P. CHITI, *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di Giustizia: "tutti gabbati"?*, cit., pag. 229.

<sup>19</sup> *“La frattura tra pratica e teoria – che il kelsenismo sembrava aver risolto nella purificazione delle categorie e nella positività delle fonti – cambia verso e volge ai bisogni della vita. Non fattispecie astratte ma interessi concreti; non logica delle norme ma decisioni del caso; non fonti unificanti ma formanti dinamici. E così il panorama dell’editoria giuridica si arricchisce di riviste online, colme di massime sentenze e banche dati, sempre aggiornate all’ultima feriale novità. Il tempo del pensiero giuridico parrebbe inghiottito nell’accelerazione della contemporaneità, segnata dalla velocità dei mutamenti e da una sorta di valore euristico del nuovo”* (M. ORLANDI, *Ripartire dalla lentezza*, in *Nuovo diritto civile*, n. 1/2016, pagg. 5/6).

<sup>20</sup> Sono questi i tratti del *“pensiero lento”* auspicato da M. ORLANDI, *Ripartire dalla lentezza*, cit., pag. 9.

– di “*un panorama giurisprudenziale dai contorni piuttosto ambigui, incerti, incoerenti con i dicta provenienti dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale italiana*”<sup>21</sup>.

**GIOVANNI TULUMELLO**

Consigliere di Stato

Componente dell’Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa. Le opinioni espresse non vincolano l’Istituto di appartenenza

Publicato il 30 settembre 2022

---

<sup>21</sup> G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, Napoli, E.S., 2015, pag. 377.

Gara

# I protagonisti delle procedure di gara: RUP e Commissione di gara tra incompatibilità e incompetenza

di Lucia Antonella Bongiorno (\*)

Con il presente contributo si vuole ripercorrere il ruolo e le funzioni del responsabile unico del procedimento e della Commissione di gara all'interno delle procedure di affidamento degli appalti pubblici. Si esamineranno le rispettive competenze dei due organi e, in particolare, il potere di esclusione del RUP e la funzione valutativa assegnata alla Commissione.

Si intende altresì esporre l'evoluzione in merito al riparto di (in)competenza in sede di valutazione delle offerte e della (in)compatibilità tra la funzione di RUP e quella di commissario o presidente di gara nel caso di coincidenza dei due ruoli in capo al medesimo soggetto in una procedura di gara.

## Il responsabile unico del procedimento di gara

La trasparenza è un corollario del principio di imparzialità dell'azione amministrativa che assume maggiore centralità nelle procedure di affidamento di appalti pubblici, connotate dalla presenza di termini brevi e decadenziali e dalla compresenza di rilevanti interessi pubblici e privati spesso in conflitto tra loro. In proposito, la rivoluzione "copernicana" portata dalla L. n. 241/1990 ha posto fine alla c.d. spersonalizzazione dell'azione amministrativa che impediva di individuare il soggetto - persona fisica che esercitava concretamente il potere amministrativo, precludendo di seguire l'iter percorso dall'Amministrazione per giungere all'adozione del provvedimento. Gli artt. 6 e 6-bis, L. n. 241/1990 introducendo la figura del responsabile del procedimento (1), come organo preposto a gestire, organizzare, controllare, programmare e progettare tutte le fasi del procedimento amministrativo, inclusa l'eventuale adozione del provvedimento finale, hanno cristallizzato il

principio generale della necessaria individuabilità del funzionario preposto al singolo procedimento, riducendo la "distanza" tra Amministrazione e cittadino e consentendo un dialogo funzionale all'adozione di un provvedimento che contemperi in maniera adeguata le esigenze e gli interessi di volta in volta coinvolti.

Tale figura, nella disciplina degli appalti pubblici, corrisponde a quella del responsabile unico del procedimento (RUP), il cui ruolo e funzioni sono disciplinati dall'attuale art. 31, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In maniera analoga a quanto previsto dagli artt. 6 e 6-bis, L. n. 241/1990, il Codice degli appalti attribuisce al RUP una competenza generale e residuale (2). Infatti, dalla lettura del comma 3 dell'art. 31 si evince che, al fine di garantire unitarietà alla procedura e, quindi, l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, al responsabile competono tutte le attività di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione che la legge espressamente non attribuisce ad altri soggetti.

(\*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Sulla figura del responsabile del procedimento: Lipari, *Il responsabile del procedimento dopo la L. n. 15/2005*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); Tarullo, *Il responsabile del procedimento tra*

*amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(2) Sulla natura della competenza del RUP: T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 5 maggio 2017, n. 303.

Tale regola, su un piano oggettivo, incontra una deroga nei casi di appalti nel settore della difesa e della sicurezza di cui all'art. 159, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016, per i quali è consentito che la gestione della procedura venga frammentata ed affidata a più funzionari. In maniera analoga, è prevista una distinta e specifica disciplina per gli appalti aventi ad oggetto acquisti di beni o servizi all'estero (3).

Ai sensi del comma 10, anche su un piano soggettivo la generale competenza del RUP è derogabile nel caso di stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici. Tali enti giuridici possono assegnare, secondo i propri ordinamenti, i compiti propri del RUP a uno o più soggetti, ma pur sempre nel rispetto della disciplina generale stabilita dal Codice.

Sono invece tenute a nominare il responsabile unico le stazioni appaltanti operanti nei settori speciali, nonché quelle che ricorrono a forme di aggregazione e centralizzazione della committenza.

In ogni singola procedura, la nomina del RUP deve avvenire con apposito atto formale dal soggetto responsabile dell'unità organizzativa di livello apicale e scelto tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima. In mancanza, viene nominato tra gli altri dipendenti in servizio. Può, ad esempio, essere nominato RUP il segretario comunale, essendo lo stesso, secondo il Testo Unico sugli enti locali, stabilmente inserito nella struttura degli organi e degli uffici del comune nel quale svolge le proprie funzioni istituzionali (4).

Nel caso di omessa nomina del RUP, per giurisprudenza costante, coerentemente a quanto stabilito dall'art. 5 comma 2 L. n. 241/1990, la funzione viene automaticamente attribuita al dirigente o al funzionario responsabile dell'ufficio (5). In nessun caso però, la mancata nomina del responsabile si traduce in un vizio invalidante della procedura, né costituisce motivo di annullamento degli atti di gara già compiuti.

Una volta individuato, il nominativo del responsabile di uno specifico procedimento, in conformità al citato principio della personalizzazione dell'azione amministrativa, deve essere indicato nel bando o avviso di gara o, in assenza di detti documenti, nell'invito a presentare offerta, in modo da garantirne adeguata pubblicità all'interno della procedura. In mancanza, neanche tale omissione è idonea ad incidere sulla legittimità del provvedimento finale di gara, costituendo una mera irregolarità (6).

In via residuale l'art. 31 ha stabilito che, laddove l'organico della stazione appaltante non consenta di individuare il RUP tra i suoi dipendenti, le funzioni di responsabile possono essere affidati a soggetti esterni all'amministrazione, purché dotati delle competenze funzionali al ruolo e vengano scelti nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza.

Sulla base della ricostruzione svolta può ritenersi che il RUP sia il *dominus* della gara (7). Per questo motivo, deve avere i requisiti di professionalità e competenza necessari a ricoprire tale ruolo nella procedura.

Inoltre, è assodato che il responsabile rispetto alla procedura svolge funzioni di garante non solo nella fase di programmazione e progettazione ma anche in quella finale, avendo il compito di porre in essere tutte le attività necessarie per giungere alla messa a disposizione della collettività dell'opera pubblica progettata (8).

In ragione della centralità del ruolo ricoperto, si è anche ritenuto che il RUP assuma una posizione di garanzia penalmente rilevante, specie in fase di esecuzione dei lavori. Del resto, essendo committente di un appalto, sorge in capo ad esso l'obbligo di garantire la sicurezza dei luoghi, non solo nel momento iniziale dei lavori in fase di redazione dei piani di sicurezza, ma anche durante lo svolgimento in concreto dell'attività commissionata, avendo lo specifico compito di sorvegliare e garantire il rispetto in concreto di detti piani (9).

(3) Si tratta degli appalti indicati al comma 7, art. 1, Codice degli appalti. Sul punto, v. R. Garofoli, *Codice amministrativo ragionato*, IV Ed., Roma, 2018, art. 31, D.Lgs. 50/2016, 1058.

(4) T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 8 febbraio 2018, n. 95.

(5) In merito a tale aspetto v. Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2018, n. 778.

(6) Sul punto, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 3 aprile 2018, n. 882: "Il comma 2 dell'art. 38, l. reg. Lombardia n. 12 del 2005 prevede che lo Sportello Unico comunichi entro dieci giorni al richiedente il permesso di costruire il nominativo del responsabile del procedimento, ai sensi degli artt. 4 e 5, l. 7 agosto 1990 n. 241; l'art. 5 comma 2, l. n. 241 del 1990, a sua volta, stabilisce che fino a quando non sia effettuata l'assegnazione della responsabilità dell'istruttoria, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente. Dal combinato disposto delle norme sopra individuate emerge

che l'omissione della comunicazione del nominativo del responsabile del procedimento non risulta idonea ad incidere sulla legittimità del provvedimento finale, risolvendosi in una mera irregolarità priva di carattere viziante, alla cui mancanza si supplisce con l'individuazione ex lege del responsabile del procedimento, che si identifica con il funzionario preposto alla competente unità organizzativa"; *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 27 febbraio 2017, n. 1145.

(7) T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 1° febbraio 2019, n. 128.

(8) Cfr. Corte Conti, (Calabria) Sez. reg. giurisd., 20 dicembre 2017, n. 372.

(9) Cass. Pen., Sez. IV, 14 gennaio 2020, n. 3742; *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 8 novembre 2013, n. 7597; Cass. Pen., Sez. IV, 14 giugno 2011, n. 41993; I. Raiola, *Oneri per la sicurezza aziendale nei lavori pubblici*, in Garofoli - Treu (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016.

Al responsabile, sono attribuiti una serie di funzioni e ruoli regolati da specifiche disposizioni del codice, unitamente ad altri individuati nel tempo dalla giurisprudenza. Inoltre, per espresso rinvio normativo i poteri e i compiti del RUP sono oggi disciplinati dalle Linee guida ANAC. Infatti, l'Autorità, a seguito della riforma legislativa avvenuta con il c.d. decreto correttivo, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (10), ha il compito di definire i presupposti e le modalità di nomina, i requisiti di professionalità e i poteri del RUP (11).

Tra i compiti individuati dal comma 4 dell'art. 31 del Codice degli appalti, in via esemplificativa, vanno richiamati il potere di indire o proporre l'indizione di conferenze di servizi, di segnalazione alla stazione appaltante di eventuali malfunzionamenti degli interventi e, nelle concessioni, di verifica e vigilanza del rispetto delle prescrizioni contrattuali.

In particolare, la lett. c), in maniera analoga a quanto prevede la lett. b) art. 6, L. n. 241/1990, individua tra i compiti del RUP, quello della cura del "corretto e razionale svolgimento delle procedure". La procedura si svolge in modo "razionale" quando avviene mediante fasi logicamente correlate che conducono alla realizzazione dell'obiettivo perseguito, ossia l'acquisizione dell'opera, del servizio o della fornitura. È quindi compito specifico del responsabile di fare in modo che il passaggio da una fase all'altra della procedura avvenga nei tempi giusti, evitandone l'ingiustificata dilatazione con eccessivo differimento del momento in cui l'Amministrazione può conseguire l'opera o il servizio. A tal fine può anche imporre ai privati il compimento di attività necessarie entro termini perentori (12).

Deve aggiungersi che il responsabile ha la competenza ad adottare i provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara (13). Tale potere provvedimento trova giustificazione nel ruolo e nelle funzioni peculiari che la legge affida al RUP nella procedura di selezione e individuazione del concorrente idoneo (14). In particolare, il responsabile,

venendo individuato temporalmente in un momento antecedente a quello di avvio della procedura di gara, è considerato una figura *ab origine* terza e imparziale, essendo separata rispetto all'intero ciclo dell'appalto (15). Pertanto, il potere di esclusione trova piena corrispondenza nel ruolo di garanzia e controllo assunto nella gara dal RUP. Tale potestà è stata considerata così ampia da ritenere legittima la scelta del responsabile, a seguito dell'esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria e di altra impresa, di non assegnare l'appalto all'unica rimasta in gara, giudicando non conveniente l'offerta dalla stessa presentata (16).

Di recente, invece, il Consiglio di Stato ha espressamente escluso che spetti al RUP la correzione dell'errore materiale o l'eliminazione dell'omissione commessa nel bando (17). Infatti, tale attività richiede un'apposita rettifica della *lex specialis*, ossia il bando e il disciplinare di gara la cui redazione spetta alla Stazione appaltante. Di conseguenza, l'intervento successivo deve compiersi nelle medesime forme utilizzate in fase di adozione di tali atti, non essendo sufficiente un chiarimento del responsabile unico del procedimento a rimediare alla carenza. Diversamente, verrebbero meno in capo al RUP i requisiti di imparzialità e di terzietà che garantiscono il legittimo ed efficiente svolgimento della procedura di affidamento.

Invece, come si avrà modo di vedere nel proseguo, si è riconosciuto che rientri nei poteri del responsabile unico quello di chiedere un apporto tecnico esterno, strumentale ad una corretta valutazione della congruità dell'offerta a seguito delle criticità emerse dall'analisi effettuata dal responsabile delle varie offerte presentate (18). Infatti, il comma 7 dell'art. 31 riconosce al RUP la possibilità di affidare incarichi a soggetti altamente specializzati in caso di opere di particolare complessità o di specificità della fornitura o del servizio che poi, spetterà alla stazione appaltante, su sua indicazione, nominarli.

(10) Sul ruolo del RUP e la disciplina definita dall'ANAC v. l'art. 21, comma 1, lett. b), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 che ha ampliato i poteri di intervento dell'Autorità. Oggi, infatti, spetta all'ANAC, per espressa previsione normativa, la definizione in maniera vincolante dei presupposti e delle modalità di nomina del RUP, nonché delle ipotesi di appalti di lavori, servizi e forniture nelle quali il responsabile può coincidere con il progettista, con il direttore dell'esecuzione del contratto o con il direttore dei lavori. Sul punto v. Cons. Stato, comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040.

(11) Linee guida n. 3, Deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, agg. con Deliberazione n. 1007 dell'11 ottobre 2017. Le Linee guida distinguono i requisiti di professionalità a seconda dell'oggetto dell'appalto (servizi, lavori o forniture), della natura, della complessità e dell'importo dell'intervento.

(12) Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 738.

(13) Tale potere spetta al RUP anche quando tale figura non coincide con quella del responsabile dell'unità organizzati. Sul punto v. T.A.R. Venezia, cit.

(14) T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 21 settembre 2021, n. 1373.

(15) T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 29 ottobre 2019, n. 450.

(16) Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3721; Volpe, *Le stazioni appaltanti hanno il potere di non aggiudicare*, in *Dir. prat. amm.*, 2007, 9, 52; Vaiano, *Fasi delle procedure di affidamento*, in Garofoli - Ferrari, *Codice degli appalti pubblici annotati con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, IV ed., 2013.

(17) Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64.

(18) Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2021, n. 6784.

## La commissione di gara: le esigenze di imparzialità

Nelle procedure di aggiudicazione dove opera il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ruolo centrale e concorrente a quello del RUP è quello affidato alla Commissione la quale, ai sensi degli artt. 77 e 78, D.Lgs. n. 50/2016 ha il compito di individuare l'offerta più adeguata all'esecuzione dell'intervento richiesto e per il quale è stata avviata la singola procedura. Per questo la Commissione è comunemente intesa come un organo temporaneo e straordinario della Pubblica Amministrazione (19), avente una funzione tecnico - valutativa. Rispetto ad essa, il potere della Stazione appaltante è limitato ad un'attività di controllo in ordine alla legittimità della fase procedurale gestita dalla Commissione, senza potersi sostituire a quest'ultima nel momento della valutazione delle offerte (20).

A detta attività della Commissione viene applicato il principio giurisprudenziale di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica che impone a detto organo di esaminare entrambe le categorie di offerte in due momenti temporalmente distinti e tra loro successivi. In particolare, quelle economiche devono restare segrete per tutta la fase in cui la Commissione giudica gli aspetti tecnici delle proposte negoziali formulate dai concorrenti. In tal modo si evita che elementi di valutazione di carattere automatico, quali quelli operanti durante la fase d'esame

dell'offerta economica, possano influenzare la valutazione di elementi discrezionali, così garantendo il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento durante la formazione dell'*iter* che porta al giudizio sull'offerta tecnica e all'attribuzione dei punteggi (21).

La Commissione (22), chiamata quindi a valutare tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (23), deve essere composta da esperti competenti nello specifico settore al quale inerisce l'oggetto del contratto (24). Tale regola, tuttavia, non è interpretata in termini assoluti. Infatti, non è prevista una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della Commissione ed i diversi ambiti materiali che complessivamente interessano l'oggetto del contratto. Ciò in quanto, nella scelta dei componenti della Commissione, si deve tenere in considerazione non solo la loro esperienza nel settore "primario", cui si riferisce l'oggetto del contratto, ma anche l'esperienza nei settori "secondari", che incidono o influenzano l'oggetto principale della gara (25). Il requisito della competenza della Commissione deve quindi essere interpretato in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, tenendo conto, secondo un approccio di tipo sistematico, delle professionalità necessarie per valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali

(19) Codice amministrativo ragionato, cit., 1183.

(20) T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 3 gennaio 2022, n. 42.

(21) Cons. Stato, Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 544.

(22) L'art. 77, D.Lgs. n. 50/2016 ha subito una modifica dal decreto c.d. correttivo del 2017 che ha attribuito una portata innovativa ai compiti della Commissione rispetto al precedente all'art. 84, D.Lgs. n. 163/2006 il quale letteralmente prevedeva che: "1. Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento. 2. La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. 3. La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente. 4. I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. 5. Coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio. 6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi. 7. Si applicano ai commissari le cause di

astensione previste dall'articolo 51 codice di procedura civile. 8. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza. 9. Gli elenchi di cui al comma 8 sono soggetti ad aggiornamento almeno biennale. 10. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. 11. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante. 12. In caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione".

(23) Lipari, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in questa *Rivista*, 2007, 1, 7 ss.

(24) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5694.

(25) Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2021, n. 7235; *ex multis*, T. A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 marzo 2021, n. 137; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 18 febbraio 2021, n. 303.

i criteri valutativi siano destinati ad incidere. Pertanto, l'esperienza professionale di ciascun componente non deve coprire tutti gli ambiti coinvolti nella gara, potendo le competenze dei vari membri integrarsi reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché lo stesso sia idoneo, nel suo insieme, a consentire all'organo di esprimere le varie e necessarie valutazioni di natura complessa ed eterogenea richieste dall'oggetto del contratto (26). Dunque, per reputarsi legittima, la composizione della Commissione presuppone solo la prevalente, ma non esclusiva, presenza di membri esperti nel settore oggetto dell'appalto (27). In questo modo le professionalità eterogenee dei componenti completano ed arricchiscono il patrimonio di conoscenze dell'organo (28).

Durante la fase di formazione dell'organo temporaneo, i commissari vengono individuati in numero dispari e non superiore a cinque dalla Stazione appaltante che li sceglie sorteggiando i nominativi inseriti nell'albo di cui all'art. 78 istituito presso l'ANAC. La scelta deve avvenire tra i candidati indicati in una lista elaborata e comunicata cinque giorni prima all'Amministrazione dall'Autorità, nella quale vengono inseriti, nel rispetto del principio di rotazione, almeno un numero doppio di nominativi rispetto a quelli da sorteggiare, per garantire una scelta imparziale e trasparente dei componenti (29).

Anche la Commissione come il RUP, per lo svolgimento delle funzioni che le competono, ha facoltà di farsi coadiuvare da soggetti esterni purché questi abbiano compiti di mero supporto e l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente riconducibile all'organo collegiale (30).

Ciò posto, l'atto di nomina, al pari dei provvedimenti adottati dall'organo nel corso del procedimento, hanno natura endoprocedimentale, in quanto non producono un effetto lesivo immediato, tale da richiedere l'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale. L'eventuale impugnazione della nomina proposta dal partecipante alla selezione che la ritenga illegittima, può avvenire solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento

amministrativo e diviene effettivamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato. Fino ad allora, la lesione non può dirsi né certa né attuale, in quanto la Commissione giudicatrice può valutare favorevolmente l'offerta del concorrente che dubita sulla sua legittima composizione, venendo in tal caso meno in capo allo stesso l'interesse all'azione (31).

A ragione della funzione pubblica seppur in via transitoria ricoperta, ai commissari viene applicato l'art. 35-bis, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sul pubblico impiego, nonché le cause di astensione previste dall'art. 51 c.p.c. e dall'art. 42, D.Lgs. n. 50/2016 per le ipotesi di conflitto di interesse (32). Spetta alle Stazioni appaltanti, prima di procedere alla nomina, verificare la presenza di dette cause ostative e, laddove in concreto sussistano, comunicarle tempestivamente all'ANAC, ai fini dell'eventuale cancellazione dell'esperto dall'albo e della comunicazione di un diverso nominativo per la specifica procedura. Tale ruolo viene di fatto affidato al RUP. In ogni caso, per ragioni di imparzialità e indipendenza dell'organo, a differenza di quanto accade per il responsabile, la nomina dei commissari e la costituzione della Commissione deve avvenire per legge solo dopo la scadenza del termine per presentare le offerte. Si evita in tal modo che l'eventuale conoscenza anticipata dei nominativi dei membri della Commissione da parte dei concorrenti possa renderli "raggiungibili", con il rischio di pregiudicare il regolare svolgimento dell'intera gara e di falsare l'esito della procedura, incidendo negativamente sulla stessa partecipazione alla gara o sulla concreta definizione delle offerte che, al momento della presentazione, intendo formulare i potenziali partecipi.

Tuttavia, l'art. 77, D.Lgs. n. 50/2016 prevede soltanto che la nomina della Commissione debba avvenire dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma non stabilisce che la nomina dei suoi componenti debba realizzarsi prima dell'apertura delle buste (33). Pertanto, nel silenzio della legge, il sorteggio di selezione e successiva nomina avverrà tra le due sottofasi di presentazione e successiva apertura. In ogni caso, laddove la nomina dei commissari sia antecedente alla scadenza del termine per

(26) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 settembre 2021, n. 6070.

(27) Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 2021, n. 3418.

(28) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 616.

(29) Inoltre, negli appalti di minor valore e non particolarmente complessi, possono assumere il ruolo di commissari anche componenti interni delle stazioni appaltanti. Si tratta di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza eurounitaria o che non

presentano particolari complessità, e degli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro.

(30) Cons. Stato, Sez. III, 17 giugno 2021, n. 4683.

(31) Cons. Stato, Sez. III, 17 giugno 2021, sopra, cit.; *ex multis*, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 23 aprile 2021, n. 1038.

(32) Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13.

(33) Cons. Stato, Sez. III, 2 novembre 2021, n. 7305.

la presentazione delle offerte, secondo un orientamento, tale circostanza non dà luogo a un automatico vizio che inficia l'intera procedura di gara. Infatti, in tal caso dovrà valutarsi se tale violazione temporale abbia in concreto inciso sulla indipendenza dei commissari e sulle loro valutazioni discrezionali (34).

I lavori della Commissione sono poi improntati secondo i principi di concentrazione e continuità per garantire imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza del loro operato (35), salvo che vi siano situazioni che oggettivamente impediscono l'espletamento di tutte le operazioni in una sola o in poche sedute ravvicinate (36).

Rispetto alla funzione valutativa della Commissione, alla Stazione appaltante spetta il compito d'individuazione e conformazione in via anticipata dei criteri e delle modalità di valutazione delle offerte all'interno del bando e del disciplinare di gara. Tale attività rappresenta un auto-vincolo della propria discrezionalità da parte della Stazione appaltante che sarà tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, a pena di legittimità dei propri atti e a garanzia della *par condicio* tra i vari concorrenti. Infatti, conoscere *ex ante* i criteri valutativi e decisionali che la Commissione valutatrice è tenuta ad applicare, mette i concorrenti nella condizione di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti (37).

La fase d'individuazione dei parametri da parte della Stazione appaltante è quindi espressione di un potere ampiamente discrezionale che può essere sottoposto

al sindacato giurisdizionale solo a fronte di una manifesta irragionevolezza, illogicità o abnormità dei parametri, ovvero in caso di scelta di criteri non trasparenti od intelleggibili (38), oppure nell'ipotesi di c.d. abnormità tecnica (39).

La successiva valutazione delle offerte tecniche compiuta dalla Commissione è invece espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (40), con conseguente insindacabilità nel merito da parte del giudice amministrativo delle valutazioni svolte dall'organo (41), non potendo l'organo giudicante effettuare una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (42). Per censurarsi il giudizio espresso dalla Commissione, bisogna dunque dimostrare l'inattendibilità e l'evidente insostenibilità del vaglio tecnico compiuto, oppure la sussistenza di travisamenti, pretestuosità o irrazionalità (43), sintomatici di una manifesta illogicità o irragionevolezza (44). Il Giudice amministrativo potrà soltanto accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, senza tuttavia potersi sostituire alla Commissione per ripercorrere l'*iter* compiuto da essa (45).

Il giudizio di valutazione delle offerte tecniche può essere legittimamente effettuato dalla Commissione anche tramite l'attribuzione di un punteggio numerico, laddove l'apparato delle voci e sotto-voci fornito dalla disciplina di gara, con i relativi punteggi, sia sufficientemente chiaro, analitico e articolato (46). In questo modo il giudizio della Commissione

(34) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 aprile 2016, n. 4641.

(35) L'attività della Commissione viene riportata nei verbali delle sedute redatti in forma sintetica (v. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 30 marzo 2021, n. 822). Le statuizioni contenute nei verbali rappresentano atti endoprocedimentali che, non avendo un'immediata portata lesiva, non possono essere immediatamente impugnati (v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 settembre 2021, n. 6071).

(36) Cons. Stato, Sez. III, 18 giugno 2021, n. 4696.

(37) Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502.

(38) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 2 luglio 2021, n. 4583.

(39) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° luglio 2021, n. 7791.

(40) Sulla nozione di discrezionalità tecnica: R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, "La discrezionalità tecnica", IX ed., 2017/2018, Nel diritto editore, 820 ss.

(41) Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 26 novembre 2021, n. 7912; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2021, n. 10332: "...le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il G.A. ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134, c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, con la conseguenza che il giudice, se ritiene corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili le valutazioni operate, non può spingersi oltre, fino ad esprimere le proprie autonome scelte, atteso che, altrimenti, assumerebbe

egli la titolarità di un potere riservato all'Amministrazione. Ne discende che, per sconfessare il giudizio della Commissione, giudicatrice, non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto". Conf. T. A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7 luglio 2021, n. 4658; Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2016, n. 220. Dottrina: Del Signore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182; Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 232; Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 411.

(42) Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2021, n. 7715; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058.

(43) T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 15 giugno 2021, n. 927.

(44) Cons. Stato, Sez. III, 21 gennaio 2022, n. 395; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2021, n. 8286; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110.

(45) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 12588; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2017, n. 2900; Cons. Stato, 26 novembre 2018, n. 6689; Cons. Stato, 17 maggio 2018, n. 2953; Cons. Stato, 24 agosto 2018, n. 5047; Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 3 luglio 2017, n. 3577; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 agosto 2017, n. 9240; Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4350.

(46) Cons. Stato, Sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 207.

è delimitato adeguatamente nell'ambito di un minimo e di un massimo e il percorso logico seguito in concreto nel valutare le offerte è d'immediata comprensione, costituendo espressione di criteri pre-determinati dei quali è possibile controllare la logica e la congruità (47).

Anche in sede di attribuzione di un giudizio numerico, l'organo collegiale formula giudizi tecnici connotati, espressione di una valutazione tecnico-discrezionale. Dunque, anche in tali ipotesi, il giudice amministrativo può sostituirsi alla Commissione solo in caso di manifesta illogicità o irragionevolezza (48). Invece non è censurabile davanti al G.A., la non uniformità delle valutazioni espresse dai commissari, in quanto non è prevista un'uniformità delle stesse o una graduazione omogenea. Piuttosto, le eventuali discrepanze nei giudizi rappresentano piena manifestazione della discrezionalità assegnata alla Commissione di gara durante la fase valutativa (49).

Tra i poteri attribuiti alla Commissione vi è anche la facoltà di interpretare la volontà dell'impresa partecipante alla gara, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunto. Dunque, quando la Commissione si limiti a correggere un mero errore materiale, a fronte di una volontà correttamente espressa dalla partecipante in relazione all'offerta economica, non si verifica alcuna illegittima attività manipolativa (50).

Inoltre, sempre rispetto alle offerte, spetta alla Commissione verificare con ogni mezzo la veridicità di

quanto dichiarato dai concorrenti. Infatti, laddove sorgano dubbi sulla veridicità delle offerte, tale organo ha un generale e doveroso potere di controllo, al fine di assicurare il corretto e legittimo svolgimento della procedura (51). Infine, a conferma dell'ampio potere discrezionale attribuitole, è riconosciuta alla Commissione la facoltà di graduare il punteggio in base alla qualità dell'offerta in quanto nessuna norma di carattere generale impone di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il *sub* - punteggio massimo previsto dalla *lex specialis*, spettando alla Commissione attribuire il giudizio numerico ritenuto più adeguato (52).

### La prima "i": la (in)competenza dei due organi della procedura

Rispetto alla Commissione, il RUP ha innanzitutto un ruolo di controllo sul suo operato in quanto, in sede di nomina dei commissari, è competente alla verifica delle predette cause ostative di cui al comma 9 dell'art. 77, D.Lgs. n. 50/2016.

Inoltre, nell'ambito dei suoi generali poteri di impulso, ha anche funzioni istruttorie e di supporto per la Stazione Appaltante (53). In particolare, rispetto alla Commissione, ha il compito di segnalare a quest'ultima i profili delle offerte tecniche da approfondire (54).

Il RUP ha altresì il compito di controllare all'interno della procedura la documentazione amministrativa, trattandosi di un'attività vincolata che esula dai compiti della Commissione (55).

(47) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 13 maggio 2021, n. 1187; conf. Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2118.

(48) T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 16 novembre 2021, n. 387; *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 novembre 2021, n. 923; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° settembre 2021, n. 9464; Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2021, n. 5325; Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2021, n. 4224; Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2524; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 999; Cons. Stato, Sez. V, 5 gennaio 2021, n. 146.

(49) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7 dicembre 2020, n. 5866.

(50) Sulla natura di atto negoziale delle offerte suscettibili, dunque, di interpretazione v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 31 agosto 2021, n. 9448.

(51) T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 21 luglio 2021, n. 1075; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 5430/2017.

(52) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 16 novembre 2021, n. 11809; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 12 febbraio 2020, n. 1941.

(53) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 novembre 2017, n. 5199; *ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2017, n. 2865; Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760.

(54) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 3 agosto 2021, n. 5428; *ex multis*: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 novembre 2017, n. 5199; Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2017, n. 2865; Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760.

(55) T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 27 maggio 2017, n. 231, sulla facoltà di attribuire il compito di controllo della

documentazione amministrativa anche a un seggio di gara in composizione monocratica oltre che al RUP. *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2015, n. 4190: "Nelle gare pubbliche, nell'ambito dell'articolata procedura di scelta del contraente con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa possono distinguersi le sottofasi della verifica della documentazione amministrativa prodotta dalle imprese, che hanno fatto domanda di partecipazione alla gara, della comunicazione dei punteggi assegnati dalla commissione giudicatrice alle offerte tecniche delle imprese concorrenti e dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, della loro lettura e dell'attribuzione del relativo punteggio, che sono caratterizzate da un'attività priva di qualsiasi discrezionalità e ben possono essere svolte, sempre pubblicamente, anche dal seggio di gara in composizione monocratica (*ivi* compreso lo stesso responsabile unico del procedimento), dalla sottofase di valutazione delle offerte tecniche che deve essere svolta necessariamente da una commissione giudicatrice, e che si compendia nell'apprezzamento, massima espressione della discrezionalità tecnica, degli elementi tecnici delle singole offerte e nell'attribuzione dei relativi punteggi sulla base dei pesi e punteggi appositamente indicati"; conf., Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5446. Le linee guida ANAC oggi disciplinano l'ipotesi in cui tale attività venga affidata a un seggio di gara costituito *ad hoc* oppure a un apposito ufficio o servizio della stazione appaltante. In tal caso, il RUP avrà un compito di coordinamento e controllo, nonché di adozione delle decisioni da assumere all'esito delle valutazioni effettuate. Con il Comunicato del

Nel riparto di competenze tra RUP e Commissione è stata per lungo tempo discussa la suddivisione dei ruoli in sede di valutazione dell'offerta, di certo escludendo dai poteri del responsabile quello valutativo. Spetta, infatti, in via esclusiva alla Commissione la fase endo-procedimentale di valutazione delle offerte, consistente nell'esame delle offerte tecniche e di quelle economiche, nella relativa assegnazione dei relativi punteggi e nella formazione della graduatoria provvisoria (56).

Invece, la valutazione delle offerte economiche anormalmente basse (57) ex art. 97, D.Lgs. n. 50/2016, rientra nel potere discrezionale del RUP, trattandosi di un vaglio successivo all'attività svolta dalla Commissione. Infatti, il giudizio di verifica dell'anomalia, volto ad accertare l'attendibilità e la serietà dell'offerta e, quindi, l'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire concretamente l'appalto alle condizioni proposte, ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi tecnica delle singole componenti dell'offerta, strumentale a vagliare se tale anomalia rende inaffidabile l'offerta nel suo complesso (58).

Del resto, sono diverse le valutazioni da compiersi nel subprocedimento di verifica dell'anomalia, rispetto a quelle compiute dalla Commissione aggiudicatrice in sede di esame delle offerte. Infatti, mentre l'organo collegiale è chiamato principalmente a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta e sugli elementi tecnici di essa, invece, il giudizio di anomalia si focalizza sull'offerta economica e, segnatamente, su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o, comunque, con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta su

base comparativa, con attribuzione dei relativi punteggi attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta, il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi indicati dal concorrente (59).

Un'ulteriore conferma di tale suddivisione di ruoli si evince, *a contrario*, dalle Linee guida ANAC le quali hanno stabilito che se il criterio utilizzato per la scelta è quello del minor prezzo, l'individuazione dell'offerta vincitrice spetta al RUP o alla struttura di supporto *ad hoc* nominata. Dunque, laddove la procedura di gara preveda l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vi è un vero e proprio riparto di competenze tra il RUP e la Commissione (60). Tale circostanza può altresì desumersi dall'art. 77 del Codice, il quale assegna alla Commissione giudicatrice il potere di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico, ma non di esame della congruità dell'offerta (61); del resto, l'art. 97 del Codice, dedicato alle "Offerte anormalmente basse" attribuisce genericamente il compito di valutazione della congruità alla "stazione appaltante". Dunque, il soggetto a tal fine competente deve individuarsi nel RUP, in ragione della competenza generale attribuitagli dalla legge.

La giurisprudenza ha poi confermato in capo al RUP il potere di valutazione della congruità delle offerte anomale, salvo l'eventuale supporto della Commissione di gara, quale mero soggetto ausiliario del responsabile (62). Quest'ultimo può infatti affidare tale verifica ad altri soggetti, soprattutto quando devono compiersi valutazioni tecniche particolarmente complesse, per lo svolgimento delle quali, né

Presidente ANAC del 14 dicembre 2016 - "Alcune indicazioni interpretative sulle Linee guida n. 3 recanti 'Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni', in parziale deroga alla regola attuale, l'ANAC, nelle more della istituzione dell'albo dei commissari di cui all'art. 77 comma 3 del Codice, aveva chiarito che potendosi la commissione di gara assimilare a un seggio di gara poteva alla stessa affidarsi il controllo dei documenti amministrativi. In tali ipotesi, spettava al RUP il compito di controllo e di coordinamento per garantire il corretto svolgimento della procedura.

(56) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, già cit. Su tale aspetto v. anche: Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36.

(57) Sul tema delle offerte anomale: De Nictolis, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007, 157; G. Ferrari, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Roma, II ed., 2011.

(58) Anche tale attività valutativa costituisce espressione di un tipico potere tecnico - discrezionale riservato alla P.A. e insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara. Sul punto v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 marzo 2021, n. 2602; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 544.

(59) Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2017, n. 3646.

(60) Cons. Stato, Sez. V, 1° giugno 2021, n. 4203. Sull'orientamento minoritario che negava che la funzione di valutazione delle offerte anomale spettasse al RUP v. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7 giugno 2018, n. 831, secondo il quale il RUP non può pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta e ciò anche se vi fa seguito una presa d'atto da parte della Commissione, in quanto è quest'ultima che deve operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, anche eventualmente sulla base di una relazione tecnica redatta dal RUP.

(61) Sugli oneri motivazionali in sede di giudizio negativo sull'anomalia dell'offerta: T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 19 luglio 2021, n. 747; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 24 dicembre 2021, n. 1934.

(62) In questo senso si è anche pronunciata l'ANAC, Linee Guida n. 3/2016, punto 5.3. In maniera analoga: Cons. Stato, Sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 5 giugno 2020, n. 3602; Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1371; Cons. Stato 13 novembre 2019, n. 7805; Cons. Stato 24 luglio 2017, n. 3646; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 giugno 2019, n. 1443.

il RUP né gli uffici interni alla Stazione appaltante, siano professionalmente adeguati (63). Pertanto, è possibile che il responsabile scelga, secondo un proprio giudizio discrezionale di opportunità e necessità (64), di affidare tale funzione alla stessa Commissione giudicatrice, che, sulla base delle sue competenze *ex lege*, ben conosce il contenuto dell'offerta da sottoporre a verifica, sia da un punto di vista tecnico che da un punto di vista economico (65).

È inoltre la stessa composizione della Commissione, caratterizzata dalla presenza di esperti nel settore cui afferisce l'oggetto del contratto, che consente al RUP di delegare la propria competenza a tale organo (66). Resta, anche in tal caso, ferma la competenza del RUP in merito alla valutazione dell'operato della Commissione di gara e all'adozione dell'eventuale provvedimento di esclusione dell'offerta ritenuta anomala oppure di quello di revoca del provvedimento di aggiudicazione. Infatti, rimane in capo al responsabile la gestione integrale della procedura nonché il compito di informare la stazione appaltante di ogni evenienza al fine di una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale della P.A. committente (67).

La conferma che la scelta di coinvolgere la Commissione in tale fase di valutazione sia eventuale e non necessaria si evince dalla circostanza che la mancata consultazione di tale organo non determina un vizio di incompetenza ma, al massimo, una lacuna di carattere procedimentale per la quale opera il principio di cui all'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990 (68).

### **La seconda "i": (in)compatibilità tra il ruolo di RUP e di membro della Commissione di gara**

Il citato art. 77, D.Lgs. n. 50/2016 si dedica al regime delle incompatibilità dei componenti della Commissione. In particolare, il comma 5 esclude che possano assumere l'incarico di commissari di gara i soggetti che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, abbiano ricoperto il ruolo di pubblici amministratori presso l'Amministrazione appaltante.

Invece, il comma 4 disciplina la compatibilità tra il ruolo di componente o di presidente della commissione di gara e l'assunzione di altri incarichi (69). In via generale stabilisce un divieto per ogni componente di ricoprire incarichi tecnici o amministrativi relativi al contratto del cui affidamento la procedura in cui sono nominati si occupa; mentre, rispetto al ruolo di RUP, sancisce genericamente che l'eventuale nomina dello stesso a membro della Commissione vada valutata in relazione alla singola gara.

In merito a tale ultimo aspetto, le Linee guida ANAC antecedenti al D.Lgs. n. 56 del 2017, sancivano una generale incompatibilità tra il ruolo di responsabile e quello di commissario o presidente di gara e demandavano alla giurisprudenza il compito di individuare le condizioni in base alle quali era ammissibile la coincidenza delle due funzioni in capo al medesimo soggetto.

Un orientamento minoritario ha aderito all'impostazione elaborata dall'Autorità indipendente ritenendo che l'incompatibilità venga posta a presidio dell'imparzialità e della trasparenza, quali tratti tipici del ruolo della Commissione. Secondo tale tesi, considerato che al RUP compete la predisposizione di alcuni atti della procedura di gara, non costituendo tale attività un'operazione di natura meramente formale - implicando, necessariamente, un'analisi e una valutazione di detti atti - il responsabile sarebbe privo dell'imparzialità e della terzietà che deve avere il commissario di gara in ragione del ruolo ricoperto (70).

Invece, i giudici di Palazzo Spada si sono mostrati sin da subito critici rispetto alle Linee guida ANAC (71), censurando l'automatismo con cui l'Autorità sanciva l'incompatibilità rispetto a "*qual-sivoglia incarico tecnico - amministrativo*" svolto dal commissario all'interno della procedura. Secondo il risalente ma condiviso approdo giurisprudenziale, l'incompatibilità deve vagliarsi in concreto in quanto, solo in tal modo, può valutarsi se viene o meno oggettivamente pregiudicata nella gara la garanzia di imparzialità.

In adesione a tale principio, l'art. 46 del D.Lgs. n. 56 del 2017 (72) ha introdotto un temperamento

(63) Sulla facoltà del RUP di affidare la valutazione ad uffici e organismi tecnici della stazione appaltante: T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 21 dicembre 2015, n. 919; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 678.

(64) T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 96.

(65) T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 6 ottobre 2017, n. 626.

(66) Cons. Stato, Sez. V, sopra cit.

(67) Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2509.

(68) Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2018, n. 6522.

(69) Tale regime delle incompatibilità veniva in precedenza regolato dall'art. 84, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006.

(70) T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87, in *Foro amm.*, 2018, 1, 77; *ex multis*, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 maggio 2017, n. 325.

(71) Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565.

(72) Sul punto, T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 973: "In una fattispecie nella quale il responsabile del procedimento rivestiva anche il ruolo di presidente della

all'originario regime dell'art. 77, D.Lgs. n. 50 del 2016, imponendo una verifica in concreto delle ragioni giustificative della preclusione (73). Attualmente è quindi venuto meno ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo di volta in volta all'Amministrazione la valutazione della sussistenza o meno delle condizioni affinché il RUP possa legittimamente far parte della Commissione di gara (74).

Inoltre, in virtù della novità legislativa, le cause di incompatibilità devono essere interpretate in senso restrittivo e non possono essere applicate in via analogica (75).

Alla luce del dato normativo ormai aderente all'orientamento maggioritario della giurisprudenza, le attuali Linee guida ANAC hanno rilevato che l'incompatibilità "deve essere valutata in concreto verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito" (76). Dunque, nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, il ruolo di responsabile unico del procedimento può anche coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, salvo che sussista in concreto un motivo di incompatibilità che si verifica laddove venga accertata la sussistenza in concreto di ragioni di interferenza e di condizionamento tra i due ruoli (77).

Su tale ultimo aspetto, la giurisprudenza recente si è spinta al punto da ritenere che nessuna di queste due situazioni può desumersi dalla mera circostanza che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione (78).

Invece, un orientamento più risalente non ritiene compatibile la partecipazione al seggio di gara del RUP che abbia predisposto la *lex specialis* della procedura (79). Negli stessi termini di incompatibilità viene considerata la posizione del commissario che abbia partecipato alla medesima attività di redazione. Secondo tale tesi, il principio di separazione tra chi predispose il regolamento di gara e chi è chiamato concretamente ad applicarlo, ha la funzione di garantire oltre la trasparenza e l'imparzialità della procedura, la tutela del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, scvre dalle valutazioni e dai giudizi che l'hanno preceduta (80). Di recente, il Consiglio di Stato ha aderito a questo secondo orientamento, precisando che la *ratio* della causa di incompatibilità in esame va individuata nell'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio e in coerenza con le generali cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi. In sostanza, quindi, s'intende evitare la partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti, interni o esterni alla stazione appaltante, che abbiano avuto un ruolo significativo, tecnico o amministrativo, nella predisposizione degli atti di gara (81).

Quindi, anche sotto tale aspetto la disciplina delle incompatibilità tra la funzione di commissario/presidente di gara o RUP e quella del soggetto che ha partecipato alla redazione del bando e del disciplinare di gara, va valutata di caso in caso al fine di garantire in concreto un adeguato ed effettivo contemperamento degli interessi in gioco. Per questo motivo, su

commissione giudicatrice, il Tar ha respinto la censura di violazione dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non essendo stata fornita alcuna prova circa gli elementi concreti da cui scaturirebbe una eventuale incompatibilità tra i compiti del responsabile del procedimento e quelli di presidente della commissione di gara, non essendo sufficiente la mera circostanza che la medesima persona sia anche direttore dell'Ente che ha indetto la procedura di appalto di fornitura oggetto di causa. L'art. 77, comma 4, del codice, modificato dall'art. 46 del D.Lgs. 'correttivo' n. 56 del 2017, in vigore dal 20 maggio 2017, esclude infatti la figura del responsabile del procedimento dalle ipotesi di incompatibilità a far parte della commissione previste nel medesimo comma 4, superando anche le linee guida Anac n. 3 del 26 ottobre 2016 'Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni' (che facevano comunque salve 'le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza' tra il ruolo di RUP e quello di commissario o presidente della commissione giudicatrice)".

(73) Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 819, sull'incompatibilità tra direttore esecutivo e commissario di gara.

(74) Nota a sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 22 febbraio 2019, n. 2420, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2019, 3, I, 748.

(75) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 616.

(76) Delibera 16 novembre 2016, n. 1190 del Consiglio ANAC di approvazione delle Linee guida n. 5 di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016, "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici".

(77) Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082; *ex multis*, T. A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 101.

(78) T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 14 maggio 2021, n. 175; *ex multis*, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 209; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 24 agosto 2020, n. 949; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 22 febbraio 2019, n. 2420.

(79) Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2017, n. 1320; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 20212, n. 3682; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 6 aprile 2017, n. 603.

(80) Cons. Stato, Sez. III, 8 ottobre 2021, n. 6745.

(81) Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 167; *ex multis*, Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13; Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2471; Cons. Stato 5 novembre 2019, n. 7557; Cons. Stato 27 febbraio 2019, n. 1387.

un piano processuale, il concorrente che a fondamento della propria illegittima esclusione pone la violazione delle previsioni sull'incompatibilità, deve dimostrare, almeno in via indiziaria e non sulla base di meri sospetti (82), che la Commissione, con il proprio operato, abbia violato direttamente la legge o posto in essere un'ipotesi eccesso di potere (83). Pertanto, per attribuire rilievo all'incompatibilità quale vizio che ha dato luogo ad un'aggiudicazione illegittima, il concorrente deve provare la sussistenza di un legame tra l'incompetenza e le valutazioni pregiudizievoli relativi alla propria offerta (84).

In conclusione, deve ritenersi condivisibile la *ratio* del regime delle incompatibilità, essendo finalizzata ad assicurare una garanzia preventiva rispetto all'insorgere di eventuali situazioni di conflitto d'interesse

tra soggetti che, a vario titolo, assumono un ruolo all'interno della procedura di gara. Tuttavia, non si ritiene che si possa ampliare senza alcun limite la soglia di tale tutela, fino a farvi ricadere anche fasi propedeutiche o meramente strumentali rispetto al momento valutativo in senso stretto gestito dalla Commissione. Diversamente, verrebbero pregiudicati altri concorrenti e rilevanti interessi propri di ogni procedura di gara, quali il buon andamento, l'efficacia, l'efficienza e la continuità dell'azione amministrativa richiamati dallo stesso comma 11 dell'art. 77 D.Lgs. n. 50/2016. Pare, dunque, più opportuno propendere per una valutazione delle incompatibilità da effettuarsi di volta in volta, all'interno della singola procedura, escludendo di poter configurare in tale materia ipotesi di automatica incompatibilità.

(82) Sul punto v. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 209 già cit.

(83) Cons. Stato, Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 8295.

(84) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 6 maggio 2021, n. 5303; *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7446.

# **Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie**

**Sommario:** *Premessa. - 1. Il quadro normativo. - 2. La natura sanzionatoria di un provvedimento. - 3. La decadenza. - 4. La stratificazione normativa in materia di occupazione di suolo pubblico. - 5. Le sanzioni di natura non pecuniaria - 6. La rimozione dell'occupazione di suolo pubblico nella normativa a tutela della sicurezza della città. - 7. Problematiche di ne bis in idem. - Conclusioni.*

## **Premessa.**

La tematica del riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie costituisce una delle questioni più dibattute nell'ambito del c.d. diritto punitivo, malgrado l'apparente chiarezza della norma che da tempo ne declina in maniera esplicita i confini. L'art. 6 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, infatti, nel riprendere l'elencazione delle materie per le quali la sanzione è opponibile al tribunale civile, per lo più già contenuta nell'art. 22-*bis* della l. 24 novembre 1981, n. 689, contestualmente riscrivendone l'art. 22, continua a demandare all'interprete sia il compito di tracciare l'esatto confine della natura sanzionatoria del provvedimento, sia quello, ancor più arduo, di collocarne con precisione il regime delle tutele laddove lo stesso sia intervenuto autonomamente, quale unico rimedio avverso il comportamento del destinatario ovvero in aggiunta ad altro, di natura pecuniaria o meno, finanche a carattere penale.

La lacuna di disciplina che interessa le sanzioni non pecuniarie, infatti, accessorie o meno, consegue alla formulazione letterale della richiamata l. 24 novembre 1981, n. 689, ambiziosamente riferita dal legislatore dell'epoca a tutto l'illecito amministrativo, ma letteralmente riferibile solo a quello conseguito al corposo intervento di decriminalizzazione di originarie fattispecie di reato operato dalla stessa.

Il successivo sviluppo delle legislazioni speciali ha determinato poi il proliferare di rimedi alternativi, aggiuntivi o meno, al pagamento di una somma di danaro per lo più ricompresa in una forbice edittale predeterminata, di ancor più difficile inquadramento proprio in ragione del loro "reagire" ad un comportamento *lato sensu* illecito sostanzialmente identico, seppure astrattamente lesivo di una pluralità di interessi pubblici diversi<sup>1</sup>. Ciò chiama in causa l'ulteriore tematica, alternativa a quella

---

<sup>1</sup> Con riferimento al caso in cui la medesima condotta violi diverse disposizioni normative, l'art. 8 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ha introdotto nel sistema sanzionatorio amministrativo il cumulo giuridico corrispondente a quello previsto per le pene dall'art. 81 del codice penale, ossia il concorso formale al primo comma, e successivamente, al secondo comma, la continuazione, ma limitatamente alle violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie. L'introduzione dell'istituto del concorso formale omogeneo o eterogeneo nel testo della legge ha avuto un andamento altalenante, indice della complessità della materia e del dibattito conseguente: previsto nel disegno di legge 339 approvato dalla Camera dei deputati nella seduta del 18 settembre 1980, venne poi soppresso dal Senato (v. il testo trasmesso alla Camera il 17 giugno 1981) essendo stato, a quanto si legge nel resoconto della seduta della IV commissione della Camera del 22 luglio 1981, ritenuto superfluo perché la disposizione era ricavabile dai principi generali; ma fu

del concorso formale di illeciti e del relativo regime, del rispetto del principio del *ne bis in idem*, a maggior ragione laddove il provvedimento limitativo dell'altrui sfera giuridica sopraggiunga a distanza di tempo dalla commissione del presunto illecito, con riferimento al quale sono già stati adottati altre e più tempestive misure, con quanto ne consegue in termini di potenziale pregiudizio del diritto di difesa. In taluni casi addirittura il contenuto della "sanzione" o comunque la si voglia denominare, si palesa esso stesso identico, tanto da rendere difficile l'individuazione del procedimento da seguire, spesso rimessa alla scelta discrezionale dell'Amministrazione procedente, in una logica di ricercata efficacia del provvedimento, ovvero, al contrario, di diluizione dei suoi tempi di attuazione<sup>2</sup>.

Le esigenze di semplificazione da sempre invocate in primo luogo a livello di riduzione delle fonti non può non passare dunque dalla razionalizzazione delle stesse anche con riferimento alla fase per così dire patologica delle reazioni dell'ordinamento a condotte ritenute "scorrette" degli operatori economici, a maggior ragione laddove le stesse si risolvano in provvedimenti ablatori o interdittivi della relativa attività. Speculari cioè alle lamentate difficoltà di avvio di un'attività produttiva correlate alla proliferazione dei titoli di legittimazione, e tuttavia meno scrutinate dall'interprete, si palesano infatti quelle riconducibili alla pluralità dei "rimedi" a fronte di accertate violazioni delle singole discipline di settore<sup>3</sup>. Emblematico al riguardo il tentativo di imporre a livello normativo un coordinamento delle attività di controllo, essendo indubbio il danno all'attività economica, finanche in termini di immagine e tutela dell'avviamento, riconducibile alla loro atomistica reiterazione. Con l'art. 14 del d.l. 9 febbraio 2012, n.5, convertito, con modificazione, dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, recante «*Semplificazione dei controlli sulle imprese*», vennero dunque individuati i criteri ispiratori

---

ripristinato dalla richiamata commissione della Camera, nella seduta del 10 settembre 1981. A livello di disciplina generale non è stato invece previsto un regime mitigato in caso di concorso materiale di illeciti, che comporta pertanto la sommatoria "aritmetica" delle sanzioni, salvo il ricordato regime della continuazione introdotto dall'art. 1-sexies della legge 31 gennaio 1986, n. 11, di conversione in legge del decreto-legge 2 dicembre 1985, n. 688, limitatamente alle violazioni in materia previdenziale e contributiva, nel quadro della lotta all'evasione, con la dichiarata finalità di evitare una pesantezza delle sanzioni che avrebbe potuto scoraggiare gli autori degli illeciti evasori a mettersi in regola (seduta della Camera del 24 gennaio 1986). Sul tema v. Cons. Stato, sez. I, 15 aprile 2014, n. 1264.

<sup>2</sup> Basti ricordare, a mero titolo di esempio, le varie disposizioni (legislazione tributaria, regolamenti comunali, a loro volta riferiti alle varie materie destinate ad impattare sulla tematica, Codice della Strada, normativa urbanistico-edilizia ovvero vincolistica), da ultimo conseguite anche all'esigenza di fronteggiare l'emergenza pandemica e gli obblighi di distanziamento sociale ad essa correlati, che prevedono la rimozione dell'occupazione di suolo pubblico abusiva strumentale allo svolgimento di un'attività economica, determinando di fatto la sovrapposizione di procedure, per lo più connotate da modalità e tempistiche diverse. Sulla sopravvenienza della sanzione della chiusura dell'attività commerciale a distanza di anni dall'illecito, v. Cons. Stato, sez. II, 4 giugno 2020, n. 3548, riferita alla previsione dell'art. 5, comma 2, della l. 18 gennaio 1994, n. 50, quale conseguenza dell'accertamento del reato (per il quale era peraltro intervenuta estinzione per oblazione) di cui agli artt. 291-bis e 291-ter del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, relativo alla detenzione di tabacchi lavorati di contrabbando. La sentenza affronta anche il tema degli effetti del subingresso nell'attività commerciale intervenuto *medio tempore*, che può comportare l'estraneità dell'acquirente all'illecito originario, non potendogli certo imporre un onere di informativa sui procedimenti sanzionatori, di qualsiasi tipologia, pendenti o pregressi, vuoi in ragione della inesistenza di un'effettiva banca dati al riguardo, vuoi per non incorrere in violazione del divieto di *gold plating* nelle transazioni commerciali.

<sup>3</sup> Alla logica di semplificazione nell'accesso agli uffici pubblici rispondono, come noto, l'art. 24 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, di istituzione dello sportello unico delle attività produttive (S.U.A.P.) - la cui concreta operatività non a caso è stata tuttavia oggetto di disciplina regolamentare solo a distanza di molti anni (si veda da ultimo il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 160) - nonché l'art. 5 del d.P.R. 30 giugno 2001, n. 380 (T.u.e.) concernente l'analoga struttura deputata all'istruttoria, anche informativa, delle sole pratiche edilizie di diversa natura. La prassi ha da subito evidenziato difficoltà di coordinamento finanche tra ridette articolazioni organizzative, in particolare negli Enti territoriali di dimensioni ridotte, anche laddove ci si avvalga dei previsti strumenti di gestione associata, per uno solo o per entrambi gli sportelli, con quanto ne è conseguito in termini di individuazione della effettiva titolarità delle competenze e, a cascata, delle conseguenti responsabilità). V. in proposito Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 7773; sez. II, 27 febbraio 2020, n. 4774.

comuni all'attività di vigilanza, statuendo che «fermo quanto previsto dalla normativa dell'Unione europea», essa si attenga «ai principi della semplicità, della proporzionalità dei controlli stessi e dei relativi adempimenti burocratici alla effettiva tutela del rischio, nonché del coordinamento dell'azione svolta dalle amministrazioni statali, regionali e locali» (comma 1), demandandone la concreta declinazione ad apposite Linee guida, da adottare in sede di conferenza unificata per quanto attiene agli enti locali. La mancanza di sanzioni ovvero di qualsivoglia tipologia di deterrenza o, al contrario, di incentivo al coordinamento, ha fatto sì che l'intento sia rimasto sostanzialmente sulla carta, dopo che peraltro ciascuna amministrazione aveva tentato in via ermeneutica di svuotare la portata precettiva della norma in difesa della rivendicata specificità di competenze connotante l'intervento di ogni singola forza di polizia.

### **1. Il quadro normativo.**

La cornice normativa in materia di riparto di competenze giurisdizionali sulle sanzioni è dunque oggi contenuta nel d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, recante «*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*». In particolare, l'art. 34 ha riscritto l'art. 22, comma 1, della l. 24 novembre 1981, n. 689, abrogando gli ulteriori commi della norma, nonché l'art. 22-bis, che era stato introdotto dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, così da adeguare il sistema all'avvenuta soppressione della figura del pretore, cui la normativa originaria faceva necessariamente riferimento. Con l'art. 6 del d.lgs. n. 150/2011, dunque, è stata ripresa la ripartizione di competenze contenuta nell'art. 22-bis della l. n. 689/1981 tra giudice di pace e tribunale in composizione monocratica, cui ci si rivolge in opposizione all'ordinanza-ingiunzione secondo le regole del rito del lavoro. Da un lato, quindi, il novellato art. 22 continua a rappresentare la norma cardine all'interno della legge sull'illecito amministrativo, con un'attribuzione in termini generali della competenza a conoscere delle sanzioni amministrative pecuniarie e della confisca al giudice ordinario, fatti salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 133 del c.p.a.* nel frattempo approvato; dall'altro, il nuovo art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, cui l'art. 22 della l. n. 689/1981 fa espresso rinvio, in una cornice sistematica più ampia, si appropria della precedente ripartizione tra tribunale e giudice di pace, estendendola a qualsivoglia sanzione, anche chiaramente estranea al contesto di decriminalizzazione, replicando la metodica dell'elencazione analitica dei soli casi di spettanza del primo, con individuazione in via residuale di quelli attribuiti all'altro. In maggior dettaglio, rispetto al previgente art. 22-bis della l. n. 689 del 1981, che operava il medesimo distinguo, l'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011 elimina alcune materie. Spiccano, per il tema odierno, l'urbanistica

ed edilizia (lett. c), ma anche società e intermediari finanziari (lett. f), nonché il diritto tributario (lett. g, prima parte). Si ritiene di poter escludere che si tratti di una dimenticanza del legislatore, poiché dal combinato disposto delle norme citate si evince chiaramente, ad esempio, che con riferimento alle espunte sanzioni in materia urbanistico-edilizia si è inteso fare espresso riferimento con la clausola di salvaguardia della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo contenuta nell'art. 22 della l. n. 689 del 1981. E' indubbio quindi, ad esempio, che le sanzioni amministrative previste dal d.P.R. n. 380 del 2001 (si pensi a quanto previsto dagli artt. 24 in materia di agibilità, 31, comma 4-*bis*, per il caso di inottemperanza all'ingiunzione a demolire un abuso edilizio, 37, per gli interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla s.c.i.a.), rientrando nella materia edilizia ed urbanistica in quanto ulteriore strumento afflittivo per la tutela dell'ordinato sviluppo del territorio, sono soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>4</sup>.

## 2. La natura sanzionatoria di un provvedimento.

La disciplina del c.d. diritto punitivo amministrativo o, secondo altra denominazione, del diritto penale amministrativo, distinto dal diritto amministrativo della prevenzione e da quello disciplinare, ha trovato nella l. 24 novembre 1981, n. 689 una sua prima organica razionalizzazione, sia sostanziale che processuale. Tuttavia l'art.12 della stessa, concernente il relativo ambito di applicazione, include nel proprio perimetro solo le sanzioni (e conseguentemente, gli illeciti puniti con le stesse) pecuniarie, con ciò rischiando di svuotare sensibilmente la portata della riforma, finalizzata anche a dar vita ad un vero e proprio "codice" dell'illecito amministrativo.

La dottrina pressoché unanime ha tentato da subito in vario modo di svalutare la portata delimitatrice dell'art. 12, seppur di difficile lettura, sottolineandone la pluralità di interpretazioni possibili, per addivenire ad una diversa ricostruzione in via interpretativa della rilevanza *ratione obiecti* della legge. In particolare, si sono individuati all'interno dell'articolato normativo tre nuclei fondamentali: a) i principi in materia di tutela giurisdizionale (originariamente contenuti negli artt. 22-25, oggi riconducibili, come sopra detto, all'art. 6 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che si occupa in maniera

---

<sup>4</sup> L'elencazione delle sanzioni in materia urbanistico-edilizia riportata nel testo è volutamente limitata ad alcuni dei casi più frequenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie individuate in una forbice edittale predeterminata. Più complesso l'inquadramento –ma di certo non il regime delle tutele, per quanto qui di interesse- delle medesime sanzioni pecuniarie, ove previste in alternativa alla demolizione, resa impossibile dal pregiudizio che ne deriverebbe alla parte "lecita" del manufatto (v. art. 34, comma 2, per il caso di realizzazione di un intervento in parziale difformità dal permesso di costruire), commisurate pertanto al valore venale del bene. Come è stato sottolineato dalla dottrina più rigorosa, il provvedimento che ingiunge la demolizione di un'opera abusiva, infatti, non ha natura propriamente sanzionatoria, ma è finalizzato a ripristinare la legalità oggettiva violata dall'abuso, tant'è che finisce per operare in maniera necessitata a prescindere dai profili di colpevolezza del proprietario dell'immobile. La stessa finalità finirebbe per condizionare anche le misure pecuniarie previste, per alcune fattispecie, proprio in alternativa alla demolizione stessa. Queste misure patrimoniali, inaugurate dalla legge-ponte del 1967, costituirebbero cioè uno strumento di riequilibrio patrimoniale diretto ad evitare che la violazione di norme urbanistico-edilizie possa determinare, in assenza della demolizione, un vantaggio patrimoniale in capo al titolare dell'immobile interessato, assumendo pertanto una finalità più propriamente perequativa, che ontologicamente sanzionatoria. Sul punto v. A. Albé, Provvedimenti repressivi di abusi e onere di motivazione, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 12, 1329 (nota a Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3182); D. Lavermicocca, Le sanzioni in edilizia. Atto vincolato e legittimo affidamento, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 5, 641 (nota a Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2019, n. 3133).

esplicita anche delle sanzioni non pecuniarie; b) i principi sul procedimento (artt. 13-21); c) i principi sostanziali sull'illecito e la sanzione. Mentre le regole procedimentali, con l'esclusione secondo taluni dell'art. 13, invocato come modello generale per ogni caso di applicazione di una sanzione amministrativa, paiono attagliarsi solo a quelle pecuniarie; quelle sostanziali, pur con talune eccezioni (si pensi alla previsione della forbice edittale di cui all'art. 10 ovvero alle regole sulla prescrizione, che peraltro sono collocate nella sez. II del capo I, all'art. 28), non possono non trovare applicazione ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto, ancorché non pecuniaria<sup>5</sup>. La giurisprudenza amministrativa ha da subito ricondotto alle norme di principio anche quelle procedurali relative all'immediatezza della contestazione o comunque ad una non irragionevole dilatazione dei suoi tempi. Ciò riconoscendo quale intento del Legislatore «*quello di assoggettare ad un statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedimentali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati sia che conseguano ad illeciti qualificati "ab origine" come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie*»<sup>6</sup>. La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo (idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la tempestiva difesa dell'interessato), viene ricondotta ai principi del contraddittorio, e per tale ragione si ritiene pacificamente che il termine per la contestazione delle violazioni amministrative abbia natura perentoria.

La l. n. 689/1981, dunque, finisce per avere un ambito di applicazione elastico, in quanto investe un *genus* di sanzioni (principalmente, ma non esclusivamente pecuniarie) comprensivo di una pluralità di *species*, solo in alcuni casi dotate di una disciplina speciale (si pensi, ad esempio, alle già ricordate sanzioni pecuniarie in senso stretto in materia urbanistico-edilizia).

Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata, non può tuttavia non condurre all'estensione applicativa dei principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. 689/1981 ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto e quindi ad ogni illecito amministrativo, anche se la sanzione prevista non è pecuniaria. Restano fuori dall'applicabilità degli stessi solo quei provvedimenti che, seppur pregiudizievoli per il destinatario, assumono carattere primariamente riparatorio, tra i quali, come è

---

<sup>5</sup> Sul punto, v. ancora Cons. Stato, sez. II, n. 3548 del 2020, cit. *sub* nota 2. In dottrina, cfr. soprattutto gli studi di M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Studi preliminari*, Napoli, 1981 (e ivi specifici capitoli sulla confisca e sulle sanzioni edilizie); *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983; *Sanzione amministrativa*, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma; *Sanzioni non pecuniarie della P.A.*, in *Libro dell'anno del diritto* Treccani, Roma, 2015; e di A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1984; *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.* 2014.

<sup>6</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512, ove si è esclusa la portata precettiva del termine per la contestazione delle violazioni solo nel caso in cui esista una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa pari ordinata che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio. La fattispecie esaminata dai giudici di Palazzo Spada concerneva le sanzioni irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia antitrust, con riferimento alle quali la tesi propugnata trova conforto anche nella previsione dell'art. 31 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che richiama le norme generali di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689 «*in quanto applicabili*», laddove il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 non reca alcuna indicazione alternativa sulla scansione temporale del procedimento sanzionatorio.

evidente, non può rientrare la chiusura temporanea di un'attività commerciale quale conseguenza (ulteriore) dell'avvenuto accertamento della commissione al suo interno di specifiche ipotesi di illecito, anche penale<sup>7</sup>. Solo integrando, pertanto, il dato testuale dell'art. 12 con considerazioni ispirate in ambito sanzionatorio ad ineludibili esigenze di garanzia, emerge chiaramente tutta l'importanza di sistema dei principi sostanziali e procedurali fissati nella l. n. 689/1981, intorno alla quale è possibile costruire l'edificio della repressione amministrativa<sup>8</sup>.

La problematica sopra delineata vale, ovviamente, per le sanzioni diverse da quelle pecuniarie, vuoi che le si possa qualificare come "accessorie" ad altre, di regola consistenti nel pagamento di una somma di danaro, ma talvolta anche di natura penale<sup>9</sup>; vuoi che intervengano in via autonoma.

La l. n. 689/1981 si occupa delle cd. Sanzioni "accessorie" diverse dalla confisca all'art. 20, prevedendone la possibile applicazione da parte dell'autorità amministrativa competente qualora esse già conseguissero al reato soggetto a depenalizzazione ad opera della medesima legge. Anche in questo caso, dunque, il dato letterale è legato al contesto di generalizzata decriminalizzazione di precedenti illeciti operata dalla normativa sulla base della tipologia di pena per gli stessi prevista. Sotto tale profilo, quindi, solo nel caso in cui un reato, divenuto illecito amministrativo, già prevedesse l'applicazione, in via accessoria, di sanzioni consistenti nella privazione o sospensione di diritti e facoltà derivanti da provvedimenti dell'amministrazione, esse possono facoltativamente

---

<sup>7</sup> In taluni casi, tuttavia, la chiusura dell'attività sembra assumere proprio tale carattere riparatorio. Si pensi a quanto previsto a livello generale dall'art. 17-ter del r.d. 18 giugno 1931 (T.U.L.P.S.) per talune violazioni quali l'attivazione di un pubblico esercizio in assenza di titolo (violazione art. 86, sanzionata ai sensi dell'art. 17-bis): la previsione della cessazione dell'attività da disporsi entro 5 giorni costituisce un tipico esempio di misura cautelare riparatoria, al pari della sospensione per il tempo necessario ad adeguarsi alle prescrizioni, la cui durata non a caso viene scomputata dalla analoga sanzione accessoria (art. 17-quater). Solo nel primo caso si prescinde da qualsivoglia verifica sulla colpevolezza dell'autore della violazione, stante la finalità cautelare dell'intervento. La circostanza che per talune tipologie di pubblici esercizi, quali quelli di somministrazione di alimenti e bevande, sia da tempo intervenuta una distinta legislazione di settore, anche a livello nazionale (l. n. 287 del 1991) rende a questo riguardo particolarmente sensibile la scelta del legislatore di non abrogare comunque il sistema sanzionatorio previsto dal T.u.l.p.s., per la evidente finalità di conservare una qualche rilevanza alla vecchia categoria della autorizzazioni di polizia, tipicamente riconducibili allo stesso: pretermettendo tuttavia le conseguenti problematiche di potenziale duplicazione di sanzioni, anche accessorie, in tal modo previste, in dispregio del principio del *ne bis in idem*.

<sup>8</sup> Si pensi al recente *revirement* della giurisprudenza amministrativa in materia di perentorietà dei termini dei procedimenti sanzionatori facenti capo all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente – ARERA. Se in linea generale, infatti, il carattere della perentorietà può essere riconosciuto a una scadenza temporale solo da un'espressa norma di legge, sicché, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda come tale, esso va necessariamente inteso come sollecitatorio o ordinatorio e il suo superamento non determina l'illegittimità dell'atto, la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma del procedimento amministrativo ha opportunamente portato a diverse conseguenze, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.). Difatti, nei procedimenti sanzionatori consentire l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizionale (cinque anni, ex art. 28 della l. n. 689 del 1981), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per la sua adozione, equivarrebbe a esporre l'incolpato a un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa, non adeguatamente tutelate dal generico richiamo ai principi sul giusto procedimento di cui alla l. n. 241 del 1990. L'esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può dunque restare esposta *sine die* all'inerzia dell'autorità preposta al procedimento, per elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei propri comportamenti (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 584; *id.*, 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309, che hanno esteso i principi già affermati con riferimento ad altre Autorità - Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; *id.*, 6 agosto 2013, n. 4113; 29 gennaio 2013, n. 542, con riferimento alla Banca d'Italia; sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289, per l'ANAC; sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; sez. VI, n. 512 del 2010, cit. *sub* nota 6, con riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha tuttavia precisato come il termine di 90 giorni previsto dall'art. 14, comma 2, della l. n. 689 del 1981 per la contestazione dell'illecito, inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in ragione della complessità della fattispecie, l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, comprensiva dei suoi elementi oggettivi e soggettivi.

<sup>9</sup> Il sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, c.d. Nuovo Codice della Strada, costituisce un caso paradigmatico di coesistenza di sanzioni accessorie ad illeciti penali e ad illeciti amministrativi, essendo previste condotte punite con sanzioni amministrative pecuniarie ed altre costituenti reato, con riferimento a ciascuna delle quali sono fornite anche importanti indicazioni procedurali per l'organo di polizia stradale chiamato ad intervenire.

essere applicate dall'amministrazione con l'ordinanza ingiunzione che commina anche la sanzione amministrativa pecuniaria.

La lacunosità del riferimento letterale spiega dunque il tentativo di alcuni autori di sottrarre dall'ambito sanzionatorio le misure consistenti nella privazione o nella sospensione di diritti e facoltà (le sanzioni interdittive, appunto) che non siano accessorie rispetto ad un illecito amministrativo da depenalizzazione, individuandone la *ratio* nella protezione e realizzazione diretta degli interessi dell'Amministrazione in quanto permetterebbero l' "interdizione" di un soggetto o di una sua attività in ragione della ritenuta inidoneità a soddisfarli, avuto riguardo alla condotta preventivamente tenuta<sup>10</sup>.

L'art. 20, co.2, della l. 689/1981 prevede che le sanzioni accessorie ad una sanzione amministrativa pecuniaria non siano applicabili - *rectius*, esecutive - fino a che sia pendente il giudizio di opposizione contro il provvedimento di condanna o, nel caso di connessione con un reato, fino a che il provvedimento stesso non sia divenuto esecutivo. Ciò da un lato ne conferma la natura afflittiva e la funzione deterrente, dall'altro evidenzia l'attenzione del legislatore al principio - sebbene fortemente temperato- di colpevolezza del destinatario del provvedimento. L'applicazione della sanzione accessoria, infatti, avviene, almeno di regola solo al momento in cui il soggetto è riconosciuto responsabile, a seguito di un giudizio a cognizione piena, della violazione amministrativa<sup>11</sup>.

La normativa consente invece l'immediata esecuzione della sanzione pecuniaria, che per la sua fungibilità comporta effetti pregiudizievoli più facilmente rimediabili, nonché, si ritiene, delle sanzioni amministrative non pecuniarie autonome, quanto meno in assenza di un'esplicita deroga di legge. Per contro, proprio nell'immediatezza del rimedio può ravvisarsi un indice della sua natura cautelare o riparatoria, giusta la necessità, cui esso fa fronte, di cauterizzare nel più breve tempo possibile la lesione che l'ordinamento giuridico ha subito a causa del comportamento del presunto trasgressore<sup>12</sup>.

La natura sanzionatoria di un provvedimento va ricercata anche nei confini delineati dal diritto europeo. La Corte di Strasburgo ha infatti elaborato propri e autonomi criteri (i notissimi cd. *Engel criteria*) al fine di stabilire la portata "penale" o meno di un illecito e della relativa sanzione, laddove il relativo termine ha una connotazione diversa rispetto a quella attinta dal diritto nazionale. A ciò

---

<sup>10</sup> Sul punto v. G. Napolitano, *Manuale dell'illecito amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, p. 318 ss.; G. Crespalda - E. Comi, *Le sanzioni amministrative accessorie*, in *La sanzione amministrativa, principi generali*, Torino, 2011.

<sup>11</sup> Costituiscono una generalizzata eccezione le già ricordate violazioni in materia di circolazione stradale, caratterizzate da una sorta di anticipazione immediata degli effetti della sanzione, che talvolta ne esauriscono la portata afflittiva, talaltra necessitano di formalizzazione nell'atto di concreta irrogazione da parte dell'autorità competente.

<sup>12</sup> Si pensi a quanto già detto *sub* nota 7 in ordine agli illeciti conseguiti alla depenalizzazione del T.U.L.P.S. ad opera del d.lgs. 13 luglio 1994, n. 480. In taluni casi peraltro l'inquadramento del provvedimento interdittivo in termini cautelari o sanzionatori è tutt'affatto agevole. Si pensi ancora a quanto previsto dall'art. 666 c.p. con riferimento alle attività di spettacolo senza autorizzazione (originario reato ora depenalizzato dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507) per le quali è prevista la cessazione, senza ulteriori esplicitazioni procedurali, sicché se ne può immaginare l'irrogazione anche con ordine verbale ovvero formalizzato nel relativo atto di accertamento. La sua obbligatorietà, per quanto sviluppato nel prosieguo nel testo, finirebbe per impattare anche sul regime delle competenze, laddove lo si inquadri quale sanzione e non quale misura cautelare, come invece ritiene chi scrive.

conseguenze che essi non si risolvono affatto in un'indebita ingerenza nella scelta di politica criminale tra qualificazione di un fatto illecito come amministrativo o penale, rimessa al legislatore nazionale (di particolare interesse il dialogo tra le Corti sviluppatosi al riguardo in tema di confisca, quale tipica sanzione amministrativa accessoria al reato di lottizzazione abusiva, su cui v. da ultimo Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49). Ma impongono una valutazione estensiva del concetto per non sottrarre l'applicazione di vere e proprie "sanzioni" ad ineludibili requisiti sostanziali, prima ancora che a precise garanzie procedurali.

Perché possa parlarsi di sanzione "sostanzialmente penale", dunque, i requisiti vanno ricercati: nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta comunque la valenza "intrinsecamente penale" della misura; nella natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; nel grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, Grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non a quella concretamente applicata. La Corte EDU, dunque, per evitare la c.d. "truffa delle etichette", impone di guardare al di là dell'inquadramento formale e ricercare la «*realtà della procedura in questione*» (Corte EDU, 27 febbraio 1980, caso 6903/75, Deweer v. Belgium, par. 44). In tale ottica, assume rilievo la circostanza che la previsione sanzionatoria si rivolga ad una generalità di soggetti –il che è escluso, ad esempio, per la sanzione disciplinare- e che abbia un contenuto afflittivo e una funzione deterrente, requisiti questi che secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo sono tra loro alternativi e non cumulativi. Sicché, da un lato, la gravità (severità) può non rilevare, ove la sanzione abbia in sé stessa una inequivoca funzione deterrente e punitiva; dall'altro, entro certi limiti, anche una misura nella quale il carattere afflittivo non sia prevalente (o addirittura manchi), ma che comporti conseguenze di una certa gravità per il destinatario, può essere considerata di natura penale e, quindi, rientrare nel perimetro di applicazione dell'art. 6 CEDU, che costituisce la cartina di tornasole alla stregua della quale è stata evidentemente delineata la cornice sopra tratteggiata. Pertanto, anche provvedimenti di carattere interdittivo o ripristinatorio comunemente ritenuti espressione di un generico potere ablatorio possono, a certe condizioni, ricadere nella nozione di «accusa penale» di cui a ridetto art. 6 della Carta EDU (Corte EDU, 24 aprile 2012, caso n. 1051/06, Mihai Toma v. Romania, par. 26; *id.*, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, Matyjec v. Poland, par. 58)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Sul tema v. fra i tanti M. Allena, La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità, in *Federalismi*, n. 4/2017..

Di particolare sensibilità il tema della necessità dell'elemento psicologico dell'illecito, ovvero della necessaria colpevolezza del suo autore o comunque del soggetto individuato come destinatario della sanzione, affinché la stessa possa essergli legittimamente imposta.

La questione ha assunto un notevole rilievo ancora una volta in materia di illecito urbanistico-edilizio, con riferimento in particolare alla confisca quale conseguenza della lottizzazione abusiva, ma non solo.

Attingendo ancora ai suggerimenti della Corte EDU riferiti, questa volta, all'art. 7 della Convenzione, va ricordato come pronunciandosi sull'*affaire* di Punta Perotti, si sia fatta leva sulla presenza del sintagma «*persona colpevole*» nelle versioni inglese e francese della norma per richiedere comunque un criterio d'imputabilità soggettiva dell'illecito laddove soggetto a sanzione penale (Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, caso n. 75909/01, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, par. 116).

La natura "reale" delle sanzioni amministrative edilizie<sup>14</sup> ha tuttavia portato la giurisprudenza nazionale a prescindere dallo scrutinio dell'elemento psicologico, ritenendo, ad esempio, che la fattispecie di lottizzazione abusiva rilevi in modo oggettivo e indipendentemente dall'*animus* dei proprietari interessati, i quali, sussistendone i presupposti, potranno far valere la propria buona fede nei rapporti interni e di natura civilistica con i propri danti causa (cfr., *ex multis* Cons. Stato, sez. II, 24 giugno 2019, n. 4320). Si è così arrivati a distinguere sul piano sistematico tra ablazione della proprietà che consegua alla decisione del giudice penale ovvero ai provvedimenti dell'autorità comunale, relegando l'applicazione dei principi costituzionali e sovranazionali di buona fede e di presunzione di non colpevolezza invocabili dai trasgressori allo scopo di censurare un asserito deficit istruttorio e motivazionale consistente nell'omessa individuazione dell'elemento psicologico dell'illecito contestato solo alla prima, ovvero all'applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica contemplata dall'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001 (che in base alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambre*, 28 giugno 2018, n. 1828 viene ritenuta in ogni modo compatibile con l'art. 7 CEDU). L'argomento medesimo non è stato invece ritenuto utilmente invocabile al fine dell'irrogazione della sanzione amministrativa dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio del Comune, contemplata dall'art. 30, comma 1 e 8, ovvero dall'art. 31 del medesimo T.U.E., in quanto atti vincolati<sup>15</sup>. I profili sollevati riguardano le garanzie inerenti alla

---

<sup>14</sup> In materia, da ultimi, in dottrina, S. Lucattini, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022 e M.A. SANDULLI, voce *Edilizia*, in *Funzioni amministrative*, volume de "I tematici" dell'Enciclopedia del diritto, Milano, 2022, leggibile anche, in versione più ampia e aggiornata, in *Riv. giur. edil.* 2022.

<sup>15</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380; *id.*, 3 febbraio 2020, n. 864; in senso contrario, v. Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400. Sul tema dell'applicabilità delle misure sanzionatorie in materia edilizia e della buona fede del terzo acquirente o, più in generale, del proprietario non responsabile dell'attività illecita, si richiama l'orientamento giurisprudenziale, che trae spunto dalla sentenza di Corte Costituzionale del 15 luglio 1991, n. 345, sviluppatosi in materia di acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area sulla quale insiste l'opera abusiva nel caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione, di cui all'art. 31 del D.P.R. 380/2001. Secondo l'indicata giurisprudenza amministrativa la sanzione acquisitiva al patrimonio dell'ente, a differenza di quella demolitoria volta al ripristino dello stato dei luoghi, non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole, perché rimasto del tutto estraneo, dell'abuso edilizio. Da ciò discende la necessità per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non si palesino meramente ripristinatorie rispetto all'abuso perpetrato, di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione.

titolarità del diritto di proprietà e, in particolare, all'aspetto dell'acquisizione della titolarità delle aree dei privati in capo all'Amministrazione quale conseguenza delle misure sanzionatorie previste dall'art. 30, comma 1 ed 8, del D.P.R. n. 380/2001, con un effetto sostanzialmente espropriativo per il proprietario inciso. La Corte Costituzionale con sentenza 24 luglio 2009, n. 239 (riguardante la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, del medesimo d.P.R. n. 380/2001, sollevata in riferimento agli art. 3, 25, comma 2, e 27, comma 1, della Costituzione, nonché ai principi dettati dalla CEDU, nella parte in cui la norma impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti) ha dichiarato l'inammissibilità della questione anche sotto il profilo dell'omissione da parte del giudice *a quo* della sperimentazione della possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione internazionale, quale interpretata dalla predetta Corte europea dei diritti dell'uomo. Spetta infatti «agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».

Non osta, dunque, al disposto della norma in questione un'interpretazione che tenga conto, in linea con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dei profili soggettivi di assenza di colpa e buona fede, che, anzi, si impone alla luce della natura di sanzione amministrativa della misura acquisitiva prevista dai suddetti comma in quanto nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione o omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

A ben guardare in effetti mentre l'accertamento dell'ipotesi di reato, nella sua forma materiale o negoziale, presuppone necessariamente la prova dell'elemento psicologico, l'acquisizione al patrimonio del Comune consegue al decorso di 90 giorni senza avere ottemperato all'ingiunzione di sospensione dei lavori, evidentemente ancora in corso, ovvero di non cedere il bene con atto tra vivi. L'indifferenza in ordine alla sussistenza o meno di un comportamento colposo è stata interpretata nel senso di porre una presunzione *iuris tantum* di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, spettando allo stesso l'onere della prova della propria incolpevolezza<sup>16</sup>. L'aspetto

---

<sup>16</sup> Sul tema dell'applicabilità delle misure sanzionatorie in materia edilizia e della buona fede del terzo acquirente o, più in generale, del proprietario non responsabile dell'attività illecita, si richiama l'orientamento giurisprudenziale, che trae spunto dalla sentenza di Corte costituzionale del 15 luglio 1991, n. 345, sviluppatosi in materia di acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area sulla quale insiste l'opera abusiva nel caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione, di cui all'art. 31 del d.P.R. n.380/2001. Secondo l'indicata giurisprudenza amministrativa la sanzione

relativo alla necessità della sussistenza di un elemento soggettivo, quale indice di rimproverabilità, può recedere dinanzi alla funzione concretamente ripristinatoria della sanzione che in quanto tale *«ha l'attitudine di imporsi, per il suo carattere reale, anche nei confronti di soggetti in stato di incolpevole buona fede, in quanto misura necessaria al ripristino del bene. In base a tale interpretazione, che tiene conto del profilo soggettivo di responsabilità nella condotta, la sanzione acquisitiva di cui all'art. 30 (commi 1, 7 e 8) si palesa in linea con i principi espressi dalla Corte di Strasburgo ed a quest'ultimo riguardo, il dovere di dare all'ordinamento interno una interpretazione conforme alla CEDU, come esplicitata dalla Corte di Strasburgo, deriva dall'art. 117 Cost., comma 1, ed è stato affermato in modo generale dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 e, con riferimento specifico al citato art. 44, comma 2, con la sentenza 24 luglio 2009 n. 239»* (v. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380).

### **3. La decadenza.**

Con il termine “decadenza” si può intendere sia un provvedimento di natura sanzionatoria, sia più in generale un atto di esercizio del potere di autotutela, sia un distinto istituto di natura rimediale che fa cessare gli effetti dell'atto precedente con effetto *ex nunc* o per il venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto, o per inadempimento di obblighi imposti dal provvedimento o per mancato esercizio per un determinato periodo di tempo delle facoltà che derivano dallo stesso<sup>17</sup>.

La distinzione ha trovato implicita consacrazione nelle affermazioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha così perimetrato “in negativo”, evidenziando gli elementi di affinità e quelli di divergenza, il provvedimento con il quale il Gestore Servizi Energetici (GSE), a conclusione di un procedimento di verifica condotto ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 e del D.M. 31 gennaio 2014 in relazione ad un impianto fotovoltaico, ha dichiarato la decadenza, appunto, dal diritto alle tariffe incentivanti fruite da un operatore economico, con conseguente recupero integrale degli incentivi percepiti. Ciò essendo emerso nel caso di specie dall'istruttoria, con riferimento all'attestazione dell'origine dei pannelli fotovoltaici, che era stato presentato un documento (*Factory Inspection Attestation*) non conforme a quello che lo stesso ente aveva originariamente emesso.

---

acquisitiva al patrimonio dell'ente, a differenza di quella demolitoria volta al ripristino dello stato dei luoghi, non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole, perché rimasto del tutto estraneo, dell'abuso edilizio. Da ciò discende la necessità per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene che non si palesino meramente ripristinatorie rispetto all'abuso perpetrato, di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione.

<sup>17</sup> Sulla distinzione tra revoca in senso proprio e le altre figure così impropriamente qualificate nella prassi delle amministrazioni pubbliche e negli stessi testi legislativi, che in realtà hanno carattere sanzionatorio o decadenziale, appunto, in quanto trovano la loro fonte nella disciplina propria del rapporto o comunque connessa al rilascio del titolo (norma di legge, o regolamento, capitolato, convenzione, disciplinare, ecc.), v. V. Domenichelli, La revoca del provvedimento, in Codice dell'azione amministrativa a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, con aggiornamento di M. Sinisi, in particolare p. 1062.

Secondo l'Adunanza plenaria, dunque, la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva, «*ex tunc (o in alcuni casi ex nunc)*»<sup>18</sup>, di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio) se rientra nell'esercizio dell'autotutela, si connota per la sottoposizione ai presupposti, condizioni ed effetti statuiti a livello generale dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990; se ha carattere sanzionatorio, richiede l'elemento soggettivo del dolo o della colpa e l'effetto ablatorio prodotto al massimo coincide con l'utilità concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale viene ad incidere; se istituto autonomo (quale ritenuto quello in esame non presenta alcun tratto comune con il diverso istituto della sanzione, della quale non condivide i due richiamati requisiti, ma «*pur presentando tratti comuni col più ampio genus dell'autotutela, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificatamente: a) per l'espressa e specifica previsione, da parte della legge, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quelle prevista dall'art. 21 nonies della legge 241/90 [...]; b) per la tipologia del vizio, more solito individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto; c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti; [...]*»<sup>19</sup>. La giurisprudenza ha già avuto modo di confermare tale distinzione tra decadenza e autotutela avuto riguardo ai provvedimenti del G.S.E. anche dopo la modifica dell'art. 42, comma 3, d.lgs. 28/2011 introdotta dall'art. 56, comma 8, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, il quale ha esteso alla prima i presupposti di cui all'art. 21 *nonies* l. 241/1990, anche allo scopo di circoscriverne nel tempo l'irrogazione, ma non ha mutato la natura del potere (che rimane di decadenza), né il carattere vincolato dello stesso. La titolarità del potere di verifica e controllo, pertanto, non consente l'indiscriminata rimessa in discussione dei presupposti iniziali, senza il rispetto delle necessarie garanzie e degli affidamenti in capo alle imprese

---

<sup>18</sup> A ben vedere la sistematizzazione della complessa materia della decadenza da parte dell'Adunanza plenaria risente forse dell'eccesso di sintesi con la quale si intende delimitare quella di specifico interesse, sicché non è da condividere il richiamo all'evenienza di una decadenza quale provvedimento di secondo livello con efficacia *ex tunc*, anziché *ex nunc*, come tipico della stessa. Per la distinzione tra tale ulteriore revoca in senso atecnico, meglio definita quale rimozione o caducazione, che tende a rimuovere con effetto *ex tunc* un atto inopportuno *ab origine* e abrogazione, con effetto *ex nunc*, avuto riguardo ai provvedimenti ad efficacia durevole, v. A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1984, p. 702 ss.; Benvenuti F., Appunti di diritto amministrativo, Padova, 1987, p. 157.

<sup>19</sup> L'esatto inquadramento delle misure adottate dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente – ARERA e della disciplina ad esse applicabile è tutt'affatto che semplice e ne è riprova il recente – e condivisibile – *revirement* giurisprudenziale in materia di perentorietà dei termini del relativo procedimento “sanzionatorio”. Se in linea generale, infatti, il carattere della perentorietà può essere riconosciuto a una scadenza temporale solo da un'espressa norma di legge, sicché, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda come perentorio, il termine va inteso come sollecitatorio o ordinatorio e il suo superamento non determina l'illegittimità dell'atto, tuttavia la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma del procedimento amministrativo conduce a diverse conseguenze, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.). Difatti, nei procedimenti sanzionatori consentire l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizionale (cinque anni, *ex art. 28 della l. n. 689 del 1981*), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per la sua adozione, equivarrebbe a esporre l'incolpato a un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa. L'esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può dunque restare esposta *sine die* all'inerzia dell'autorità preposta al procedimento, per elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei propri comportamenti (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 584; *id.*, 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309, che hanno esteso i principi già affermati con riferimento ad altre Autorità - Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; *id.*, 6 agosto 2013, n. 4113; 29 gennaio 2013, n. 542, con riferimento alla Banca d'Italia; sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289, per l'ANAC; sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni).

direttamente coinvolte, in quanto una volta che il procedimento si è concluso con il vaglio positivo degli elementi forniti dal privato, il riesame dei medesimi elementi deve seguire i canoni ed i presupposti del potere di autotutela, sotto tutti i punti di vista. Ne discende che *«anche l'esercizio di poteri di revisione del precedente assenso regolatorio debbano essere esercitati nel rispetto dei principi dettati, in generale per le tradizionali autorità, con riferimento al potere di autotutela. Ciò non solo con riferimento al formale rispetto dei presupposti, ma anche relativamente alla verifica istruttoria e motivazionale degli elementi forniti dai soggetti passivi, sia in relazione ai presupposti iniziali sia rispetto alle alternative che le stesse società avrebbero potuto perseguire, in specie dinanzi al mutamento di interpretazione dell'autorità»*. (Cons. Stato, sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5324, nonché, più di recente, sez. II, 17 giugno 2022, n. 4983)<sup>20</sup>. Sotto il profilo del regime delle tutele non si pongono a tale riguardo particolari problematiche giusta la riconducibilità della materia ad una di quelle di competenza esclusiva del giudice amministrativo.

Ma traslando le relative affermazioni al più generale quadro delle decadenze previste nell'ordinamento, si viene così ad imporre all'interprete un distinguo, appunto, su funzione "punitiva" della stessa e funzione meramente ripristinatoria, di non sempre agevole individuazione.

A titolo di esempio, la previsione nominativa, nonché la finalità di tutela di prescrizioni amministrative imposte dalla legge per giustificare il perdurante godimento del beneficio parrebbe attrarre nella sfera di competenza del giudice amministrativo la decadenza di cui all'art. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (a vario titolo riprodotta nelle discipline regionali di settore) che consegue al mancato utilizzo del posteggio in concessione per un lasso di tempo predeterminato<sup>21</sup>. Né pare condurre a soluzione opposta la circostanza che della stessa si faccia menzione in una norma rubricata "sanzioni", stante che la sanzione ivi prevista consegue alla decadenza (revoca del titolo), laddove la stessa, proprio in quanto non sanzionatoria, non consente giustificazioni alternative rispetto a quelle tassativamente individuate dal legislatore (malattia, gravidanza e servizio militare).

#### **4. La stratificazione normativa in materia di occupazione di suolo pubblico.**

Il "suolo pubblico" è quella porzione di territorio non coperta da edificazioni suscettibile di occupazione per varie finalità, per lo più economiche<sup>22</sup>, previa concessione o autorizzazione da parte

---

<sup>20</sup> Sui poteri di controllo del GSE cfr. da ultimo lo studio critico di A. Coiante, *I poteri del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile*, in *Federalismi*, n. 17/2022 e ivi ampi richiami di e di giurisprudenza.

<sup>21</sup> Vero è che nel caso di specie il legislatore finisce per attribuire rilievo all'inerzia protratta nel tempo dell'operatore economico, si da attribuirle il significato di rinuncia implicita al titolo, al pari di quanto avviene, *mutatis mutandis*, in caso di mancato avvio dei lavori entro il termine normativamente dato dal rilascio del permesso di costruire. La stretta connessione, tuttavia, esistente fra titolarità della concessione di suolo pubblico e legittimazione all'esercizio della vendita fa sì che a tale decadenza/rinuncia consegua automaticamente la revoca/sanzione dell'autorizzazione, astrattamente riferibile, peraltro, anche ad altri posteggi ovvero all'esercizio dell'attività in forma itinerante.

<sup>22</sup> Ma non necessariamente: si pensi all'occupazione temporanea per l'effettuazione di un trasloco, o per l'installazione di un ponteggio funzionale

dell'Ente proprietario. Trattandosi per lo più di strade o piazze, esso è riconducibile alla nozione di demanio stradale, la cui disciplina è rinvenibile ancora oggi negli artt. 822 e 824 c.c., a seconda che appartengano allo Stato, ovvero a Province e Comuni. La richiamata sistematica ha assunto oggi connotazioni più sfumate, laddove il suolo (e più in generale il bene pubblico) sia utilizzato da una specifica collettività, sì da essere ancorato alla tutela dell'interesse pubblico che fa capo alla stessa. Emblematica al riguardo la vicenda giuridica delle lagune venete, che non solo in quanto non menzionate come tali nell'elencazione dei beni demaniali (che contempla spiagge, rade dei porti, lidi) sono state ricondotte alla più moderna dizione di "bene comune" da due ormai famose sentenze "gemelle" della Corte di Cassazione, che hanno fornito lo spunto per lo sviluppo di una teoria giuseconomica della proprietà pubblica laddove affermano che *«il solo aspetto della demanialità non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o [...] risultano funzionali ad interessi della stessa collettività»*, di fatto valorizzando l'utilizzo, piuttosto che la titolarità<sup>23</sup>.

Ciò ha consentito nel tempo la valorizzazione di istituti, quali il c.d. "baratto amministrativo", che fondano il rapporto sinallagmatico tra privato e pubblica amministrazione proprio sul coinvolgimento dei cittadini, singoli o associati, nella gestione del "bene comune", in un'ottica di recupero di contenitori degradati, politiche di sicurezza delle periferie, ovvero più semplicemente perequazione tra diretta presa in carico di servizi pubblici, quali il mantenimento del verde o la pulizia e assunzione dell'onere economico degli stessi<sup>24</sup>.

La fruizione del suolo pubblico, sottraendolo all'uso della collettività, è soggetta a concessione<sup>25</sup>, per l'attribuzione della quale operano i principi di evidenza pubblica come ormai definitivamente chiarito nell'organica evoluzione normativa, dottrinarie e giurisprudenziale della materia, diretta a ricondurre l'attribuzione di tutte tali fattispecie al rispetto dei principi di matrice comunitaria di imparzialità e di trasparenza<sup>26</sup>. In sintesi, pur avendo avuto la vicenda minore risonanza, anche mediatica, le medesime

---

all'effettuazione di lavori edilizi sull'immobile prospiciente.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., SS.UU., 11 febbraio 2011, n. 3811 e 3813. Partendo dal richiamato assunto che supera ampiamente la tradizionale sistematica codicistica, i giudici di legittimità reinterpretano il concetto di demanialità e auspicano politiche amministrative di tipo orizzontale che coinvolgano i cittadini nella gestione dei beni funzionali al soddisfacimento degli interessi della collettività. A monte, sotto il profilo testuale, l'art. 822 c.c. ricomprende nel cosiddetto demanio marittimo il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti ma nulla dice delle lagune, ossia gli specchi d'acqua in immediata vicinanza al mare, la cui natura demaniale è stata riconosciuta ogni qual volta vi sia la libera comunicazione con esso. Per un approfondimento sulla tematica si veda G.P. Cirillo, Il diritto di accesso al mare, in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it).

<sup>24</sup> Cfr. art. 190 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, Codice dei contratti pubblici, che ha assorbito, in particolare dopo il così detto "correttivo", d.lg. 19 aprile 2017, n. 56, la disposizione già contenuta nell'art. 24 del d.l. 12 settembre 2014, n.133, cosiddetto "sblocca Italia", convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164. Al riguardo v. A. Manzione, "Dal baratto amministrativo al partenariato sociale e oltre nel solco della atipicità", in AA.VV., La co-città, a cura di P. Chirulli e C. Iaione, Iovene ed., 2018.

<sup>25</sup> Per quanto, infatti, talvolta si utilizzi in maniera impropria il riferimento all'autorizzazione, correttamente la legislazione nazionale, anche tributaria, riconduce il relativo titolo a siffatta dizione, con quanto ne consegue in relazione all'applicabilità dei medesimi principi elaborati con riferimento alle concessioni demaniali marittime in applicazione della c.d. Direttiva Bolkestein.

<sup>26</sup> Sulla materia è ormai nota la ricostruzione dei principi comunitari, seppure con specifico riferimento al tema delle concessioni demaniali marittime, contenuta nelle sentenze della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, n. 17 e 18, cui ha fatto seguito un corposo dibattito dottrinario (v. *ex multis* i contributi di M.A. Sandulli, F. Ferraro, G. Morbidelli, M. Gola, R. Dipace, M. Calabrò, E. Lamarque, R. Rolli - D. Sammarro, E. Zampetti, G. Iacovone, M. Ragusa, P. Otranto, B. Caravita di Toritto - G. Carlomagno. In Diritto e Società, n. 3 del 2021 dedicato a *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*. Per una valorizzazione della tutela storico-identitaria delle

affermazioni riferite alla sottrazione all'uso collettivo di aree del demanio marittimo si attagliano anche alla mera concessione di "preselle" di suolo pubblico (posteggi e simili), tanto che l'affermazione della diretta applicabilità dei principi eurounitari da parte anche del singolo funzionario chiamato a gestire la normativa di settore ha da tempo determinato la preoccupazione degli operatori economici e l'inerzia degli uffici comunali competenti. Non a caso, nel parere espresso dall'AGCOM in sede di audizione parlamentare, si richiamano la giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia di concessioni demaniali marittime per evocarne i principi anche con riferimento alle concessioni per l'esercizio del commercio su aree pubbliche<sup>27</sup>. La materia peraltro è stata ulteriormente complicata dal fatto che in alcune Regioni molti Comuni hanno comunque provveduto ai rinnovi delle concessioni in base alla legislazione in vigore, "sfruttando" le norme emergenziali relative all'epidemia da Covid-19 che consentono la conclusione dei procedimenti entro novanta giorni dalla cessazione dello stato di emergenza<sup>28</sup>. Quanto detto mentre cominciano a farsi strada le prime sentenze nelle quali si riconosce espressamente la riferibilità della disciplina comunitaria al settore del commercio in aree pubbliche sulla base del percorso argomentativo dell'Adunanza Plenaria laddove afferma che *«la tutela della concorrenza (e l'obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d'altronde, una "materia" trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di "sostegno": anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all'esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate), gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia. Altrimenti, si dovrebbe paradossalmente ritenere che anche le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni non potrebbero trovare applicazione ai contratti diretti a procurare risorse*

---

attività economiche ospitate nei relativi locali della Galleria Vittorio Emanuele di Milano, v. *ex multis* Cons. Stato sez. V. 3 novembre 2021, n. 7340, nonché, nella stessa direzione, 3 settembre 2018, n. 5157, secondo cui *«il principio della concorrenza deve recedere a fronte dell'interesse imperativo generale della tutela delle attività storiche e di tradizione che occupano immobili di proprietà pubblica, le quali contribuiscono a salvaguardare ed a conservare il patrimonio storico e artistico delle città»*. In tali circostanze si è ritenuto altresì legittimo il criterio oggettivo scelto dal Comune per la determinazione del canone, non determinato a seguito di una procedura concorsuale, ove l'offerente più forte avrebbe prevalso, ma *«necessaria secondo le risultanze di una dinamica di mercato di cui non può non tenersi conto, anche nell'ottica di valorizzazione virtuosa dei beni pubblici, il rendimento dei quali contribuisce ad incrementare il bilancio dell'amministrazione»*. In tali fattispecie il Comune ha dunque garantito agli esercenti le attività storiche il rinnovo senza gara delle loro concessioni demaniali, applicando un canone più che equo e nettamente inferiore rispetto a quello che si sarebbe determinato in seguito ad una procedura concorsuale.

<sup>27</sup> Parere AS1721 del 15 febbraio 2021 dell'AGCOM, che opera anche un'accurata ricostruzione della normativa di settore, connotata, al pari di quanto avvenuto per le concessioni demaniali marittime, da un regime di reiterata proroga basato sull'assunto che la materia fosse estranea all'ambito di applicabilità della direttiva servizi. In particolare ha ricordato come con l'articolo 1, comma 686, della legge n. 145/2018 (c.d. legge di bilancio 2019) è stato modificato il d.lgs. n. 59 del 2010, di recepimento della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi o Bolkestein), sottraendo espressamente l'intero settore del commercio al dettaglio su aree pubbliche dall'applicazione della stessa (artt. 7, lett. f-bis, e 16, comma 4-bis, del d.lgs. n. 59/2010, che escludono l'applicazione delle disposizioni normative che imponevano di individuare i prestatori all'esito di una procedura selettiva, secondo criteri trasparenti e non discriminatori, stabilendo una durata dei titoli autorizzatori limitata e non soggetta a rinnovo automatico). Il d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto Rilancio), convertito in legge n. 77/2020, ha poi prorogato al 2032 le concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche in scadenza (articolo 181, comma 4-bis), nonché previsto che eventuali posteggi liberi, vacanti o di nuova istituzione andassero assegnati *«in via prioritaria e in deroga a qualsiasi criterio»* agli aventi titolo, senza l'espletamento di alcuna procedura ad evidenza pubblica (articolo 181, comma 4-ter). Tali previsioni hanno poi trovato ulteriore conferma nei punti 6, 7 e 9 dell'Allegato A al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 25 novembre 2020, recante le previste Linee Guida.

<sup>28</sup> Dell'intera materia si occupa l'art. 2 del d.d.l. concorrenza 2021, AS 2469.

*strumentali all'esercizio di attività riservate alla sovranità nazionale degli Stati*». In altri termini, la direttiva impone l'indizione di gare pubbliche a tutela della concorrenza per il mercato, materia "trasversale" che è suscettibile di trovare applicazione in vari settori dell'ordinamento nazionale, tra cui deve senz'altro farsi rientrare quello delle concessioni di parcheggi a rotazione per l'esercizio del commercio su aree pubbliche per altro caratterizzati anch'essi, come già detto, dalla scarsità delle concessioni assentibili<sup>29</sup>.

In linea di massima, le controversie che attingono alle concessioni di suolo pubblico sottostanno alle regole generali individuate dalla giurisprudenza per il riparto di giurisdizione. Spettano dunque al giudice ordinario quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, in quanto a contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d'intervento della P.A. a tutela di interessi generali (*ex plurimis*, Cass., SS.UU., ord. 30 luglio 2020, n. 16459).

Con riferimento al canone, solo quando venga in contestazione - come, nel caso dell'impugnazione del regolamento - l'esercizio di poteri valutativo-discrezionali nella sua determinazione «*sia in punto di an debeatur sia in punto di individuazione dei criteri di determinazione del quantum debeatur, e non già il suo mero calcolo aritmetico sulla base di criteri già predeterminati*», la competenza è del giudice amministrativo<sup>30</sup>.

Giova rammentare il quadro normativo: l'art. 42 del d.lgs. n. 507 del 1993, concernente la «*Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche dei Comuni e delle Province nonché della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a norma dell'art. 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente il riordino della finanza territoriale Ecologia*», ha introdotto la distinzione tra occupazioni di spazi ed aree pubbliche "permanenti" o meno, considerando tali quelle «*di carattere stabile, effettuate a seguito del rilascio di un atto di concessione, aventi, comunque, durata non inferiore all'anno, comportino o meno l'esistenza di manufatti o impianti*» (comma 1, lett. a), per le quali era dovuta una tassa, a tariffa - variabile - «*graduata a seconda dell'importanza dell'area sulla quale insiste l'occupazione*» e «*commisurata alla superficie occupata*»; l'art. 63 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n.446, in attuazione della delega, conferita al Governo dalla legge del 23 dicembre 1996, n. 662, ha demandato alle Province ed ai Comuni il potere di adottare un regolamento per

---

<sup>29</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 18 gennaio 2022, n. 530, ove peraltro si mutua anche il regime transitorio ideato dall'Adunanza plenaria, in quanto «*consapevole del notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare, specie in un contesto caratterizzato da un regime di proroga che è frutto di interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni*». Il giudice di prime cure ha dunque affermato che «*Alla stessa stregua, il Collegio ritiene di dover modulare gli effetti di questa pronuncia di rigetto, precisando che le concessioni cui si riferiscono i provvedimenti impugnati mantengono efficacia fino al 31 dicembre 2023, previo accertamento degli ulteriori presupposti richiesti dalla normativa vigente, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E. e fermo restando che, nelle more, l'amministrazione ha il potere/dovere di avviare le procedure finalizzate all'assegnazione delle concessioni nel rispetto dei principi della normativa vigente, come delineati dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 2021*». In pari data vedi anche nn. 537 e 539. Cfr. altresì nella stessa direzione T.A.R. Sardegna, sez. II, 28 dicembre 2021, n. 865. Per tutte e quattro le sentenze è pendente appello.

<sup>30</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V. 12 maggio 2016, n. 1926.

assoggettare il titolare della concessione di occupazione, permanente o temporanea, appunto, di strade, aree e relativi spazi soprastanti e sottostanti appartenenti al demanio o patrimonio indisponibile dell'ente, comprese le aree destinate a mercati, anche attrezzati, all'obbligo del pagamento di un canone *«con riferimento alla durata dell'occupazione»* e maggiorabile *«di eventuali oneri di manutenzione derivanti»* dall'occupazione stessa, commisurato alle esigenze del bilancio dell'ente, al valore economico delle aree e all'entità del sacrificio imposto alla collettività con la rinuncia all'uso pubblico generalizzato degli spazi occupati. Inizialmente, era stata prevista anche l'abolizione, con decorrenza dal primo gennaio 1999, delle tasse per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 50 (TOSAP), ma l'art. 31, comma 14, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 ha poi ripristinato il precedente assetto normativo, anche ai fini della giurisdizione, sicché si è stabilito che l'obbligo del pagamento del canone (COSAP) poteva coesistere con l'obbligo del pagamento della tassa per l'occupazione di aree pubbliche (TOSAP), stante la diversità della natura delle prestazioni dovute dal concessionario, essendo il canone COSAP, per l'appunto, non un tributo ma il corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici. La medesima norma, infine, al comma 20, nel modificare il comma 1 dell'art. 63 del d.lgs. n. 446 del 1997, stabilì che *«i comuni possono»*, adottando appositi regolamenti, *«escludere l'applicazione nel proprio territorio della TOSAP»*, e in alternativa *«prevedere che l'occupazione, sia permanente che temporanea, degli spazi e delle aree»*, elencati nella norma sostituita, sia assoggettata ad un canone di concessione (COSAP) determinato in base a tariffa, con relativa giurisdizione in capo al giudice ordinario e non tributario, anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale sull'art. 3-bis, comma 2, lett. b), della legge 2 dicembre 2005, n. 248, intervenuto a novella, dato atto della diversa natura giuridica del COSAP rispetto alla TOSAP. Al fine di evitare che le scelte concessorie dipendessero da decisioni estemporanee degli Enti territoriali contrarie anche ad un ordinato governo del territorio, l'art. 63 del d.lgs. 446 del 1997 demandava al regolamento comunale anche la disciplina delle condizioni di rilascio e di rinnovo delle autorizzazioni, nonché degli ambiti sanzionatori, facendo salve peraltro le previsioni del sopra richiamato art. 20 del Codice della strada. Tale principio ha trovato consacrazione in numerose pronunce dei giudici di legittimità e amministrativi, in particolare a far data dalla decisione del 7 gennaio 2016, n.61, delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha ribadito la natura di corrispettivo del Cosap per la concessione dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici, e non per la sottrazione al sistema della viabilità di un'area o spazio pubblico. Da ultimo, il Capo I del d.lgs. n. 507 del 1993 è stato formalmente abrogato con l'art. 1, comma 847 della legge 27 dicembre 2019, n. 160, salvo essere ripristinato dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, che all'art. 4, comma 3-*quater* ha disposto che l'abrogazione non operi per

l'anno 2020. E' stato infatti introdotto un "canone unico" di concessione, autorizzazione o esposizione pubblicitaria, che assorbe anche quello di cui all'art. 27, commi 7 e 8, del Codice della Strada, limitatamente alle strade di pertinenza dei comuni e della province, con portata comprensiva di qualunque canone ricognitorio o concessorio previsto da norma di legge o di regolamento, fatti salvi quelli connessi a prestazioni di servizi. Il potere regolamentare dei Comuni resta tuttavia anche nella nuova cornice normativa, giusta le previsioni in tal senso contenute ai commi da 816 a 836 del richiamato art. 1 della legge di bilancio 2020, che ne demanda al Consiglio comunale, specificando tra i contenuti obbligatori anche le condizioni di rilascio della concessione e il regime sanzionatorio, il cui importo non può superare il 50 % del canone dovuto, ferme restando le sanzioni previste dal codice della strada stesso. Il canone può essere maggiorato di eventuali effettivi e comprovati oneri di manutenzione in concreto derivanti dall'occupazione del suolo e del sottosuolo che non siano, a qualsiasi titolo, già posti a carico dei soggetti che hanno effettuato le occupazioni. Il comma 822 pone a carico dell'Ente proprietario la rimozione dell'occupazione abusiva previa redazione di processo verbale di constatazione redatto da competente pubblico ufficiale, con oneri derivanti dalla rimozione a carico dei soggetti che hanno effettuato le occupazioni.

In relazione alle impugnative degli avvisi di pagamento, la loro contestazione dedotta in via derivata rispetto al regolamento Cosap (ora del canone unico), è stata fatta rientrare nella giurisdizione del Giudice amministrativo. Diverse considerazioni valgono, invece, in ordine a eventuali profili di censura in via autonoma (si veda, in proposito, Cass. SS. UU. Sentenza n. 21950 del 2015, ove si legge: *«le controversie relative ai canoni per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, perché l'obbligo di pagamento di un canone per l'utilizzazione del suolo pubblico non ha natura tributaria, esulando dalla doverosità della prestazione e dal collegamento di questa alla pubblica spesa»*)<sup>31</sup>. Si consideri, peraltro, che la stretta correlazione tra l'atto amministrativo generale presupposto "a monte" e l'atto applicativo "a valle" non ha una rilevanza circoscritta ai profili giurisdizionali; esso incide, altresì, sull'accertamento del momento in cui possa dirsi integralmente manifestata la lesività del medesimo regolamento.

Avuto riguardo al delicato settore delle concessioni demaniali marittime – ma il principio può essere esteso ad ogni ambito - si è altresì affermato che spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul contenzioso concernente i provvedimenti di rideterminazione del canone, adottati in applicazione dell'art. 1, comma 251, della legge finanziaria n. 296 del 2006, qualora non si tratti della sua mera quantificazione, ma la controversia riguardi anche altri aspetti comportanti una valutazione tecnico-discrezionale da parte dell'Amministrazione (es., l'integrale revisione previa ricognizione tecnico-

---

<sup>31</sup> Cfr. Cass. Ord. Sez. 5 n. 2552 del 2018; Cass. Ord. SS.UU. n. 24967 del 2017; *id.* n. 61 e n. 11134 del 2016; *id.* n. 21950 del 2015; Corte Costituzionale n. 64/2008.

discrezionale del carattere di pertinenze demaniali marittime delle opere realizzate in precedenza dal concessionario, anche in considerazione dell'inamovibilità o meno delle stesse; la questione se le opere realizzate sul suolo demaniale divenissero di proprietà dello Stato soltanto alla scadenza della concessione; l'applicabilità della normativa sopravvenuta alle concessioni in corso)<sup>32</sup>.

## **5. Le sanzioni di natura non pecuniaria.**

Individuare la natura sanzionatoria della misura applicata può non essere sufficiente a individuare anche il giudice competente in relazione alla sua impugnazione. Ciò nello specifico laddove essa venga irrogata autonomamente, ovvero costituisca l'unica conseguenza della condotta illecita oppure l'ulteriore conseguenza della stessa, già sanzionata in via amministrativa, pecuniaria e non solo, ovvero penale. L'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, infatti, con riferimento alla competenza del tribunale, parla di "sanzione di natura diversa" applicata "congiuntamente" a quella pecuniaria, ovvero "da sola".

In passato, sulla base della formulazione letterale dell'art. 22 della l. n. 689 del 1981, si era affermata la giurisdizione amministrativa per tutte le sanzioni accessorie diverse dalla confisca, purché irrogate autonomamente. La questione è stata ancora di recente oggetto di una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione (ordinanza 21 settembre 2020, n. 19664), che pronunciandosi sul regolamento di giurisdizione sollevato in relazione alla sanzione della chiusura per dieci giorni dell'esercizio destinato al gioco sportivo e alle lotterie irrogata dall'Agenzia delle Dogane e dei monopoli per l'accertata violazione, da parte della Questura, dell'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 11 del 2011, ha ritenuto di individuare l'elemento di discriminazione nella mancanza di discrezionalità applicativa. In tal modo il giudice ha inteso discostarsi dal precedente orientamento che ravvisava, appunto, nell'autonomia della sanzione l'elemento diversificante, giusta la stretta connessione di quella irrogata contestualmente ad altra pecuniaria con i presupposti di quest'ultima. Al contrario, l'autonomia era considerata quasi *ex se* indizio di un contenuto conformabile dalla pubblica amministrazione, mediante l'esercizio del proprio potere discrezionale, alla violazione concretamente posta in essere ed espressione dell'esercizio del potere, anch'esso discrezionale, di vigilanza e controllo dell'autorità amministrativa.

Al contrario, il perno della questione viene ora a spostarsi propria sulla sussistenza o meno di discrezionalità applicativa, a prescindere dal momento in cui si addivenga alla scelta, rilevando caso mai lo stesso quale vizio del procedimento sanzionatorio in qualunque sede rilevato. La discrezionalità va dunque effettivamente accertata e costituisce la cartina di tornasole non della natura

---

<sup>32</sup> V. Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 336.

sanzionatoria o meno del provvedimento, ove comunque afflittivo, ma della sua portata doverosa nell'*an* e necessitata nel *quomodo*. Solo laddove, quindi, non vi è alcuna possibilità di scelta da parte della P.A. procedente, la giurisdizione in materia di sanzione di natura non pecuniaria è del giudice ordinario<sup>33</sup>.

La natura esclusivamente afflittiva e il potere interamente vincolato della norma che definisce dettagliatamente il fatto che integra la violazione stabilisce l'obbligo di applicare la sanzione determinandone in via esclusiva e non alternativa il contenuto anche in relazione alla durata, con la prescrizione inderogabile del minimo e del massimo irrogabili. A quel punto l'applicazione della sanzione consegue ad un obbligo di legge, derivante dalla commissione del fatto illecito, accertata dall'autorità di polizia, e non costituisce il risultato di un'autonoma attività di vigilanza e controllo dell'autorità amministrativa irrogante.

Questo importante ripensamento giurisprudenziale ci consente oggi di azzardare qualche conclusione sulla giurisdizione, venendo a specificarsi (attraverso qualche grossa semplificazione) che, eccezion fatta per i casi di giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, le sanzioni non pecuniarie, comminabili in carenza di discrezionalità, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla loro specifica afflittività.

Una interessante applicazione dei ridetti principi è dato ravvisare nelle numerose pronunce di primo grado (inappellate) nelle quali il giudice amministrativo ha declinato la propria competenza avuto riguardo a talune sanzioni previste dalla legislazione emergenziale per fronteggiare l'epidemia da COVID-19. Con riferimento, ad esempio, alla disciplina di cui all'art. 4, comma 2, del d.l.ec n. 19 del 2020, convertito in l. n. 35 del 2020 – che prevede espressamente quale sanzione accessoria non alternativa la chiusura dell'esercizio da 5 a 30 giorni nei casi di cui all'art. 1, comma 2, lettere i), m), p), u), v), z) e aa) – si è infatti riconosciuto che trattasi indiscutibilmente di fattispecie in cui risultano predeterminate sia la condotta sia la sanzione minima e massima, così che «la sanzione accessoria ha natura esclusivamente afflittiva al pari di quella pecuniaria alla quale si aggiunge ancorché senza alcun collegamento causale o consequenziale». Ne discende «*che non venga in tal caso, in rilievo alcun potere discrezionale, in quanto l'autorità è priva del potere di stabilire se applicare la sanzione, né può articolarne il contenuto come nelle sanzioni ripristinatorie della situazione modificata a causa della condotta illecita*» e in considerazione del fatto che non risulta ascrivibile all'esercizio di un potere propriamente discrezionale la mera determinazione dei giorni di chiusura del locale aperto al pubblico, da effettuarsi dalla stessa tra un minimo e un massimo, rigorosamente predeterminati dalla

---

<sup>33</sup> L'ordinanza richiama anche la assai più risalente Cass., n. 134 del 2001, che ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo in ragione del paradigma normativo applicabile, ovvero l'art. 22 della l.r. Emilia Romagna n. 17 del 1991, nonché n. 14633 del 2011, ove è precisato che in caso di sanzione alternativa o autonoma rispetto a quella pecuniaria è rilevante, ai fini della qualificazione della natura e funzione della sanzione, verificare se essa sia «*il mezzo prioritario per attuare la legge violata*».

norma<sup>34</sup>. A tutto ciò consegue che la afflittività della misura irrogata ne implica la portata “sanzionatoria” e le conseguenti garanzie anche procedurali nella irrogazione; ma è l’obbligo applicativo e contenutistico a sancirne il regime delle tutele.

## **6. La rimozione dell’occupazione di suolo pubblico nella normativa a tutela della sicurezza delle città.**

Con la legge 15 luglio 2009, n. 94, è stato inserito un particolare tipo di rimedio avverso occupazioni abusive di suolo pubblico che va ad aggiungersi a quelli già previsti e che ha dato luogo a un interessante contenzioso che attinge i principi poco sopra enunciati. Trattasi dell’art. 13, commi 16, 17 e 18. La norma prevede dunque che fatta salva l’applicazione dei provvedimenti dell’autorità per motivi di ordine pubblico (per esempio, ordinanze contingibili e urgenti), in tutti i casi di indebita occupazione di suolo pubblico riconducibile o al reato di cui all’articolo 633 del codice penale o alla fattispecie di cui all’articolo 20 del codice della strada, il sindaco per le strade urbane e il prefetto per quelle extraurbane o per ogni luogo quando ricorrono motivi di sicurezza pubblica, possono ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a spese degli occupanti<sup>35</sup>.

In caso di accertamento di tali illeciti, peraltro, è prevista sempre la trasmissione di copia del verbale di accertamento alla Guardia di finanza (art. 1, comma 18), ai sensi dell’art. 36 della del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Come affermato da subito dai primi commentatori, la tipologia di provvedimento previsto da questa disposizione non è riconducibile al *genus* delle ordinanze contingibili ed urgenti, pur nascendo da esigenze di sicurezza, *lato sensu* intesa. Con tale norma si generalizza caso mai una specifica sanzione accessoria riferita a due diverse tipologie di illecito, penale (art. 633 c.p.) e amministrativo (art. 20 Codice della strada), in quanto esplicitamente richiamati<sup>36</sup>. Il tema è stato affrontato nuovamente dal dal d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, che ha inteso peraltro valorizzare in termini più generali la potestà regolamentare del comune in materia di “sicurezza delle città”, e dunque in una visione prospettica ben diversa da quella a carattere economico comunque

---

<sup>34</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 25 marzo 2021, n. 3699; *id.*, 22 dicembre 2020, n. 13868; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 2559.

<sup>35</sup> La disposizione opera un non del tutto chiaro distinguo tra le esigenze di “ordine pubblico”, che necessitano l’intervento dell’apposita Autorità preposta alla relativa tutela e quelle di “sicurezza pubblica”, che invece consente sempre al Prefetto di intervenire. Il concetto di ordine pubblico scompare peraltro con il d.l. n. 14 del 2017, (che viene richiamato solo nell’art. 11, ma limitatamente al settore delle occupazioni arbitrarie di immobili) a favore della diversa nozione di sicurezza pubblica, sub specie di sicurezza urbana. In passato la Corte costituzionale aveva più volte precisato come la sicurezza pubblica si riferisce all’integrità fisica e all’incolumità delle persone e si sostanzia in un concetto differente rispetto a quello più ampio di ordine pubblico, richiamato nell’art. 2 Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (la sicurezza pubblica si riferisce all’integrità fisica e all’incolumità delle persone e si sostanzia in un concetto differente rispetto a quello più ampio di ordine pubblico, richiamato nell’art. 2 Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza).

<sup>36</sup> Ragioni di sintesi inducono a non approfondire oltre la tematica del rapporto tra le due fattispecie, che la giurisprudenza penale ha talvolta ritenuto sussistere in concorso tra di loro, essendo diversa l’obiettività giuridica delle due norme, la prima in quanto posta a tutela del patrimonio, l’altra della sicurezza della circolazione stradale.

sottesa alla riscossione del canone. Il legislatore dunque da un lato ha riscritto per l'ennesima volta il potere di ordinanza del sindaco per la tutela della "sicurezza urbana"<sup>37</sup>; dall'altro, ha delimitato inediti spazi di intervento per i regolamenti comunali. Si è cercato in tal modo di porre rimedio ad una delle principali contraddizioni sorte a seguito della novella dell'art. 54 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, attuata con l'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla legge 24 luglio 2008, n. 125. In primo luogo, mediante l'inserimento del comma 7-ter nell'art. 50, dunque, concernente il potere di ordinanza del Sindaco quale capo del governo locale, è stata attribuita ai comuni la potestà di dotarsi di appositi regolamenti nelle medesime materie per le quali gli è riconosciuto di provvedere in via d'urgenza. Si tratta delle *«situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche»*. In secondo luogo, si è demandata ai regolamenti comunali di polizia urbana la possibilità di *«individuare aree urbane su cui insistono scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli ovvero adibite a verde pubblico»*, nell'ambito delle quali applicare a chi ponga in essere condotte che ne impediscono l'accessibilità e la fruizione, in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi, la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 100 a euro 300 e il contestuale ordine di allontanamento dal luogo in cui è stato commesso il fatto<sup>38</sup>. Va peraltro precisato che l'art. 5, comma 1, lett. c) del decreto rimette ai patti per l'attuazione della sicurezza urbana la "valorizzazione" di forme di collaborazione interistituzionale tra le amministrazioni competenti quale tipico strumento di sicurezza partecipata anche l'eventuale supporto all'ente locale nell'individuazione delle aree urbane da sottoporre alla particolare tutela di cui all'articolo 9, comma 3 dello stesso.

Nel complicato gioco di rimandi riveniente dalle numerose clausole di rinvio agli illeciti previsti dalle varie norme richiamate (ad esempio, l'art. 29 del d.lgs. n. 114 del 1998 per quanto concerne il commercio su aree pubbliche, senza peraltro distinguere all'interno dello stesso le varie tipologie di

---

<sup>37</sup> Per la ricostruzione della genesi e dei contenuti all'attualità della dizione di sicurezza urbana si veda A. Manzione, Potere di ordinanza e sicurezza urbana, in Fedarlismi.it, 13 settembre 2017, n. 17.

<sup>38</sup> La possibilità di applicare l'ordine di allontanamento alle aree destinate a fiere, mercati o pubblici spettacoli è stata inserita con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132. Per completezza va ricordato che l'ordine di allontanamento è previsto anche, senza necessità di apposita previsione regolamentare:

- quando lo stazionamento avviene nelle aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze;
- in "aggiunta" alle sanzioni previste per le fattispecie di cui agli artt. 688 c.p. (Ubriachezza), 726 c.p. (Atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio), 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (Violazioni in materia di commercio su aree pubbliche), 7, comma 15-bis, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (parcheggiatore o guardiamacchine abusivo), 1-sexies del d.l. 24 febbraio 2003, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2003, n. 88 (c.d. "bagarinaggio").

violazioni), il richiamato comma 3 dell'art. 9 fa salva anche l'applicazione dell'art. 52, comma 1-ter, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali) e dell'art. 1, comma 4, del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività -SCIA-, silenzio assenso e comunicazione di inizio lavori e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124)<sup>39</sup>. La prima di tali disposizioni, al fine di assicurare il decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti, nonché delle aree a essi contermini, avoca al livello statale (i competenti uffici territoriali del ministero per i beni e le attività culturali, *id est* le Soprintendenze), seppure d'intesa con la regione e i comuni, l'adozione di determinazioni volte a vietare gli usi da ritenere non compatibili con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione, comprese le forme di uso pubblico non soggette a concessione di uso individuale, quali le attività ambulanti *–recte*, itineranti - senza posteggio, nonché, ove se ne riscontri la necessità, l'uso individuale delle aree pubbliche di pregio a seguito del rilascio di concessioni di posteggio o di occupazione di suolo pubblico<sup>40</sup>. L'art. 1, comma 4, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222, egualmente prevede, a riprova della ribadita necessità di porre alcuni argini al processo di liberalizzazione delle attività economiche nell'ambito delle scelte di governo, un invertito assetto delle competenze, per cui è il comune, d'intesa con la regione, sentito il competente soprintendente del ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ad adottare le deliberazioni volte a individuare, sentite le associazioni di categoria, zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione, l'esercizio di una o più attività, in quanto ritenuta non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale. Come si vede da un'analisi comparata delle disposizioni richiamate, le finalità di tutela finiscono per essere sovrapponibili, laddove al Comune è consentito in maniera più ampia riservarsi l'imposizione del titolo abilitativo espresso, così da demandare al momento del relativo rilascio la verifica della compatibilità con l'assetto dei luoghi che si vogliono tutelare. La possibilità, cioè, di imporre un titolo di legittimazione che non sia la segnalazione certificata di inizio di attività, prevista in tutte le altre aree del territorio, anche per reintrodurre surrettiziamente il controllo della tipologia o categoria merceologica e valutarne la compatibilità con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, diviene strumento per controllarne l'insediamento. Ovviamente, affinché ciò non si risolva in una limitazione indiscriminata della concorrenza in dispregio delle disposizioni europee recepite

---

<sup>39</sup> Con il risultato che l'ordine di allontanamento "accede" a tutte le ulteriori fattispecie di illecito esplicitamente menzionate, ovvero a generici comportamenti impeditivi della fruizione collettiva del suolo, quale tipicamente la sua occupazione nei luoghi individuati a livello regolamentare, ove potrebbe addirittura trovare spazio una procedimentalizzazione operativa della relativa applicazione.

<sup>40</sup> La disposizione si completa con la riconosciuta possibilità di "riesame" ex art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990 delle autorizzazioni e delle concessioni di suolo pubblico non ritenute più compatibili con le esigenze di tutela fatte proprie dalla norma, anche in deroga alla disciplina regionale.

nelle d.lgs. 59/2010, si prevede un costante monitoraggio da parte del ministero dei provvedimenti adottati. Allo scopo, le deliberazioni adottate sulla base di tale norma devono essere trasmesse alla competente soprintendenza del ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e al ministero dello sviluppo economico per il tramite della regione. La digressione intrapresa, tuttavia, mette in luce la astratta sovrapposibilità di assetti regolatori diversi, anche a livello locale, giusta le variegate possibilità di intervento, in ragione dei diversificati interessi pubblici evidenziati, previste dal legislatore.

Limitandosi, dunque, ad alcuni dei possibili strumenti di eliminazione di un'occupazione abusiva, va rimarcato come il provvedimento (scritto) del Sindaco o del Prefetto previsto dalla normativa del 2009 è rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione; al contrario, l'ordine di allontanamento è doveroso al ricorrere delle condizioni date, come dimostrato dalla perentorietà dei termini utilizzati dal legislatore, al pari, del resto, dell'attivazione della sanzione accessoria del ripristino dello stato dei luoghi prevista dall'art. 20 del Codice della Strada e della rimozione dell'abuso cui fa riferimento, da ultimo, la legge n. 160 del 2019. Sicché a parità di effetto afflittivo, utilizzando il paradigma da ultimo fornito dalle Sezioni unite della Cassazione, le relative opposizioni vanno ricondotte alla competenza del giudice ordinario, salva la prima ipotesi richiamata, pur incidendo comunque la misura su diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà di movimento<sup>41</sup>.

Le sentenze del Consiglio di Stato aventi ad oggetto il provvedimento di chiusura dell'attività commerciale che ha posto in essere un'occupazione abusiva di suolo pubblico sono moltissime, e per lo più già andavano nella direzione da ultimo tracciata dai giudici di legittimità: avendo il legislatore utilizzato il verbo "possono", a sottolineare il discrezionale esercizio del potere, la competenza a decidere sui ricorsi va attribuita al giudice amministrativo.

Occorre se mai chiedersi se siano ancora attuali le stesse affermazioni ove riferite alla determina dirigenziale che dà attuazione ad una previsione regolamentare a monte, non impugnata, che ne ha imposto l'adozione a presupposti dati, addirittura indicando l'entità dei giorni di chiusura nell'ambito del tetto massimo fissato dal legislatore. Ciò laddove evidentemente, *mutatis mutandis* quanto richiamato a proposito degli avvisi di accertamento, non si intenda attraverso l'atto conseguente censurare vizi dell'atto regolamentare presupposto. Per contro, la giurisprudenza ha al riguardo affermato con riferimento alla scelta regolamentare attuata dal Comune di Roma Capitale: *«La norma attributiva del potere conferisce al sindaco una facoltà discrezionale di chiusura dell'attività*

---

<sup>41</sup> Diversa è la questione con riferimento al c.d. DASPO urbano, ovvero il divieto di accesso indirizzato ad una singola persona in alcune zone su ordine del Questore. Esso viene definito come fattispecie a formazione progressiva, nel senso che l'ordine man mano che passa il tempo assume caratteristiche diverse. Dopo una prima fase necessaria in cui il contravventore è raggiunto dal provvedimento di allontanamento dell'organo accertatore e dalla sanzione amministrativa irrogata dal sindaco, si apre una fase eventuale, con finalità preventiva e non punitiva, in cui il Questore, in presenza di determinati presupposti può confermare il divieto di ingresso in una zona urbana estendendolo fino a 2 anni. Si tratta di un provvedimento collegato strumentalmente con quello dell'organo accertatore ma autonomamente impugnabile perché autonoma è la sua natura.

*commerciale per un termine non inferiore a cinque giorni. Nella specie, il sindaco di Roma, in assenza di vincoli normativi in ordine alle modalità di esercizio del potere discrezionale, lo ha legittimamente esercitato, all'esito di una complessiva comparazione degli interessi rilevanti, mediante l'adozione di un atto di natura generale. In particolare si è ritenuto che per le ragioni indicate nell'atto in tutti i casi in cui fosse stata accertata l'occupazione abusiva di suolo pubblico, in determinate zone storiche della città di Roma, sarebbe stato necessario applicare anche la sanzione della chiusura dell'attività commerciale. La particolare situazione in cui versavano ampie zone della parte storica ha pertanto giustificato l'adozione di un provvedimento di valenza generale con il quale si è disposta l'applicazione delle sanzioni previste» (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1611). Per completezza, è interessante ricordare come in relazione alla potenziale violazione delle disposizioni in materia di liberalizzazione, si è comunque affermato che l'esercizio di un potere di tipo sanzionatorio può sempre legittimamente limitare l'iniziativa economica garantita dall'articolo 41 della Costituzione. Nel caso di specie, la sua riconducibilità al potere di ordinanza ordinario, oltre a renderlo rispettoso delle indicazioni rivenienti dalla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115, che, come noto, ha inciso sul comma quattro dell'articolo 54 del T.u.e.l. laddove aveva inserito la possibilità di adottare anche provvedimenti ordinari per ragioni di sicurezza urbana, ben si concilia con la sua riconduzione allo strumento regolamentare tipicamente espressivo del potere normativo dell'organo elettivo del Comune. Viene infatti ritenuto «conforme a costituzione la previsione normativa attributiva di un potere sindacale ordinario che contenga sia il fine pubblico da raggiungere (cosiddetta legalità-indirizzo) sia contenuto in modalità di esercizio del potere (cosiddetta legalità-garanzia)». Ciò anche relativamente alla scelta di elevare a livello generale il potere sanzionatorio stabilito dalla norma, fissandone appunto i presupposti con apposito regolamento e con ciò trasformando in verità una mera facoltà, correlata alla valutazione dei singoli interessi in gioco, ivi compresa, si ritiene, la concomitante attivazione di diversi procedimenti sanzionatori, in obbligo di irrogazione<sup>42</sup>. Spetterebbe dunque al giudice ordinario valutare la legittimità della sopravvenienza del provvedimento a distanza di molto tempo dalla commessa violazione, laddove al contrario il giudice amministrativo ha ritenuto ininfluenza finanche l'avvenuto ripristino della situazione di legalità, proprio in ragione della portata "ineludibile" della sanzione prevista. La cessazione dell'illegittima occupazione, il ripristino dei luoghi e il pagamento delle sanzioni irrogate da parte del contravventore non fanno venire meno, infatti, gli «indefettibili presupposti» per l'adozione del provvedimento di chiusura dell'esercizio, «dal momento che quei fatti sopravvenuti all'accertato abuso non possono avere natura di eliminazione dell'abuso stesso, laddove il*

---

<sup>42</sup> Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2892.

*provvedimento di chiusura ha natura sanzionatoria e va comunque adottato, la chiusura dell'esercizio per un periodo di cinque giorni rappresentando la misura minima della sanzione in caso di occupazione indebita di suolo pubblico per fini commerciali »<sup>43</sup>.*

## **7. Problematiche di *ne bis in idem*.**

La astratta applicabilità di una pluralità di sanzioni impone di domandarsi anche se le stesse concorrano tra di loro ovvero si elidano a vicenda, giusta la applicabilità del principio del *ne bis in idem*, che costituisce il limite negativo alla disciplina del concorso formale di illeciti, seppure mitigato in termini di proporzionalità dal regime del cumulo giuridico<sup>44</sup>.

Va ricordato brevemente come il principio del *ne bis in idem* ha subito negli ultimi anni una radicale trasformazione, perdendo la propria connotazione – esclusivamente processuale – di baluardo contro la sottoposizione, per il medesimo illecito, a due distinti procedimenti, originariamente penali, e divenendo garanzia sostanziale di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio.

Preliminarmente, esso si declina dunque nel divieto di instaurare o proseguire un nuovo procedimento sugli stessi fatti o circostanze già oggetto di un precedente giudizio ovvero di un diverso procedimento. La *ratio* tutela, quindi, l'autorità della cosa giudicata e la certezza del diritto.

Tale divieto è codificato, nell'ordinamento interno, dall'art. 649 c.p.p., con implicita copertura costituzionale negli artt. 24 e 111 Cost. A livello internazionale, invece, il principio in esame è stato positivizzato dall'art. 4 p. 1 del VII Protocollo addizionale della CEDU e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (dotata di efficacia vincolante al pari dei Trattati).

Astrattamente, tuttavia, come si evince dalle statuizioni delle Corti EDU e UE e dalle conclusioni della Suprema Corte di Cassazione, esso non si pone in contrasto con la tendenziale legittimità del c.d. doppio binario sanzionatorio<sup>45</sup>. Una recente pronuncia dei giudici di legittimità aveva già tentato di mitigare la portata di tale ricostruzione, basata sulla sostanziale possibilità di duplicare i regimi sanzionatori. Si è dunque affermato che ai fini del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4, §1, Protocollo n. 7 alla Convenzione EDU, la natura (sostanzialmente) penale della sanzione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno deve essere valutata applicando i cd. “*Engel criteria*”, ma la violazione non sussiste nei casi di litispendenza, quando cioè una medesima persona sia perseguita o

---

<sup>43</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2017, n. 2198.

<sup>44</sup> L'art. 8 della l. n. 689 del 1981, tuttavia, pare limitarlo ai soli casi di sanzioni amministrative pecuniarie, almeno secondo la lettura restrittiva dell'intero sistema dell'illecito amministrativo di cui ampiamente nel testo.

<sup>45</sup> V. A. Procaccino, *Ne bis in idem: un principio in evoluzione- Assestamenti e osmosi nazionali sul bis in idem* in *Giur. It.*, 2019, 6, 1957; D.Cimadomo, *Ne bis in idem: un principio in evoluzione-Illecito amministrativo e reato: un'apparente ipotesi di bis in idem*, in *Giur. It.*, 2019, 6, 1457; B. Lavarini, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem; la crisi del “doppio binario”*, in *Dir. Pen. E Processo*, 2014, 12, Supplemento, 82 (commento alla normativa).

sottoposta contemporaneamente a più procedimenti per il medesimo fatto storico e per l'applicazione di sanzioni formalmente o sostanzialmente penali, oppure quando tra i procedimenti vi sia una stretta connessione sostanziale e procedurale. In tali casi deve essere garantito un meccanismo di compensazione che consenta di tener conto, in sede di irrogazione della seconda sanzione, degli effetti della prima così da evitare che la sanzione complessivamente irrogata sia sproporzionata. Ne consegue che in caso di sanzione (formalmente amministrativa ma) sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU, irrevocabilmente applicata all'imputato successivamente condannato in sede penale per il medesimo fatto storico, il giudice deve commisurare la pena tenendo conto di quella già irrogata, utilizzando, a tal fine, il criterio di ragguglio previsto dall'art. 135 c.p., applicando, se del caso, le circostanze attenuanti generiche e valutando le condizioni economiche del reo. Il meccanismo di compensazione non si applica se la sanzione amministrativa è stata precedentemente pagata da persona diversa dal reo<sup>46</sup>.

La Corte costituzionale tuttavia si è spinta assai più avanti con la sentenza n. 149 del 10 maggio 2022, i cui effetti sul piano pratico nell'ambito del diritto punitivo sono ancora da scrutinare. I giudici della Consulta hanno dichiarato la illegittimità costituzionale proprio dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato, al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei relativi protocolli, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), apporta nuova linfa propulsiva alla tematica di riferimento. Nel caso di specie la Corte ha censurato la norma in quanto non impone al giudice di pronunciare una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsto dall'art. 171-ter della l. n. 633 del 1941, sulla tutela del diritto d'autore, il quale, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della legge medesima. Ciò si pone infatti in contrasto con la *ratio* del principio del *ne bis in idem*, ovvero «*quella di evitare che un soggetto sia sottoposto ad un'ulteriore sofferenza nonché a costi economici, ovvero a quelle che sono le conseguenze naturali di un nuovo processo a fronte di fatti per i quali esso sia già stato giudicato. Sono presupposti per la configurazione del ne bis in idem: la sussistenza di un medesimo fatto, la sussistenza di una previa decisione (che concerna il merito della responsabilità penale dell'imputato e che sia divenuta irrevocabile) nonché la sussistenza di un secondo procedimento o processo di carattere penale per*

---

<sup>46</sup> Cass., sez. III penale, 20 gennaio 2022, n. 2245.

*quei medesimi fatti*». Laddove tuttavia la nozione di sanzione “penale” attinge largamente all’elaborazione europea, piuttosto che alla codifica di diritto positivo nazionale.

La Corte conclude affermando la propria consapevolezza dell’insufficienza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma *in parte qua*, rivolgendo un monito in senso correttivo al legislatore «*nel quadro di un’auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio*».

## CONCLUSIONI.

La necessità di realizzare in Italia una radicale semplificazione normativa, accompagnata da quella amministrativa, viene unanimemente indicata dagli analisti, da rapporti internazionali e nazionali, nonché dalle forze politiche e dai settori produttivi, come un elemento essenziale per il rilancio del Paese. E ciò, sia in termini di competitività delle imprese, sia in termini di qualità della vita dei cittadini, favorendo l’accesso ai servizi e la tutela dei diritti. L’efficienza e la competitività del sistema produttivo, la crescita economica e la stessa qualità della vita risentono della qualità della regolazione, non meno che della semplificazione amministrativa: la deflazione normativa, la migliore e più coerente produzione e manutenzione delle regole scongiurano infatti il rischio di un’incertezza del diritto che alligna nell’eccesso di norme, soprattutto se confuse e contraddittorie, la quale può condurre alla negazione del diritto stesso e a porre le premesse per comportamenti illegali.

Quanto detto, tuttavia, come vale necessariamente nella fase di avvio delle attività economiche, non può non valere anche con riferimento alla eventuale patologia del relativo esercizio, sì da rendere la sanzione afflittiva in maniera commisurata al comportamento tenuto, e comunque non radicalmente ostativa, per reiterazione e non per intensità, alla loro prosecuzione.

L’interprete dunque, nel dipanare la intricata matassa di norme, nazionali e locali mal coordinate e sovrapposte, deve comunque tenere conto di tali elementari principi di garanzia, evitando la duplicazione di procedimenti sanzionatori, volti a censurare sotto l’egida della apparente diversità del valore giuridico tutelato la medesima condotta, addirittura con sanzioni di identico contenuto. Evidenti ragioni di sintesi non consentono di attingere anche le problematiche urbanistico-edilizie, igienico-sanitarie, ovvero ambientali connesse alla realizzazione in ampliamento di locali preesistenti della superficie destinata alla vendita o alla somministrazione di alimenti e bevande<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Per un’interessante ricostruzione della disciplina vigente con riferimento alle strutture *lato sensu* denominate *dehors* utilizzate per lo più per la somministrazione di alimenti e bevande all’aperto, v. Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2022, n. 32, relativo alle c.d. “pergotende”. L’art. 6 del d.P.R. n. 380/2001 elenca una serie di opere eseguibili senza alcun titolo abilitativo, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali: tale elencazione, consentendo la realizzazione di interventi edilizi che non comportano/consentono alcun tipo di controllo da parte dell’autorità pubblica, deve ritenersi in sé tassativa, ferma restando l’eventuale elasticità delle definizioni utilizzate, che può richiedere un’opera interpretativa del giudicante. In particolare va ricordata la definizione di opera stagionale (lett. *e-bis*), che presuppone un tempo di installazione correlato all’utilizzo e comunque non superiore a 180 giorni, incluso montaggio e smontaggio; lett. *e-ter*), consistenti in opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni, che non può mai ricomprendere le strutture soprastanti una pedana, i cui elementi portanti sono costituiti da pilastri, travi e tetto; lett. *e-quinquies*), ovvero “area

Se si eccettuano i profili di natura tributaria, dunque, la consistenza dell'abuso, tale da farlo assurgere a edificazione *sine titulo*, con quanto ne consegue in termini di rispetto delle eventuali disposizioni vincolistiche vigenti, dovrebbe indurre a riflettere sulla sua riconducibilità anche a tutte le ulteriori fattispecie di illecito astrattamente configurabili, laddove non sia ravvisabile un elemento certo di specialità di ciascuna di esse. A titolo di esempio, l'avvenuta attivazione del procedimento di cui all'art. 211 del Codice della strada, dovrebbe essere valutato al fine dell'applicazione di ulteriori misure della rimozione immediata dell'illecito, a maggior ragione ove introdotta più volte e con distinte finalità in distinti regolamenti comunali, di fatto riproducendo a livello locale le brutte abitudini regolatorie che affliggono la legislazione nazionale. E comunque, ancora una volta, è la Consulta a farsi da propulsore verso una razionalizzazione normativa che guidi a maggior ragione le scelte di politica punitiva, evitando di affidarle a spinte emozionali del momento e comunque imponendo la consapevole messa a sistema di tutte le possibili conseguenze di una condotta astrattamente *contra ius*.

**Antonella Manzione**

Consigliere di Stato

Publicato il 29 settembre 2022

---

*ludica senza fini di lucro*” o “*elemento di arredo*” di area pertinenziale all’edificio, cui non è mai riconducibile un’area destinata ad ospitare la clientela dell’esercizio, perciò destinata ad un fine non ludico né di mero arredo, ma invece di lucro. Quanto sopra trova conferma nelle previsioni del D.M. 2 marzo 2018, pubblicato nella G.U. 7 aprile 2018 n.81, di “*Approvazione del glossario contenente l’elenco non esaustivo delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera*”, ai sensi dell’articolo 1, comma 2 del citato d. lgs. 222/2016, il quale individua tra le principali opere di edilizia libera, riconducibili all’art. 6, comma 1, lett. *e-quinquies*), singoli arredi (quali barbecue, fioriere, fontane, muretti, panche), giochi per bambini, pergolati di limitate dimensioni, ricoveri per animali domestici e da cortile, ripostigli per attrezzi, sbarre d’accesso, separatori, stalli per biciclette, elementi divisorii e “*tende, tende a pergola, pergotende, coperture leggere di arredo*”; e tra le opere riconducibili all’art. 6, comma 1, lett. *e-bis*), i *gazebo*, gli *stand* fieristici, i servizi igienici mobili, elementi di esposizione vari, aree di parcheggio, tensostrutture, pressostrutture e assimilabili. La norma va integrata con le previsioni dell’art. 3, comma 5, che definisce gli interventi di nuova costruzione, dai quali sono stralciati quelli volti ad edificare manufatti “*diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee*”, nonché “*tende*” e “*unita’ abitative mobili con meccanismi di rotazione in funzione, e loro pertinenze e accessori, che siano collocate, anche in via continuativa, in strutture ricettive all’aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, che non posseggano alcun collegamento di natura permanente al terreno e presentino le caratteristiche dimensionali e tecnico-costruttive previste dalle normative regionali di settore ove esistenti*”.