



13 AGOSTO 2025

federalismi.it

Fascicolo n. 22/2025



ISSN 1826-3534

Numero 22, 2025

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Federica Fabrizzi

Comitato di direzione: Andrea Biondi, Luisa Cassetti; Marcello Cecchetti; Carlo Curti Gialdino; Renzo Dickmann; Antonio Ferrara; Tommaso Edoardo Frosini; Diana Urania Galetta; Roberto Miccù; Andrea Morrone; Giulio M. Salerno; Sandro Staiano.

Redazione: Federico Savastano (Redattore Capo); Stefano Aru; Francesco Battaglia; Cristina Bertolino; Giovanni Boggero; Tanja Cerruti; Caterina Domenicali; Giovanni Piccirilli; Massimo Rubechi; Martina Sinisi; Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: Simone Barbareschi; Andrea Caravita di Toritto; Adriano Dirri; Eleonora Iannario; Nicola Pettinari; Giulia Renzi; Francesco Severa; Sergio Spatola, Giulia Vasino.

E-mail: redazione@federalismi.it

Sommario

EDITORIALE

- Il negoziato UE-USA sui dazi e la politica commerciale europea. prove di forza oltre le debolezze, di *Serena Sileoni*..... iv

SAGGI E ARTICOLI

- L’attuazione del PNRR tra prassi e giurisprudenza costituzionale: la *cartina al tornasole* dei perduranti abusi della decretazione d’urgenza, di *Antonia Maria Acierno* 1
- La Corte costituzionale “allo specchio”: *Cappato II* e il giudizio di costituzionalità sui propri precedenti. Quali coordinate minime?, di *Gaia Atzori* 50
- La tutela della disabilità in guerra: una prospettiva di diritto internazionale, di *Valentina Chabert*....75
- A piccoli passi verso una nuova rete pubblica di infrastrutture per le telecomunicazioni?, di *Francesco Dalla Balla* 103
- Forme di prevenzione antimafia nello spettro delle regole e dei principi del nuovo codice degli appalti, di *Ludovico Di Benedetto e Jacopo Buongiorno* 143
- Nel mare mosso delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: i principi giuridici come architrave di uno “statuto” del sistema, di *Luca Fanotto* 184
- L’Autorità per la lotta al riciclaggio (AMLA): un nuovo modello europeo di supervisione?, di *Francesca Maria Mancioppi*.....221
- I beni culturali esposti dalla digitalizzazione: ma è davvero tutto oro ciò che luccica? Uno sguardo sui beni e sui “mali” culturali della rivoluzione digitale, di *Antonio Mitrotti*.....235
- Vingt ans de diplomatie démocratique Onusienne: Le Fonds des Nations Unies pour la Démocratie à l’épreuve du droit international public, di *Francesco Seatzu* 271
- Mito della concorrenza e desertificazione: il “modello Preston” e il principio di prossimità, di *Stefano Vinti*.....290

Il negoziato UE-USA sui dazi e la politica commerciale europea.

Prove di forza oltre le debolezze

di Serena Sileoni

Professoressa associata di Diritto costituzionale
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Napoli

I dettagli operativi non ci sono ancora e non saranno secondari. L'accordo non ha, almeno per il momento, natura giuridica, come si sono affrettati a dire gli uffici della Commissione europea. L'accordo raggiunto in Scozia tra Ursula von der Leyen e Donald Trump fornisce solo una cornice disegnata unendo pochi, primi punti fermi.

Ciò che si sa è che il tetto massimo dei dazi sarà, reciprocamente, del 15%. Meno di quanto annunciato da Trump nel Giardino delle rose e, di media, sotto la media di quanto concordato con singolarmente con gli altri paesi dopo il 2 aprile (10% UK, 15% Giappone e Corea del Sud, 30% Cina), di più dello “zero per zero” sperato dal governo italiano e anche dalla Commissione europea, quantomeno per i beni industriali. Va anche detto che il tetto del 15% è al lordo dell'attuale, che si attesta sul 5%. Questo vuol dire che il dazio medio aggiuntivo è tra il 10 e l'11%. Ulteriore punto dell'accordo è l'acquisto di armi e gas liquido americani. Non si tratta semplicemente di una gentile concessione agli Stati Uniti. L'Europa deve, e forse vuole, avere una sua capacità autonoma di difesa, ma prima di raggiungerla c'è un tempo di transizione nel quale le forniture è razionale che continuo a venire da dove venivano prima, ossia dall'industria statunitense. Quanto al gas liquido, l'alternativa a una totale sostituzione del gas russo non può, non almeno nell'immediato, venire da una produzione domestica, anche fosse, come non è, di energia nucleare, i cui impianti non si costruiscono in poche settimane. Ultimo punto noto è l'impegno dei 600 miliardi di dollari che in cinque anni le imprese europee potranno riversare in investimenti produttivi negli States. Come hanno puntualizzato da Bruxelles, non si tratta di una garanzia ma, trattandosi di spesa privata, solo di una stima auspicata.

Il resto dell'accordo è ancora in via di definizione.

Intanto, pone già riflessioni e interrogativi di natura legale, istituzionale, politica e economica, a partire dal suo primo, diretto effetto.

A dispetto delle intenzioni dichiarate di offrire “stabilità e prevedibilità per le aziende di entrambe le parti”, come si è già detto esso non è (ancora) giuridicamente vincolante. Ciò che esiste è, per il momento,

solo una bozza di dichiarazione congiunta siglata da una stretta di mano tra Trump e von der Leyen, la cui lettura peraltro è già divergente tra le due cancellerie, persino negli elementi meno soggetti a libera interpretazione. Ad esempio, per l'amministrazione di Trump il settore automotive resterebbe soggetto – come ora – al dazio del 27,5% introdotto all'inizio del suo secondo mandato, mentre per quella europea scenderebbe anch'esso al 15%. Mentre incalzano le trattative, si prolunga quel senso di attesa che è proprio il contrario della certezza e che, fin dall'insediamento di Trump e passando per il 2 aprile, grava sui rapporti commerciali tra i due sistemi giuridici.

Anche per questo la von der Leyen è stata criticata. Per non aver garantito non solo condizioni eque, ma nemmeno quel po' di certezza che occorre agli operatori commerciali e ai produttori europei.

Tuttavia, benché non elimini le incertezze, l'accordo ottenuto dalla Presidente della Commissione europea compra tempo e guadagna, anche per questo, la mitigazione dei rischi. Ciò è tanto più rilevante non solo in termini economici, dove ogni giorno guadagnato è un dazio risparmiato, ma anche per un motivo più generale che, se non fosse un termine ormai abusato, si potrebbe definire di resilienza. Mentre Trump agita le acque del mondo, l'Europa resista alla tempesta in attesa che le acque si calmino. Mentre la virulenza dell'amministrazione trumpiana scuote il valore del dollaro, la credibilità delle istituzioni americane, la solidità della loro economia, la forza può essere quella di sopravvivere alle turbolenze altrui piuttosto che di accelerarle.

Ciò sembra tanto più strategico anche in considerazione dei dubbi relativi allo stesso potere di Trump di imporre dazi in via autonoma. Non sono solo dubbi accademici: negli Stati Uniti, sono in corso alcune iniziative giudiziarie volte a chiarire appunto se la base giuridica utilizzata da Trump per emanare i suoi *orders* in materia tariffaria sia sufficiente o se occorra, come da procedura ordinaria, un passaggio parlamentare di autorizzazione.

Al di là del fattore tempo, che forse non rappresenta nemmeno una strategia voluta dalla Presidente von der Leyen ma di cui si ritiene che si debba in ogni caso tenere conto, Ursula von der Leyen è stata accusata di aver umiliato l'Europa, anzi di averle inflitto “una umiliazione di portata storica”, come l'ha definita il prof. Monti dalle pagine del Corriere della Sera. Più isolata che mai, ne hanno quasi tutti preso le distanze: i capi dei governi nazionali anche più europeisti, da Macron a Merz, Da Tusk a Sanchez, con l'eccezione di Meloni; le categorie produttive più coinvolte, che si preparano così a chiedere sussidi e aiuti; frange di eurodeputati, che hanno già dichiarato di presentare una mozione di censura in parlamento.

Poteva, però, andare diversamente e poteva, von der Leyen, ottenere di più?

Probabilmente no, per diversi motivi di natura istituzionale, politica e economica.

Innanzitutto, in qualsiasi negoziato, a dare le carte è il più forte. La forza di Trump non è la sua personale virulenza. Basterebbe immaginarlo a capo di un Stato diverso, per rendersene conto. La sua forza è quella

di un paese che in solo un secolo e mezzo di storia ha determinato i caratteri attuali delle nostre istituzioni politiche, giuridiche, economiche e che, negli ultimi ottanta anni, ha garantito, dominandolo, un equilibrio internazionale di cui l'Europa ha beneficiato.

Non è il suo bullismo a spaventare anche l'Europa, ma il fatto che quel bullismo l'ha lasciata improvvisamente orfana dell'America che fu. Elaborare il lutto, se è consentita una metafora, non può voler dire recidere col passato, ma gestire una transizione. È questo che impedirebbe a chiunque, non solo alla Presidente della Commissione europea, di fare altro dal gestire come può questo passaggio, attutire il colpo, raffreddare i bollori, specie con il principale partner economico dell'Europa, che da solo pesa l'80% delle esportazioni europee ma che, soprattutto, è stato finora, e vorremmo che continui ad essere, un tutt'uno con il nostro continente, non solo per motivi economici, ma anche per la storia e la tradizione giuridica che ci accomuna e che, al tempo stesso, continua a distinguerci dal resto del mondo. Le tensioni commerciali tra Stati Uniti e Unione europea sono peraltro aumentate considerevolmente nel 2018, con la prima amministrazione Trump, per poi ridursi ma non venire eliminate del tutto anche sotto l'amministrazione Biden. Nonostante questo, l'economia europea ha mantenuto i suoi fondamentali, cosa che dimostrerebbe che un atteggiamento resiliente è forse più saggio e strategico di quanto non si creda. In secondo luogo, proprio perché la forza di Trump non è la sua forza ma quella di un paese di solide tradizioni democratiche, nessuno può dire fino a quando gli americani accetteranno di essere rappresentati dalla sua strategia nerboruta nelle faccende interne, effetto dazi compreso, e fino a che punto ne vorranno ratificare gli effetti, nel medio termine. Mentre l'Europa continua a dimostrare una sorta di continuità politico-istituzionale nonostante le grandi difficoltà di vario tipo accusate dall'inizio del millennio, col fallimento del Trattato costituzionale e la crisi dei debiti sovrani, il secondo mandato di Trump rappresenta, sotto ogni punto di vista e soprattutto sotto quello del senso istituzionale del proprio mandato, un vero e proprio strappo con la tradizione giuridica e politica americana. Quella specie di bullismo che ora appare un elemento di forza potrebbe però diventare, in un futuro non troppo lontano, un elemento di debolezza. Dopotutto, gli Usa restano una democrazia. Tra meno di due anni ci saranno le elezioni di mid term. Tra tre, le nuove elezioni presidenziali. Come Trump ha vinto sulle ceneri di un partito e di leader che non rappresentavano più il senso comune dell'America, non è detto che il suo grido di far tornare l'America grande non suoni, nel medio termine, come una minaccia interna. Nel frattempo, la pesante, imm modificabile Europa è probabile che continuerà a rimanere lì, nel bene e nel male, con i suoi lenti e inossidabili movimenti.

In terzo luogo, Trump e Von der Leyen non possono essere messi sullo stesso livello. Essere Presidente degli Stati Uniti d'America non è la stessa cosa, in termini di poteri, che essere Presidente della

Commissione europea. Ridotto all'osso, uno poteva recitare il ruolo di protagonista in commedia. L'altra doveva tenere insieme i fili di 27 diversi attori.

Si è già accennato al fatto che sono state intraprese azioni giudiziarie contro l'interpretazione che Trump ha dato del suo potere di imposizione dei dazi. Anche se le corti americane dovessero accertare un eccesso di potere negli ordini esecutivi sui dazi, i poteri del Presidente degli Stati Uniti non sono lontanamente paragonabili a quelli della Presidente della Commissione. Dietro al primo c'è uno Stato federale, con una sua forma di governo presidenziale che affida la politica estera al Presidente della federazione. Dietro la seconda, c'è una forma ermafrodita, per usare l'efficace metafora di Giuliano Amato, di cui la Commissione è rappresentante, ma non ha – e non può avere, per l'attuale “forma di governo” europea – potere governante.

Benché il commercio internazionale sia una competenza esclusiva dell'Unione europea, si tratta di una materia circoscritta e definita, rispetto alla politica estera, che è una delle funzioni del Presidente degli Stati Uniti e che, viceversa, non rientra tra le competenze dell'Unione.

L'art. 206 TFUE assegna all'Unione la responsabilità di tale settore, anche attraverso la promozione degli scambi commerciali con paesi terzi. Tale competenza esclusiva è l'altra faccia della medaglia del mercato interno. Avere infatti creato da un lato uno spazio di libera circolazione di merci e servizi con divieto di dazi interni e restrizioni equivalenti (art. 28 TFUE), ha equivalso dall'altro aver imposto un sistema doganale comune, che assicurasse un'unica politica daziaria in ingresso e in uscita per merci poi libere di circolare internamente. Come si vede, l'attribuzione risponde a una definita coerenza rispetto alla creazione di un mercato comune interno e non a un obiettivo di politica estera comune.

Peraltro, dire che il commercio internazionale sia una competenza dell'UE non vuol dire che sia decisa e gestita esclusivamente dalla Commissione. Questo è un argomento fondamentale per comprendere la validità delle critiche rivolte alla Presidente von der Leyen, come se avesse deciso e potesse decidere in completa autonomia rispetto agli altri organi dell'Unione e ai governi nazionali.

Nell'ambito di questa competenza, alla Commissione spetta infatti esprimere raccomandazioni ma soprattutto, per quel che qui interessa, dirigere i negoziati per gli accordi con i Paesi terzi. È la Commissione, quindi, a stare in prima linea, ma in retroguardia stanno sia il Consiglio che il Parlamento. Questi ultimi, infatti, deliberano secondo la procedura ordinaria le misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune. Inoltre, la Commissione deve essere autorizzata dal Consiglio ad avviare i negoziati e viene assistita, allo scopo, da un comitato speciale designato dal Consiglio medesimo, nel quadro delle direttive che esso può impartirle. È poi il Consiglio a concludere l'accordo deliberando, di norma, a maggioranza qualificata (art. 207). È sempre il Consiglio, su proposta della Commissione, a stabilire i dazi della Tariffa Esterna Comune (art. 31 TFUE). Il Parlamento, invece,

oltre a co-legiferare sul quadro attuativo della politica commerciale comune, esprime il proprio consenso obbligatorio alla definizione degli accordi (art. 218).

Date queste funzioni, la Presidente della Commissione non agisce su libero mandato, ma è il punto terminale di una catena di decisioni e di una volontà comune espressa dai governi nazionali, rispetto alle quali ritenerla isolata vuol dire scaricare su di lei una responsabilità che coinvolge gli altri organi europei e, con essi, i capi di governo degli Stati membri.

Dati questi motivi, se ci si aspettava che Ursula von der Leyen spuntasse un accordo volto a eliminare le tensioni correnti con gli Stati Uniti, probabilmente si avevano attese troppo alte.

Se, invece, ci si aspettava la mitigazione dell'impatto di una tensione non cercata, probabilmente si deve riconoscere alla Presidente di aver fatto, per ora, il possibile. Non solo temporeggiare e mitigare le percentuali. Ma anche parlare a una voce sola, nonostante la diversità di forma di governo tra USA e UE. La creazione di un mercato interno comune e di una politica daziaria unica, rivolta ad accordi internazionali che abbassassero i dazi e le forme equivalenti di barriere all'ingresso, ha reso l'Unione europea il più grande mercato unico al mondo. Al proprio interno, il libero scambio di prodotti è stato uno dei motori all'integrazione, non solo economica. All'esterno, il mercato unico si è proposto come un punto di riferimento per i mercati esteri, divenendo un sistema di incentivo alla liberalizzazione del commercio a livello mondiale. È stato possibile raggiungere quest'ultimo risultato, lo si ripete, grazie al fatto che la politica commerciale comune è una competenza esclusiva dell'Unione europea, la quale così può presentarsi ai negoziati internazionali con una voce sola, quella di una economia che il cui commercio estero vale – al maggio 2025 – più di 2600 miliardi di esportazioni e quasi 2500 miliardi di importazioni. Dopo la Cina (18,5%), l'Unione europea è la principale economia esportatrice di beni (15,7%), di 5,5 punti percentuali di distacco rispetto agli USA, ma è – di gran lunga – la principale esportatrice di servizi (24,5% contro il 17,5 degli USA e il 6,9% della Cina). Anche nelle importazioni di beni si contende il primato con i due paesi, ma stavolta sono gli States a superarla (USA 16,2%, Cina 14,3% e UE 13,6%). Per le importazioni di servizi, invece, anche in questo caso il sistema europeo primeggia, con distacco, sugli altri primi due ((24,2% contro 12,1% di USA e 10% di Cina). A livello cumulato, dunque, l'Unione europea è il principale esportatore di beni e servizi.

Questi risultati sono la forza sia del sostrato produttivo europeo che di quello giuridico che possono resistere, prima che reagire, anche a scossoni come quelli determinati dalle intemperanze dell'attuale politica commerciale estera americana.

Certo, nel frattempo i dazi annunciati o realizzati producono e produrranno le loro conseguenze. Se non si può sottovalutare il peso delle esportazioni verso gli Stati Uniti, non bisogna nemmeno sottostimare, come si è visto numeri alla mano, la forza del mercato unico europeo. Secondo le stime, tale forza



consentirebbe un impatto medio inferiore all'1%. Viceversa, oltre l'82% del sovrapprezzo si stima che sarà trasferito sui soggetti a valle della catena domestica e solo il restante 18% sarebbe a carico dei produttori europei, o sotto forma di riduzioni di prezzo o di limitazioni dei margini.

Avere da un lato consentito un mercato comune interno dall'altro affidato all'Unione la responsabilità del commercio internazionale ha aiutato l'economia dell'area europea a diventare la più importante per valore. Anche questo, sempre nel medio termine, non è poco.

L'attuazione del PNRR tra prassi e giurisprudenza costituzionale: la *cartina al tornasole* dei perduranti abusi della decretazione d'urgenza *

di **Antonia Maria Acierno**

Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Abstract [It]: Il saggio mostra come le vicende attuative del PNRR abbiano esacerbato tendenze pregresse del nostro sistema delle fonti, per quanto pertiene le prassi distorsive correlate al c.d. “abuso” del decreto-legge. All’esito dell’analisi, al fine di indagare gli effettivi strumenti tesi ad arginare il massivo ricorso al decreto-legge, da un lato, si analizzano i più recenti disegni di legge di revisione costituzionale aventi ad oggetto l’art. 77 Cost., dall’altro, si ricostruisce l’evoluzione discontinua della giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d’urgenza. In particolare, si analizzano le possibili implicazioni della sent. n. 146 del 2024 con cui la Corte costituzionale, dopo ben sedici anni, è tornata a sanzionare la mancata sussistenza dei presupposti giustificativi del decreto-legge.

Title: The implementation of the PNRR between practice and constitutional jurisprudence: the litmus test of ongoing abuses of emergency decrees

Abstract [En]: The essay demonstrates how the implementation of the NRRP has exacerbated previous trends in our system of sources with regard to the distortive practices related to the so-called “abuse” of the decree-law. Following this analysis, the study investigates the actual instruments aimed at curbing the massive use of decree-laws. To this end, the most recent constitutional revision bills concerning Art. 77 of the Constitution are analysed in critical detail. In addition, the discontinuous evolution of constitutional jurisprudence on emergency decrees is reconstructed. In particular, the desired follow-up to Judgment No. 146 of 2024 is analysed, in which the Constitutional Court, after sixteen years, returned to sanctioning the lack of justifying grounds for the decree-law.

Parole chiave: decreto-legge, PNRR, Corte costituzionale

Keywords: decree-law, NRRP, Constitutional Court

Sommario: 1. Premessa. 2. Il perdurante predominio del decreto-legge: le linee di continuità tra l'emergenza pandemica e l'attuazione del PNRR— a) L'esperienza pandemica: alcuni cenni; b) La conferma delle prassi distorsive del decreto-legge nell'attuazione del PNRR. 2.1. Il ricorso alla questione di fiducia. 3. Il PNRR e la definitiva *diluizione* dei presupposti giustificativi del decreto-legge. 4. L'evoluzione di un sindacato storicamente timido della Corte costituzionale sui vizi del decreto-legge. 5. La sentenza n. 146 del 2024. 6. I più recenti tentativi di revisione dell'articolo 77 Cost.: alcune perplessità di metodo e di merito. 7. L'auspicato seguito della sentenza n. 146 del 2024: alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (*hic et inde*, PNRR), in conformità alla procedura prevista dal Regolamento (UE) 2021/241, è stato predisposto dallo Stato italiano al fine di ottenere i prestiti e i sussidi del Dispositivo di Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Facility*), il più considerevole programma del

* Articolo sottoposto a referaggio.

Next Generation EU, il quale, come noto, è stato istituito dal Regolamento (UE) 2020/2094, integrando il Quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, allo scopo di arginare gli effetti socio-economici conseguenti alla diffusione pandemica del Sars-CoV-2.

In particolare, il PNRR italiano è stato approvato, previa valutazione della Commissione europea, con una decisione di esecuzione¹ del Consiglio del 13 luglio 2021 che ha fatto sì che gli impegni ivi contenuti andassero a costituire, “quale parametro interposto, i ‘vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario’, di cui all’art. 117, comma 1, Cost., e rappresenta[ssero] una manifestazione delle limitazioni di sovranità ammesse dall’art. 11 Cost., legate alla partecipazione dell’Italia al processo di integrazione europea”². L’attuazione del PNRR si inserisce nell’ambito di un sistema delle fonti e, soprattutto, di un procedimento legislativo già fortemente “precarizzato”³ dalla globalizzazione⁴, prima, e dall’emergenza pandemica⁵, poi. Difatti, già da prima della diffusione del Sars Cov-2, una serie di fattori, latamente riconducibili al *grande* tema della complessità⁶ giuridica e sociale, hanno contribuito alla progressiva disarticolazione del sistema delle fonti e a un certo rilevato “degrado del procedimento legislativo italiano”⁷, tali da indurre taluno⁸ finanche a dubitare della perdurante pregnanza assiologica dell’utilizzo dell’espressione “sistema delle fonti”⁹.

¹ Cfr. D. DE LUNGO, *I rapporti fra PNRR e sistema delle fonti statali*, in D. DE LUNGO, F.S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Giappichelli, Torino, 2023., p.24.

² D. DE LUNGO, *I rapporti fra PNRR e sistema delle fonti statali*, cit., p.25. Interessante, e conseguenziale rispetto a tale tesi, è anche la problematica che l’Autore (p. 35 ss.) affronta con riguardo alla questione relativa alla sottoponibilità a referendum abrogativo delle leggi e degli atti aventi forza di legge espressamente previsti nel PNRR.

³ Il riferimento è a E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁴ Cfr. *ex multis* A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in *Rivista AIC*, 22 luglio 2008; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2006, p. 313 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; C. INGENITO, *Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2019.

⁵ Cfr., *ex multis*, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2021; A. CARDONE, A. SIMONCINI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Atti del Convegno di Firenze, 17-18 giugno 2022*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023.

⁶ Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. I, 2007.

⁷ Così G. SAVINI, *La (auspicabile) modernizzazione del procedimento legislativo: a margine della riduzione del numero dei parlamentari a seguito del referendum del 20 e 21 settembre*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.4, 2020, p. 183 ss.

⁸ Da ultimo, F. PATRONI GRIFFI, *Il principio di legalità nel costituzionalismo multilivello: sistema(?) delle fonti e sistema delle tutele* ([Intervento alla giornata conclusiva del convegno Giustizia al servizio del Paese. Il principio di legalità organizzato dalla Corte dei conti](#) - Firenze, 20, 21 e 22 novembre 2024). Sul punto, cfr., *ex multis*, F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, 1997, p.561 ss.; A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti? In ‘Itinerari’ di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, *Studi dell’anno 2008*, Torino, 2009.

⁹ Il lemma “sistema”, sul piano generale, nelle diversità delle scienze, scientifiche e umanistiche, presuppone una connessione di elementi in un *tutto* funzionalmente organico. Basti considerare il significato etimologico del termine “sistema” che, come evidenziato dalla Treccani, deriva dal lat. tardo *systema*, gr. σύστημα, propr. «riunione, complesso» (da cui vari sign. estens.), der. di συνίστημι «porre insieme, riunire».

Ciò a cui si fa riferimento è una congerie di concause¹⁰ che annovera la crescita esponenziale della conoscenza tecnico-scientifica¹¹, la trasformazione digitale (si pensi alla portata dirompente degli strumenti di intelligenza artificiale)¹², la proliferazione di autorità amministrative indipendenti¹³, la frammentazione e varietà delle politiche pubbliche¹⁴ (che è consustanziale al fervente dinamismo dei moderni Stati sociali)¹⁵, l' "economicismo del diritto"¹⁶, il policentrismo normativo¹⁷, la crisi economico-finanziaria¹⁸, l'evoluzione del sistema politico-partitico in combinato disposto con la crisi della sovranità statale¹⁹ e il processo di integrazione europea²⁰.

Per quanto qui rileva, occorre proprio interrogarsi su quanto l'europeizzazione²¹ abbia *de facto* indotto "una maggiore specializzazione, articolazione, complessificazione e deformazione di tutti i processi di adozione delle fonti primarie"²².

¹⁰ Tali concause sono state previamente indicate in A.M. ACIERNO, *L'istituzione parlamentare tra ICT e LA: potenzialità e rischi*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Bioetica, Diritto e Intelligenza artificiale*, Mimesis, Milano, 2023, pp. 355-356.

¹¹ Cfr., *ex multis*, L. DI MAJO, *Gli esperti nei processi decisionali di legislatore e Corte costituzionale. Contributo allo studio dei rapporti tra scienza, politica e diritto*, Jovene, Napoli, 2023.

¹² La letteratura è vasta sul tema, cfr. su tutti, di recente cfr. A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Bioetica, Diritto e Intelligenza artificiale*, cit., passim; A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Franco Angeli, Milano, 2023; P. SEVERINO (a cura di), *Politica, economia, diritto, tecnologia*, Luiss University Press, Roma, 2022.

¹³ Cfr. *amplius* A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, nn. 1-2, 2015 e ivi ID., *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, A. LA SPINA, *Politiche pubbliche. Analisi e valutazione*, Il Mulino, Bologna, 2020.

¹⁵ Cfr. F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*. Terza edizione, Carocci, Roma, 2022.

¹⁶ Ci si riferisce alla celebre espressione di F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 206.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giustizia civile*, n.4, 2014, M. VOGLIOTTI, (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3, 2005; A. PIZZORUSSO, *Osservatorio sui problemi delle fonti del diritto*, in *Studi in onore di Gino Gorla*, Giuffrè, Milano, 1994.

¹⁸ Cfr. G. RIVOCSECHI, *Decretazione d'urgenza e governo dell'economia*, in R. CALVANO (a cura di), *"Legislazione governativa d'urgenza" e crisi. Atti del I Seminario di studi di Diritto costituzionale. Unitelma Sapienza- Roma 18 settembre 2014*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 119 ss.

¹⁹ Su tutti, cfr. il classico di D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Laterza, 2023. Sul tema, cfr. anche A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, F. VECCHIO (a cura di), *Sovranità e rappresentanza nell'era della globalizzazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna, 2023.

²⁰ Cfr., su tutti, E. LONGO, *Le trasformazioni delle fonti statali nella integrazione costituzionale europea*, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI, *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Cacucci Editore, Bari, 2018.

²¹ Cfr. S. FABBRINI (a cura di), *L'europeizzazione dell'Italia. L'impatto dell'Unione europea sulle istituzioni e le politiche italiane*, Editori Laterza, Bari, 2003.

²² Così E. LONGO, *Le trasformazioni delle fonti statali nella integrazione costituzionale europea*, cit., p. 31.

D'altronde, la dottrina più recente, mutuando le intuizioni che già Predieri²³ preconizzava nel 1987, ha evidenziato quanto l'attuazione del diritto e delle politiche dell'Unione europea, soprattutto in ambito economico-finanziario, abbia favorito il ricorso al decreto-legge²⁴.

In tal senso, il decreto-legge “si configura come strumento privilegiato rispetto alla necessità di colmare il costante disallineamento tra i tempi postulati dal diritto europeo, da un lato, e i tempi della decisione normativa, dall'altro”²⁵.

Tale esigenza di *sincronizzazione* si è riproposta in tutta la sua enfasi, anche e soprattutto, in fase di attuazione di una politica di piano euro-nazionale, qual è il PNRR, in cui il fattore temporale, per il tramite del cronoprogramma attuativo concertato con Bruxelles, riveste un ruolo pivotale, dato che l'erogazione delle rate semestrali del Piano è subordinata alla valutazione positiva (il c.d. *assessment*) della Commissione europea circa il raggiungimento dei traguardi e degli obiettivi definiti nel Piano. Difatti, ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 6, del Regolamento UE 241/2021, se, a seguito della valutazione, la Commissione accerta che i traguardi e gli obiettivi indicati nella decisione di esecuzione del Consiglio non sono stati conseguiti in misura soddisfacente, “il pagamento della totalità o di parte del contributo finanziario e, ove applicabile, del prestito è sospeso”.

Invero, in fase di prima definizione del Piano, erano molto ambiziose le aspettative di chi credeva che tale stringente cronoprogramma potesse contenere gli abusi, quasi atavici, della produzione normativa, in specie della decretazione d'urgenza – su tutti, il contenuto *omnibus* dei decreti-legge e il ricorso al maxi-emendamento su cui viene posta la questione di fiducia – a tutto vantaggio di una *riscoperta* della delega legislativa²⁶, la quale avrebbe potuto garantire tanto tempi decisionali certi e celeri quanto un'istruttoria approfondita tesa a non esautorare il Parlamento²⁷, fungendo così, in virtù della propria intrinseca “elasticità”²⁸ e conseguente capacità adattiva alle evoluzioni del sistema dei partiti e della forma di governo, da vero e proprio “strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e

²³ Il riferimento è ad A. PREDIERI, *Il legislatore recalcitrante e il rimedio degli effetti diretti delle direttive comunitarie*, estratto da *L'adeguamento della disciplina delle società per azioni alle direttive comunitarie nel d.p.r. 30/1986*, Firenze, 1987.

²⁴ Cfr. F. BILANCIA, *Il decreto-legge come strumento di attuazione dell'indirizzo politico dell'Unione europea nell'emergenza finanziaria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, spec. p. 293 ss.

²⁵ In questi termini, G. RIVISECCHI, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e stati membri*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 381.

²⁶ Cfr. N. LUPO, *Parte Seconda. Atti del Seminario CERM del 24 luglio 2020: l'attualità della legge 421 del 1992 in tempo di pandemia* in V. DI PORTO, F. PAMMOLLI, A. PIANA (a cura di), *Un metodo per le riforme: l'attualità della legge 421 del 1992*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 77.

²⁷ Sui “tanti pregi della delega legislativa”, cfr. N. LUPO, *op. ult. cit.*, spec. p. 68 ss. Sul tema della delega legislativa, cfr., *ex multis*, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016.

²⁸ Il riferimento è alla celebre intuizione di S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Liguori, Napoli, 1990, spec. p. 41 ss.

Parlamento”²⁹. Invero, però, un primo bilancio, benché “non ancora a consuntivo”³⁰, delle linee di tendenza della produzione normativa registratesi in fase di attuazione del Piano consente di evidenziare che sinora “hanno prevalso le vecchie abitudini: molti decreti-legge eterogenei, maxi-emendamenti e questioni di fiducia anche per le leggi delega, monocameralismo di fatto su diversi decreti PNRR”³¹, per quanto le leggi delega non siano, però, mancate, soprattutto per dare attuazione alle c.d. riforme orizzontali del Piano³². Il *terreno* su cui, invece, la delegazione legislativa ha ceduto pressoché totalmente il passo ai decreti-legge è quello delle c.d. riforme abilitanti, soprattutto laddove le stesse impingono disposizioni normative che possono costituire un fattore ostativo all’implementazione degli investimenti previsti dal Piano³³.

In tale frangente, il decreto-legge è funzionale alla necessità di predisporre misure di celere attuazione del Piano che rispondano a quella logica temporale contingentata necessitata già dal Semestre europeo, rispetto al quale – com’è noto – il NGEU si pone in un rapporto di sinergico coordinamento³⁴.

2. Il perdurante predominio del decreto-legge: le linee di continuità tra l’emergenza pandemica e l’attuazione del PNRR

a) L’esperienza pandemica: alcuni cenni

Il frequente ricorso al decreto-legge in fase di attuazione del Piano – a dispetto dell’alluvionale³⁵ dottrina che da decenni indaga dalle prospettive più eterogenee il c.d. abuso³⁶ del decreto-legge – non è affatto

²⁹ Cfr. N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell’attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell’attuazione del PNRR)*, in *Amministrazione in cammino*, 5 gennaio 2022. Già S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, cit., p. 11 specificava che “l’equilibrio voluto dall’art. 76 Cost. tra il valore della garanzia-separazione da una parte, e la co-legislazione collaborativa dall’altra, non poteva che inclinare verso questo secondo polo”.

³⁰ Si mutua tale espressione da A. PATRONI GRIFFI, *Postfazione. Alcune considerazioni su emergenza sanitaria e tenuta del sistema delle garanzie*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 417.

³¹ Così L. BARTOLUCCI, *Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Consulta online*, 24 maggio 2022, p. 531.

³² Evidenzia tale profilo E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 111. Si richiamano le leggi di delega in materia di giustizia (L. n. 206/2021 e L. n. 134/2021). Per una ricognizione analitica delle misure per la giustizia adottate con il PNRR, cfr. Servizio studi della Camera dei deputati, XVIII Legislatura, *Le misure per la Giustizia nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 27 settembre 2022.

³³ Cfr. E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit., p. 112.

³⁴ Cfr., *ex multis*, M. GUIDI, M. PICCINETTI, L. VERZICHELLI, *NextGenerationEU and the European Semester: Comparing National Plans and Country-Specific Recommendations*, in *Politics and Governance*, 2023, Volume 11, Issue 4, pp. 339–351.

³⁵ Un aggettivo, “alluvionale”, in cui riecheggia il titolo del celebre volume di F. CAZZOLA, M. MORISI, *L’alluvione dei decreti. Il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, Giuffrè, Milano, 1981 che evidenzia l’incremento del ricorso ai decreti-legge già a partire dalla VII Legislatura.

³⁶ Il τόπος dell’abuso, come noto, origina dal volume di A. CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge. Vol. 1, Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997.

scontato, soprattutto se si considera l'esperienza pandemica antecedente la definizione del PNRR. Difatti, nel cuore montante della pandemia, “[l] imprevedibilità con cui il contagio si spande[va], [avev]a imposto l’impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire”³⁷ che avevano *de facto* suggellato l’asincronia³⁸ del termine di 60 giorni che sottende alla conversione del decreto-legge, avallando una *torsione monocratica*³⁹ che si è esplicitata nella c.d. “catena normativa” dei d.P.C.M.⁴⁰, la quale, com’è noto, ha superato indenne il vaglio di legittimità della Corte costituzionale.

In particolare, la Consulta, nella sent. n. 198/2021⁴¹, ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 76, 77 e 78 Cost. degli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020, convertito, con modificazioni, nella legge n. 35/2020, in relazione al d.P.C.m. 10 aprile 2020, attuativo di tale decreto-legge. In particolare, la Corte ha ribadito che le disposizioni censurate non hanno delegato impropriamente la funzione legislativa al Presidente del Consiglio, né tantomeno gli hanno conferito poteri straordinari da stato di guerra, quanto piuttosto hanno “ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati”⁴², quali sono, per l’appunto, i decreti del Presidente del Consiglio.

La circostanza per cui la Consulta abbia fatto salvo tale modello “alternativo” di gestione delle emergenze in cui i decreti-legge rinviavano la propria esecuzione ai d.PCM. non esime però dal considerare che, nel fronteggiare l'emergenza pandemica, il decreto-legge abbia palesato degli evidenti limiti, soprattutto di ordine temporale, cui si è cercato, per l’appunto, di sopperire inizialmente per il tramite dei d.P.C.M. e, poi, con il ricorso a una sorta di “decretazione per approssimazioni progressive”⁴³, conforme alla fulmineità imprevedibile del quadro emergenziale.

D'altronde, di tale difficile sincronizzazione tra gli andamenti frenetici dell'emergenza pandemica e il termine massimo di sessanta giorni della legge di conversione si trova conferma in molteplici prassi

³⁷ Considerato 9 in diritto della sent. n. 37/2021.

³⁸ Sia consentito rinviare ad. A.M. ACIERNO, *La legge di conversione del decreto-legge al banco di prova del Covid-19*, in *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, (Ricerca del Seminario “S. Tosi” 2021), Fascicolo speciale in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, p. 94.

³⁹ Sul tema, cfr. M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino, 2022. In particolare, (p. 115 ss.) l’Autore analizza i d.P.C.m. come strumento di gestione dell’epidemia.

⁴⁰ L’espressione si mutua da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

⁴¹ Per un commento alla sentenza, cfr., *ex multis*, M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2021; M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Diritti comparati*, 10 gennaio 2022; A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustizia insieme*, 19 gennaio 2022.

⁴² Punto 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 198/2021 della Corte costituzionale.

⁴³ C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d’urgenza durante l'emergenza sanitaria: le catene dei decreti cc. dd. Minotauro*, cit., p. 54.

distorsive della decretazione d'urgenza acuitesi a partire dal 2020⁴⁴. In tal senso, riferimento ineludibile – stante, come vedremo, la perdurante attualità del fenomeno – è alla c.d. confluenza di decreti-legge⁴⁵, che è apparsa, fin da subito, un espediente utile a ottenere una stabilizzazione del provvedimento provvisorio in un lasso temporale inferiore rispetto al termine – massimo di 60 giorni – della conversione parlamentare, previsto dall'art. 77 Cost.

Guardando in chiave evolutiva ai rendimenti più recenti della prassi, non è un caso che – in una sorta di eterogenesi dei fini – rispetto alla confluenza abbia avuto un effetto acceleratore proprio la volontà, palesatasi immediatamente dopo la prima fase emergenziale, di “rilegificare” le materie precedentemente disciplinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Difatti, in attuazione dell'ordine del giorno n. 8 dell'11 marzo 2021, a partire dal decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, il Governo Draghi si è mosso nella direzione di “rilegificare le materie prima oggetto di d.P.C.M.”⁴⁶.

Tale “rilegificazione” cui è corrisposto l'abbandono dei d.P.C.M. *parlamentarizzati*⁴⁷ – tasselli attuativi di una sequenza normativa e amministrativa modulata da atti avente forza di legge e, come visto, legittimata dalla Corte costituzionale⁴⁸ – ha “sollevato dubbi sui benefici istituzionali, sia in termini di controllo politico sia in termini di indirizzo”⁴⁹, contribuendo all'affastellarsi di decreti-legge che, producendo un

⁴⁴ Si è previamente affrontato il tema in A.M. ACIERNO, *La legge di conversione del decreto-legge al banco di prova del Covid-19*, cit., *passim*.

⁴⁵ Per “confluenza” si intende “l'approvazione di un emendamento nel corso dell'iter di un decreto legge A che: a) riproduce il contenuto di un decreto-legge B anch'esso in corso di conversione; b) abroga il decreto-legge B; c) fa salvi, con una disposizione inserita nel disegno di legge di conversione, gli effetti prodotti dal decreto-legge B nel periodo di vigenza”. Così Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione- Terzo turno di Presidenza- Presidente On. Maura TOMASI (7 marzo 2020- 7 gennaio 2021), p. 9, nt. 4. Sul tema, la dottrina più recente è piuttosto nutrita, cfr., *ex multis*, P. CARNEVALE, *La legge di conversione “ospitale”. Qualche considerazione sul c.d. fenomeno della confluenza di più decreti-legge nella medesima legge di conversione*, in Osservatorio costituzionale, n.5, 2024; M. RUOTOLO, *Sulla “confluenza” dei contenuti di un decreto-legge nella legge di conversione di altro decreto-legge*, in Consulta online, 6 novembre 2024; C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d'urgenza: le catene di decreti Minotauro durante l'emergenza sanitaria*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022; L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, in Osservatorio costituzionale, n. 5, 2022; D. CHINNI, *Di abuso in abuso: sull'abrogare, sanare e riprodurre decreti-legge non ancora convertiti*, in F. BAILO, M. FRANCAVIGLIA (a cura di), *Bilanci e prospettive intorno ai poteri normativi del governo*, Napoli, Jovene, 2023.

⁴⁶ Cfr. S. CECCANTI, *Dieci mesi vissuti pericolosamente (6 gennaio 2021 – 5 novembre 2021): riflessioni dalla Presidenza del Comitato per la Legislazione sulla produzione normativa in periodo d'emergenza in sei punti sintetici e tre passaggi logici*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1, 2022, p. 367.

⁴⁷ Sul punto, cfr. R. MAZZA, *La “parlamentarizzazione” dell'emergenza Covid-19 tra norme e prassi*, in *federalismi.it*, n.12/2021. La c.d. parlamentarizzazione dei d.P.C.M. era stata introdotta con l'emendamento all'art. 2, c. 1, del d.l. n. 19/2020 con cui si era sancito che: “Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo”. Sul tema, si vd. anche E. GRIGLIO, *La parlamentarizzazione dei DPCM “pandemici”: un caso di inversione dell'onere della prova*, in *Il Filangieri. Quaderno 2020. Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, Jovene, Napoli, 2020.

⁴⁸ Cfr. C. cost., sentt. nn. 37/2021 e 198/2021.

⁴⁹ C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d'urgenza durante l'emergenza sanitaria: le catene dei decreti cc. dd. Minotauro*, cit., p. 51.

vero e proprio *ingorgo normativo*, hanno ingolfato l'*iter* parlamentare rendendo, *de facto e paradossalmente*, necessaria una razionalizzazione della fase di conversione proprio per il tramite di una prassi altamente distorsiva, qual è quella della confluenza.

b) La conferma delle prassi distorsive del decreto-legge nell'attuazione del PNRR

Come già accennato in premessa, da una prima lettura del Piano, emerge schiettamente un utilizzo disinvolto del decreto-legge in fase di implementazione del PNRR⁵⁰.

D'altronde, non è stato infrequente che, in molteplici occasioni, il Governo abbia fatto ricorso alla decretazione d'urgenza a ridosso della scadenza concertata nel Piano, finanche per l'approvazione di riforme per le quali, nel cronoprogramma del medesimo Piano, era stato originariamente previsto l'utilizzo di *altre* fonti normative⁵¹.

In tal senso, è interessante evidenziare che già solo l'architettura complessiva del PNRR – con esclusione, quindi, delle singole misure attuative – si articola in un reticolato di ben ventidue decreti-legge⁵² accompagnati da soltanto quattro leggi⁵³, un decreto-legislativo⁵⁴ e dieci fonti secondarie⁵⁵. Del resto, la necessità di predisporre la *governance* del Piano nei tempi contingentati concertati con Bruxelles ha indotto sin dall'inizio il Governo Draghi, subentrato al Governo Conte II a ridosso della scadenza, a predisporre l'architettura della *governance* del Piano con un decreto-legge, specificamente il d.l.

⁵⁰ Cfr. Servizio studi del Senato, XIX Legislatura, *Le fonti normative primarie di attuazione del PNRR nella XVIII legislatura*, dossier, n.4, 2022, spec. p. 14 ss., il quale evidenzia che, nei primi 20 mesi di adempimenti connessi all'attuazione del Piano, i decreti-legge rappresentano il 43 per cento del totale dei provvedimenti normativi presentati, essendo pari a 19 su 44.

⁵¹ Evidenzia questo profilo L. BARTOLUCCI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e Unione europea*, *cit.*, p. 330.

⁵² D.l. n. 59/2021, conv. con mod. dalla L. n. 101/2021; D.l. n. 77/2021, conv. con mod. dalla L. n. 108/2021; D.l. n. 80/2021, conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, Legge n. 113/2021; D.l. n. 121/2021, conv. con mod. dalla L. n. 156/2021; D.l. n. 152/2021, conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, L. n. 233/2021; D.l. n. 4/2022, conv. con mod. dalla L. n. 25/2022; D.l. n. 17/2022, conv. con mod. dalla L. n. 34/2022; D.l. n. 36/2022, conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, L. n. 79/2022; D.l. n. 50/2022, conv. con mod. dalla L. n. 91/2022; D.l. n. 68/2022, conv. con mod. dalla L. n. 108/2022; D.l. n. 115/2022, conv. con mod. dalla L. n. 142/2022; D.l. n. 144/2022, conv. con mod. dalla L. n. 175/2022; D.l. n. 176/2022, conv. con mod. dalla L. n. 6/2023; D.l. n. 13/2023, conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, L. n. 41/2023; D.l. n. 44/2023, conv. con mod. dalla L. n. 74/2023; D.l. n. 48/2023, conv. con mod. dalla L. n. 85/2023; D.l. n. 124/2023, conv. con mod. dalla L. n. 162/2023; D.l. n. 145/2023, conv. con mod. dalla L. n. 191/2023; D.l. n. 19/2024 – conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, L. n. 56/2024; D.l. n. 60/2024; D.l. n. 160/2024, conv. con mod. dalla L. n. 199/2024; D.l. n. 208/2024, conv. con mod. dalla L. n. 20/2025.

⁵³ L. n. 178/2020; L. n. 238/2021; L. n. 234/2021; L. n. 197/2022.

⁵⁴ D.lgs. n. 36/2023.

⁵⁵ D.P.R. del 5 febbraio 2018, n. 22; DPCM 26 Giugno 2019, n. 103; DPCM 9 luglio 2021; Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 6 agosto 2021 e s.m.i.; DPCM 15 settembre 2021; Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 30 settembre 2021; Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 11 ottobre 2021 e s.m.i.; DPCM 28 luglio 2022; Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 10 febbraio 2023; DPCM 26 aprile 2023.

n. 77/2021, cui varie modifiche sono state apportate, successivamente anche dal Governo Meloni, sempre per il tramite del ricorso alla decretazione d'urgenza⁵⁶.

Il decreto-legge predomina, poi, anche e soprattutto, in fase di attuazione del Piano⁵⁷, laddove non mancano, tanto innovative quanto problematiche, forme di “intarsi” tra decretazione d'urgenza, leggi di delega e decreti-legislativi⁵⁸.

Muovendo da tale angolo prospettico, è piuttosto emblematico il caso⁵⁹ del decreto-legge n. 79/2021 recante “Misure urgenti in materia di assegno temporaneo per figli minori”, con cui – come esplicitato nel preambolo del provvedimento provvisorio – in via temporanea e nelle more dell'adozione dei decreti legislativi attuativi, si anticipa l'esercizio della delega legislativa di cui alla legge n. 46/2021, recante, per l'appunto, la “Delega al Governo per riordinare, semplificare e potenziare le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale”.

Con l'attuazione del PNRR sembrano così sedimentarsi distorsioni ulteriori rispetto a quelle – si considerino, tra tutte, la posizione della questione di fiducia per l'approvazione della legge di delega e l'inserimento di una delega legislativa in una legge di conversione di un decreto-legge⁶⁰ – che notoriamente connotano l'*esuberanza* dell'Esecutivo in fase di adozione delle leggi di delega⁶¹. Difatti, nel caso di specie relativo al decreto-legge n. 79/2021, il Governo, anticipando, come visto, l'esercizio della delega legislativa con decreti-legge in luogo di decreti-legislativi, ha disatteso [*rectius*, sovvertito] – nei suoi dettami essenziali, andando ben oltre il classico vizio di eccesso di delega⁶² – il modello costituzionale della delegazione legislativa sul *coté* di propria spettanza nell'ambito del procedimento duale⁶³ definito dall'articolo 76 Cost.

Una prassi fortemente distorsiva, questa, che, collateralmente alle altre poc'anzi evocate, conferma, da un lato, il defatigante arrancare dei processi di produzione normativa rispetto all'incedere della realtà e del

⁵⁶ Per un'analisi dell'evoluzione della *governance* del Piano, sia consentito rinviare a A.M. ACIERNO, *La governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza nel prisma dei rapporti endogovernativi*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, n.1, 2023.

⁵⁷ I servizi studi di Camera e Senato evidenziano che il 43 per cento degli atti di normazione primaria adottati nella XVIII legislatura in attuazione del PNRR sono decreti-legge.

⁵⁸ Cfr. E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit., p. 113. L'Autrice specifica che “il PNRR sviluppa una forma di raccordo fra decreto-legge, legge di delega e decreto legislativo”.

⁵⁹ Menzionato anche da E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit., p. 100, nt. 2.

⁶⁰ Cfr. N. LUPO, *Una delega legislativa può essere inserita nella conversione di un decreto-legge?*, in *Iter legis*, n. 6, 2003.

⁶¹ Su tali prassi, cfr. G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 303 ss. L'Autrice richiama anche l'inserimento di deleghe all'interno di provvedimenti collegati alla finanziaria.

⁶² Non è questa la sede per analizzare compiutamente la copiosa giurisprudenza costituzionale sul vizio di eccesso di delega. Sul punto, si rinvia a R. NEVOLA, D. DIACO (a cura di), *La delega della funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio Studi, Corte costituzionale, ottobre 2018, spec. p. 494 ss. Sia soltanto consentito menzionare, *ex multis*, il punto 11 del Considerato in diritto della sent. n. 173/1981.

⁶³ Secondo la celebre categorizzazione di A. MANZELLA, *Il parlamento*, Il mulino, Bologna, 2003, p. 352 ss.

ciclo economico⁶⁴, dall'altro, la natura eminentemente politica⁶⁵ della delega legislativa che, per certi versi, sembra vantare una natura ancipite, costituendo tanto il *punto di forza* quanto il *tallone di Achille* di tale istituto. Risulta, in tal senso, particolarmente esemplificativa la tesi sostenuta dalla dottrina d'Oltralpe, secondo cui il “*motif psychologique du désintérêt envers la délégation législative*”⁶⁶ si dovrebbe rintracciare proprio nell'instabilità del sistema politico-partitico⁶⁷ italiano, che neutralizza *de facto* l'utilità della delegazione legislativa, dato che “*la collaboration entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif s'épuise dans leurs tensions ou dans les conflits intra-parlementaires et intra-gouvernementaux*”⁶⁸.

Tanto premesso, dunque, può asserirsi che il decreto-legge abbia fortemente predominato in fase di attuazione del PNRR, in maniera non dissimile, tra l'altro, da quanto accaduto, come visto, nell'esperienza pandemica.

Parimenti, gli abusi distorsivi della decretazione d'urgenza acuitisi nella gestione della diffusione del Sars Cov-2 sono stati oggetto di un pieno consolidamento in fase di implementazione del Piano. Di ciò si trova chiara conferma con riguardo alla prassi dei c.d. decreti Minotauro. Difatti, con la fine della XVIII legislatura e l'emersione di nuove emergenze, quali il conflitto russo-ucraino⁶⁹ e l'impellente necessità di dare celere attuazione al PNRR, la prassi della confluenza si è sedimentata ulteriormente, benché in percentuali inferiori rispetto a quelle registratesi negli anni più falcidiati dall'emergenza pandemica.

I dati più recenti comprovano tale tendenza. In particolare, secondo i dati forniti, il 25 marzo 2025, dal Ministro per i rapporti con il Parlamento, on. Luca Ciriani – nell'ambito della seduta n. 20 dell'Indagine conoscitiva congiunta del Comitato per la legislazione del Senato della Repubblica con il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati su “Profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione” – nell'attuale legislatura, su un totale di 87 decreti-legge deliberati dal Consiglio dei Ministri, 12 sono confluiti in altri decreti già presentati in Parlamento – per un totale pari a circa il 13 per cento – mentre nella scorsa legislatura i casi di confluenza sono stati 41 su un totale di 166 decreti-legge, pari a circa il 24 per cento (laddove, invece, nella XVII legislatura, a fronte

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, F. BILANCIA, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico: per una sintesi problematica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2020.

⁶⁵ Cfr. C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, cit., p. 295; S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, cit., p. 15.

⁶⁶ Così M. BAUDREZ, *Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p. 127.

⁶⁷ Cfr. P. MAGARÒ, *Delega legislativa e dialettica politico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 1.

⁶⁸ M. BAUDREZ, *Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, cit., p. 127.

⁶⁹ Cfr. M. GIACHETTI FANTINI, *Conflitto russo-ucraino e crisi energetica: i decreti legge n. 50/2022, n. 115/2022, n. 144/2022, n. 176/2022 e n. 34/2023 tra proroga delle misure emergenziali e nuove soluzioni strutturali*, in *Osservatorio costituzionale*, n.3, 2023.

di 100 decreti-legge emanati, 17 decreti non sono stati convertiti perché confluiti, attestandosi così su una soglia del 17 per cento)⁷⁰.

Rispetto a tali dati relativi alla confluenza, il PNRR, o più specificamente la necessità di darvi attuazione nel rispetto dei termini concertati con Bruxelles, ha svolto un ruolo spesso dirimente. Sia sufficiente già solo considerare i primi mesi del 2025, allorquando si registrano due specifiche, e paradigmatiche, ipotesi di confluenza implicate, in maniera più o meno diretta, dall'attuazione del Piano. La prima concerne la confluenza del decreto-legge 16 gennaio 2025, n. 1 - recante "Misure urgenti in materia di riforma R. 1.3 «Riorganizzazione del sistema scolastico» della Missione 4 - Componente 1 del Piano nazionale di ripresa e resilienza"- nell'articolo 9 del c.d. decreto "emergenze e PNRR"⁷¹, il quale recava proprio "Disposizioni urgenti per l'attuazione della Riforma 1.1 degli istituti tecnici - M4C1 PNRR". Una confluenza, questa, che non sembra aver disatteso il requisito della c.d. "omogeneità di contenuto" - richiamato nel messaggio del 23 luglio 2021 del Presidente della Repubblica⁷²- dato che entrambi i provvedimenti perseguono il fine, per l'appunto, di dare attuazione alla Missione 4 "Istruzione e ricerca" del PNRR.

Non può, poi, non menzionarsi la confluenza, altresì recente, dei decreti-legge concernenti l'Ilva, n. 3 del 24 gennaio 2025 e n. 5 del 30 gennaio 2025, rispetto alla quale il Piano ha altresì esercitato un non risibile margine di influenza dal punto di vista procedimentale, in questo caso, piuttosto che contenutistico. Difatti, nel caso di specie, i due decreti, come evidenziato dal Ministro in sede di audizione, "necessariamente dovevano essere entrambi esaminati dal Senato, sia per ragioni di affinità di materia, sia perché la VIII Commissione della Camera (a cui eventualmente il secondo decreto sarebbe stato assegnato) era impegnata nel medesimo periodo nell'esame in sede referente in prima lettura (congiuntamente con la V Commissione) del decreto-legge n. 208 del 2024, recante misure urgenti per fronteggiare situazioni di particolare emergenza, nonché per l'attuazione del PNRR"⁷³. Tale recente caso conferma, dunque, quanto il frequente ricorso al decreto-legge - indotto, anche, dall'attuazione del Piano - alimenti la prassi della confluenza dei decreti-legge, sulla quale collateralmente finanche la Corte costituzionale si è recentemente espressa definendola una "tortuosa tecnica di produzione normativa – frutto di un anomalo uso del peculiare procedimento di conversione del decreto-

⁷⁰ Cfr. [*Seguito dell'audizione del Ministro presso i Comitati per la legislazione di Senato e Camera \(25 marzo\)*](#).

⁷¹ D.l. n. 208/2024. Tale confluenza è richiamata dal *Seguito dell'audizione del Ministro presso i Comitati per la legislazione di Senato e Camera (25 marzo)*, cit., p. 3.

⁷² Si fa riferimento alla lettera indirizzata ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti-legge dal Presidente della Repubblica Mattarella in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 73/2021. In tale sede, il Capo dello Stato ribadisce che: "La confluenza di un decreto-legge in un altro provvedimento d'urgenza, oltre a dover rispettare il requisito dell'omogeneità di contenuto, dovrà verificarsi solo in casi eccezionali e con modalità tali da non pregiudicare l'esame parlamentare".

⁷³ Così *Seguito dell'audizione del Ministro presso i Comitati per la legislazione di Senato e Camera (25 marzo)*, cit., p. 4.

legge (sentenza n. 22 del 2012), che reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e all'intelligibilità dell'ordinamento (sentenza n. 58 del 2018), principi questi funzionali a garantire certezza nell'applicazione concreta della legge (sentenza n. 110 del 2023)⁷⁴.

A fronte di tale panoramica tesa a scorgere le linee di continuità che sussistono tra alcune – in questo paragrafo ci si è soffermati soprattutto sulla confluenza – prassi della decretazione d'urgenza, antecedenti e coeve all'avvento del PNRR, ci si può, allora, interrogare sul perché il decreto-legge sia divenuto uno strumento così tanto privilegiato in fase di attuazione del Piano, recuperando così una centralità che – perlomeno nei primissimi mesi dell'emergenza pandemica –, come visto, aveva, parzialmente e temporaneamente, smarrito a tutto vantaggio dei decreti del Presidente del Consiglio. Per rispondere a tale domanda è necessario muovere da quel carattere schiettamente procedimentale tipico dei procedimenti euro-nazionali, nel cui *genus* si colloca anche il Dispositivo di Ripresa e Resilienza⁷⁵.

In tal senso, il motivo principale per cui il ricorso alla decretazione d'urgenza si è ulteriormente sedimentato in fase di attuazione del PNRR è ascrivibile alla circostanza per cui lo strumento del decreto-legge risulti particolarmente congeniale e funzionale non tanto alla dialettica Parlamento-Governo, quanto a quella costante interlocuzione tra Governo e Commissione europea su cui si incardina l'implementazione del cronoprogramma.

Difatti, la fase di conversione parlamentare è molto utile al fine di recepire, *in fieri*, le indicazioni fornite dalla Commissione europea in quel dialogo bilaterale - spesso informale, tra Governi sempre meno poteri "esecutivi" - tra Palazzo Chigi e Palazzo Berlaymont circa l'interpretazione delle *milestone* e dei *target* da conseguire⁷⁶ in conformità al cronoprogramma concertato nel 2021. Un dialogo costante, questo, che costituisce l'architettura del c.d. nuovo metodo di governo introdotto dal NGEU⁷⁷.

A tal riguardo, il decreto-legge da "strumento di legislazione, di codeterminazione politica, di negoziato tra governo, maggioranza ed opposizione"⁷⁸ assurge eminentemente a strumento di *codeterminazione politica* tra governo e Commissione europea.

⁷⁴ Ord. n. 30/2024.

⁷⁵ Cfr. N. LUPO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *Federalismi.it*, 15 febbraio 2023.

⁷⁶ Di tale specificazione, si è debitori al Prof. Nicola Lupo, che ha dettagliatamente descritto tale dinamica nell'ambito della *Lecture on "The euro-national procedure of the RRF as a new "method of government"*, tenuta il 19 luglio 2024, nell'ambito della 13^a edizione del *Summer Program "Parliamentary Democracy in Europe"* della Luiss School of Government. D. SARMATI, *Attuazione del PNRR mediante decreti-legge e materie di competenza regionale: riflessi sul sistema delle fonti e sul regionalismo italiano*, in *Istituzioni del Federalismo*, n.1, 2024, pp. 75-76 dettaglia gli "emendamenti inseriti al fine di rispondere a interlocuzioni con la Commissione europea, a esempio l'art. 43-ter d.l. n. 152/2021, conv. con modif. dalla l. n. 233/2021 [...]; l'art. 8, comma 17-bis, d.l. n. 19/2024, conv. con modif. dalla l. n. 56/2024 [...]".

⁷⁷ Sul punto, cfr. N. LUPO, *Il nuovo "metodo di governo" delineato dal PNRR e i suoi incoraggianti primi passi*, in P. BILANCIA (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, Il Mulino, Bologna, 2024.

⁷⁸ Così A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 1511.

Muovendo da tale angolo prospettico, il PNRR sembra, allora, paradossalmente aver restituito— benché soltanto parzialmente a fronte del persistente ricorso alla confluenza —al termine di sessanta giorni della conversione parlamentare una certa attualità, neutralizzando così quelle velate accuse di anacronismo di cui era stato indirettamente tacciato nel cuore montante dell'emergenza pandemica, allorquando l'orizzonte bimestrale, apparendo una gittata temporale eccessivamente estesa nell'estenuante inseguimento di una realtà [*rectius*, di un contagio] troppo repentina da poter essere regolata compiutamente, aveva indirettamente spianato la strada — benché non inedita⁷⁹ — ai d.PCM. Abbracciando questa stessa prospettiva empirica, vi è stato allora chi, analizzando l'impatto del PNRR sulle fonti statali⁸⁰, ha evocato espressamente la necessità di “riconcettualizzare lo strumento del decreto-legge, con un'operazione di realismo costituzionale”⁸¹. A tal proposito, si è asserito che “la sottolineatura a volte di maniera, della dimensione patologica del fenomeno, per quanto comprensibile e fondata, rischia di fare eccessivo velo al dato che, nel frattempo, la fisiologia del sistema (cioè il modello rispetto al quale, per differenza, è diagnosticata la patologia) in cui lo strumento del decreto-legge si iscrive è mutata”⁸². Tale dottrina sembra, dunque, avere per certi versi ritenuto *fisiologicamente patologico* il massivo ricorso al decreto-legge, soprattutto in fase di implementazione del cronoprogramma del Piano. Una posizione, questa, ragionevole fintantoché, però, l'esigenza di preservare una certa dose di realismo costituzionale “nell'ambito dei margini di elasticità che la Costituzione stessa lascia aperti”⁸³ non si traduca in uno strumento tramite cui *calpestare* la Costituzione formale e, specificamente, le fonti sulla produzione, abdicando così alla prescrittività del dettato costituzionale. Di tale pericolo sembra essere ben consapevole la Corte costituzionale italiana.

Difatti, rispetto a tale posizione adesiva alla stabilizzazione del decreto-legge come strumento di governo è intervenuta, nel luglio 2024, in chiave schiettamente ostativa, la Consulta, con la sent. n. 146, la quale ha suggellato un importante “punto di non ritorno nella ormai annosa questione dell'uso e abuso dei decreti-legge”⁸⁴. Come si vedrà, la Corte, in tale pronuncia, sembra prendere espressamente le distanze dalla tesi che — muovendo dalla circostanza per cui il decreto-legge “ha assunto le vesti di strumento privilegiato per il governo politico della complessità sociale e, soprattutto, di mezzo per forzare la sintesi

⁷⁹ Cfr. V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2, 2016.

⁸⁰ Cfr. D. DE LUNGO, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2022, passim.

⁸¹ D. DE LUNGO, *L'eredità costituzionale di Next Generation EU e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: elementi per un primo bilancio prospettico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2023, p. 78. La medesima prospettiva è abbracciata da M. MELPIGNANO, *L'indirizzo politico alla prova del PNRR: le nuove prospettive del principio monocratico dell'Esecutivo*, cit., passim.

⁸² D. DE LUNGO, *L'eredità costituzionale di Next Generation EU e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: elementi per un primo bilancio prospettico*, cit., p. 78.

⁸³ Così L. PALADIN, *Editoriale*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 5.

⁸⁴ Così F. FABRIZZI, *Una sentenza necessaria per stabilire un punto di non ritorno. Corte cost. 146/2024 e l'equilibrio della forma di governo*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2024, passim.

politica su questioni particolarmente conflittuali e raffreddare, così, le tensioni partitiche all'interno della maggioranza di governo⁸⁵ – abbraccia una posizione, per certi versi assolutoria, nei confronti degli abusi perpetrati da una decretazione d'urgenza che, nel corso dei decenni, ha *slabbrato* sempre più le maglie del modello costituzionale di cui all'articolo 77 Cost.

2.1. Il ricorso alla questione di fiducia

L'istituto della questione di fiducia è un tema, altamente e notoriamente, arato dalla dottrina giuspubblicistica, in virtù del frequente ricorso di cui è stata oggetto nel corso delle Legislature. I dati più recenti⁸⁶ avvalorano tale tendenza, evidenziando un netto incremento del ricorso alla questione di fiducia in fase di attuazione del PNRR.

In conformità ai dati aggiornati nel mese di luglio 2024, il Governo Meloni, analizzando il numero assoluto di questioni di fiducia poste dai diversi esecutivi che si sono succeduti nelle ultime quattro legislature, si colloca al secondo posto con 58 questioni di fiducia, subito dopo il Governo Renzi, che si attesta sulla soglia di 68 questioni di fiducia poste⁸⁷.

È interessante, però, evidenziare che, mutando prospettiva, ossia considerando il numero medio di voti di fiducia in ciascun mese di riferimento, il Governo Meloni si attesta al terzo posto con 2,64 voti di fiducia al mese, preceduto dal Governo Monti, con 2,79 voti di fiducia al mese, e dal Governo Draghi, con 2,68 voti di fiducia al mese⁸⁸. Il Governo Meloni si posiziona, però, al primo posto della classifica, se si analizza il rapporto percentuale tra questioni di fiducia poste e disegni di legge approvati⁸⁹. Difatti, tali dati rimarcano che durante il mandato dell'esecutivo guidato da Giorgia Meloni sono entrati in vigore 129 provvedimenti, parametrati ad un rapporto tra voti di fiducia e disegni di legge approvati pari a circa il 45 per cento. Il Governo Monti non lambisce tale soglia, attestandosi al 42,5 per cento, seguito dagli esecutivi Conte II (39,4 per cento) e Draghi (37,4 per cento)⁹⁰.

⁸⁵ Così A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, cit., p. 538 L'Autore, con riferimento alle esigenze di governo politico della complessità sociale, si rifà a M. MORISI, F. CAZZOLA, *La decisione urgente. Usi e funzioni del decreto-legge nel sistema politico italiano*, in *Riv. it. Sc. Pol.*, n.3, 1981.

⁸⁶ Openpolis, *Il governo Meloni è primo per rapporto tra questioni di fiducia e leggi approvate*, 17 luglio 2024 e, da ultimo, XIX Legislatura, Camera dei deputati, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2024-2025*, Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati.

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ Ibidem

⁸⁹ Ibidem

⁹⁰ Ibidem

Il 95 per cento di tali voti di fiducia ha riguardato disegni di legge di conversione di decreti- legge, a dispetto delle uniche eccezioni rappresentate dalle leggi di bilancio per il 2023 (con voto di fiducia in entrambe le Assemblee) e per il 2024 (con voto di fiducia soltanto al Senato)⁹¹.

Inoltre, la caratteristica più tipica del Governo Meloni è quella di aver posto la questione di fiducia in entrambe le Camere su ben ventuno disegni di legge, molti dei quali strettamente attinenti all’attuazione del Piano⁹².

Tali dati trovano conferma anche nel Rapporto sulla legislazione 2025, il quale – con dati aggiornati al mese di aprile 2025 – evidenzia che, nella XIX legislatura, nel 59,2 per cento dei casi per la conversione dei decreti-legge si è fatto ricorso alla questione di fiducia in almeno un ramo del Parlamento, mentre nel 42,2 per cento dei casi la questione di fiducia è stata posta in entrambe le Camere; laddove, invece, nella legislatura precedente questi due valori lambivano la soglia rispettivamente del 47,9 per cento e del 25 per cento⁹³.

Invero, tali dati non sorprendono più di tanto, dato che ripercorrono pedissequamente delle linee evolutive già evocate in un’interessante indagine⁹⁴ empirica svolta, nella XVI Legislatura, dal Comitato per la legislazione (allora presente soltanto alla Camera dei deputati) sulle tendenze della decretazione d’urgenza. In particolare, nella relazione, furono individuati tre *indici sintomatici* di una difficile gestione del procedimento di conversione del decreto-legge da parte delle Camere: le dimensioni del provvedimento, l’intersectorialità degli ambiti normativi su cui interviene e il periodo di emanazione. Tre fattori che, quindi, sembrano, *de facto*, rendere necessitato, e ineludibile, il ricorso alla questione di fiducia⁹⁵. In particolare, i dati analizzati in tale *report* mostrano come la posizione della questione di fiducia scatti regolarmente quando il decreto presentato alle Camere per la conversione superi i 40.000 caratteri a stampa (l’indagine registra soltanto due casi – alquanto risibili, tra l’altro – in cui è stata approvata una legge di conversione superiore ai 40.000 caratteri a stampa senza ricorrere alla questione di fiducia)⁹⁶. In subordine, si rileva, poi, che, tendenzialmente, la questione di fiducia è tanto più ricorrente quanto più il decreto-legge *nasce* (o, magari, diviene in fase di conversione parlamentare) intersectoriale. Parimenti, mutuando come parametro di riferimento il numero di Commissioni permanenti investite del parere in

⁹¹ Cfr. <https://www.openpolis.it/i-voti-di-fiducia-del-governo-meloni/>

⁹² Openpolis, *Il governo Meloni è primo per rapporto tra questioni di fiducia e leggi approvate*, 17 luglio 2024.

⁹³ Tutti i dati sono tratti da XIX Legislatura, Camera dei deputati, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2024-2025*, cit., pp. 11 e 33.

⁹⁴ [“Tendenze e problemi della decretazione d’urgenza. Relazione presentata al Comitato per la legislazione dal Presidente On. Lino Duilio -XVI LEGISLATURA”](#), p., 20 ss.

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ Ibidem

sede consultiva, quando sono coinvolte dieci o più Commissioni, il ricorso alla fiducia diviene estremamente probabile⁹⁷.

Similmente, le manovre economiche “estive” (ma, in generale, i decreti-legge emanati nel bimestre 15 giugno-15 agosto) vengono sempre approvate con votazione fiduciaria, al fine di rispettare la data di scadenza del decreto⁹⁸.

Tutti profili, questi, registratisi spesso in fase di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, allorquando qualcuno – guardando soprattutto all’intensa attività svolta dal Parlamento, finanche in fase di *prorogatio*⁹⁹, laddove “la necessità di portare a compimento il processo di attuazione del PNRR, nonché la sussistenza di altre contingenze emergenziali, hanno [...] consentito una notevole espansione del concetto di atti urgenti e indifferibili, consentendo di ricomprendere anche alcuni provvedimenti che in precedenza sarebbero stati di problematica ammissibilità”¹⁰⁰ – ha ritenuto che il PNRR “fosse perennemente oggetto di ‘una questione di fiducia implicita’ tra la Repubblica e le istituzioni europee che, anche con un Esecutivo dimissionario, da un lato impone al Parlamento l’adozione dei provvedimenti di attuazione del Piano in tempi contingentati, e dall’altro impedisce la modifica degli stessi”¹⁰¹. Altrettanto studiata dalla dottrina giuspubblicistica è, poi, la prassi fortemente distorsiva – definita dalla stessa Corte costituzionale “prassi problematica”¹⁰² – della posizione della questione di fiducia sul c.d. maxi-emendamento. Un abuso, questo, perpetuatosi anch’esso in fase di attuazione del PNRR¹⁰³, benché tale prassi nelle ultime legislature, come si vedrà, sia caduta pressoché in desuetudine¹⁰⁴.

In particolare, vi è stato chi, agli albori dell’implementazione del Piano, ha ritenuto che “per quanto criticabile, appare utile proprio in questi anni [*rectius*, di attuazione del Piano] il perdurare dell’utilizzo della

⁹⁷ Ibidem

⁹⁸ Ibidem

⁹⁹ Tali profili sono posti in evidenza da A. CARBONI, *I riflessi del PNRR sul diritto e la prassi parlamentare*, in D. DE LUNGO, F. S. MARINI, *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Giappichelli, Torino, 2023, spec., p. 73 ss. In particolare, l’Autore annovera tra questi provvedimenti approvati in *prorogatio* quelli contenenti deleghe al Governo, come la legge annuale per il mercato e la concorrenza (approvato dalla Camera il 26 luglio 2022 e dal Senato il 2 agosto 2022) e la delega per il riordino della disciplina degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Viene, poi, menzionato il disegno di legge di riforma della giustizia tributaria (legge n. 130/2022). Negli stessi giorni, tra l’altro, vi è stato l’invio di numerosi schemi di decreto legislativo, tra cui i nn. 412 e 414, concernenti rispettivamente la riforma del processo civile e di quello penale.

¹⁰⁰ Ibidem

¹⁰¹ G. CAVAGGION, *PNRR: Il ruolo di Governo e Parlamento e la partecipazione degli enti territoriali*, cit., p. 108.

¹⁰² Vd. considerato 5 in diritto della sentenza n. 251/2014.

¹⁰³ Si consideri, *ex multis*, il maxi-emendamento interamente sostitutivo dell’articolo unico del disegno di legge di conversione del d.l. n. 36/2022 (c.d. decreto PNRR-2), sul quale il Governo ha posto la questione di fiducia, accordata in data 22 giugno 2022.

¹⁰⁴ Cfr. [*Seguito dell’audizione del Ministro presso i Comitati per la legislazione di Senato e Camera \(25 marzo\)*](#), spec. p. 4 ss.

questione di fiducia sui maxi-emendamenti”¹⁰⁵, posticipando al 2026 riforme regolamentari del procedimento legislativo che possano arginare tale prassi.

Al fine di non minare la priorità di attuazione del PNRR, sarebbe, quindi, secondo tale orientamento¹⁰⁶, preferibile usufruire dell’ordinarietà – introiettata dalle dinamiche parlamentari sedimentatesi nel corso delle Legislature – di una patologia, ormai sistemica, qual è il binomio maxi-emendamento/questione di fiducia.

D'altronde, tale posizione si pone nel solco dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n.17/2019¹⁰⁷, laddove – al netto del fermo riconoscimento della esecrabilità della prassi in esame¹⁰⁸ – si afferma che “la stessa si è consolidata nel tempo [...] e se ne è fatto frequente uso sin dalla metà degli anni Novanta anche per l’approvazione delle manovre di bilancio da parte dei Governi di ogni composizione politica, in cerca di risposte alle esigenze di governabilità”¹⁰⁹.

Difatti, la conversione dei decreti-legge mediante maxi-emendamenti su cui viene posta la questione di fiducia è divenuta “ormai da anni prassi regolare con cui il Parlamento procede abitualmente, che integra una vera e propria modificazione tacita della Costituzione mediante il diritto parlamentare, rivolta ad imprimere velocità al procedimento ed a garantire comunque l’approvazione della legge di conversione in tempi ridotti e che incide in maniera rilevante sul rapporto Parlamento-Governo e particolarmente sui rapporti fra l’esecutivo e la propria maggioranza e fra la maggioranza e l’opposizione”¹¹⁰.

Il maxi-emendamento si sostanzia, com’è noto, in una proposta emendativa “formalmente riferita ad un solo articolo [...] ma di fatto sostitutiva dell’intero testo del progetto di legge (o di buona parte di esso), elaborata ai fini della posizione della questione di fiducia da parte del Governo sulla sua approvazione – secondo la formula di rito – *senza emendamenti [subemendamenti] ed articoli aggiuntivi*”¹¹¹.

In particolare, però, come anticipato, le maggiori criticità sono relative alla posizione della questione di fiducia sul maxi-emendamento.

¹⁰⁵ Così L. BARTOLUCCI, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, n. 2/2021, p. 145. Contra, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, cit., VII.

¹⁰⁶ L. BARTOLUCCI, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, cit., p. 145.

¹⁰⁷ Cfr. L. BARTOLUCCI, *Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 529.

¹⁰⁸ Cfr. Considerato in diritto 4.2. e. 4.5.

¹⁰⁹ Considerato 4.3 in diritto.

¹¹⁰ Così C. DE CESARE, *Le modificazioni tacite della Costituzione nell'attuale sistema parlamentare italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2010, p. 144.

¹¹¹ Così G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., pp. 260-261.

Difatti, il binomio maxi-emendamento/questione di fiducia, la cui genesi risale¹¹² all'approvazione della c.d. "legge truffa"¹¹³ (la legge 31 marzo 1953, n. 148), va ad impingere sul procedimento legislativo, sulla forma di governo e sulla certezza del diritto¹¹⁴, aggirando il principio di sincerità¹¹⁵ della volontà parlamentare, garantito dalla doppia votazione cristallizzata dall'articolo 72 Cost., ove si stabilisce che: "Ogni disegno di legge, presentato ad una Camera, è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa, che l'approva *articolo per articolo* e con votazione finale". Laddove, evidentemente, per articolo si intende "un 'a-tomo' normativo, nel senso etimologico di un *unum* che non può essere ulteriormente tagliato, una monade che contiene in sé una quantità definita di volontà precettiva, pur all'interno di un più ampio discorso normativo"¹¹⁶.

Per quanto pertiene il profilo procedurale, com'è noto, il vantaggio del ricorso alla posizione della questione di fiducia sul maxi-emendamento risulta, quindi, duplice: "da una parte, con un unico voto 'blindato', vengono fatte cadere – in chiave anti-ostruzionistica – tutte le proposte emendative alternative; dall'altra parte, vengono aggirati gli inconvenienti procedurali derivanti dall'apposizione della fiducia su più emendamenti al testo in discussione"¹¹⁷, con il rischio che, per alcune di queste votazioni, "si verifichi un assorbimento dell'emendamento alla cui approvazione il Governo aveva subordinato la propria permanenza in carica, con conseguente elusione della votazione fiduciaria"¹¹⁸.

È notorio che l'esplosione del fenomeno *de quo* si registri, per ragioni politico-istituzionali, nelle c.d. Legislature del maggioritario¹¹⁹ - non è, d'altronde, casuale la circostanza per cui sia proprio a partire dal 1995 che i maxi-emendamenti assumano dimensioni spropositate¹²⁰ - laddove, "con il maxi-emendamento il Governo mette in gioco non soltanto se stesso, ma anche il Parlamento, *dato che* la mancata approvazione della fiducia può infatti comportare molto più che nel passato la fine della Legislatura"¹²¹.

¹¹² Tale profilo è evidenziato da N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in N. LUPO, E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma, 2007, spec. p. 71 ss.

¹¹³ *Amplius* sul tema cfr. G. QUAGLIARELLO, *La legge elettorale del 1953*, Bologna, 2003.

¹¹⁴ Sul punto, cfr. *amplius* G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 117-211.

¹¹⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Il "principio di sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, Fascicolo 4, dicembre 2010, p. 584.

¹¹⁶ Così L. CUOCOLO, *I "maxi-emendamenti" tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 4762.

¹¹⁷ Così E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, cit., p. 808.

¹¹⁸ Così M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 25.

¹¹⁹ Sul punto, si vd. l'analisi ricognitiva di G. PICCIRILLI, *Numeri e tendenze dell'attività emendativa presso la Camera dei deputati nelle Legislature del maggioritario*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo: atti del seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009*, cit., 123 ss.

¹²⁰ Enfatizza tale profilo V. DI PORTO, *La "problematica prassi" dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale Il Filangieri, Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2017, p. 104.

¹²¹ Così V. DI PORTO, *La "problematica prassi" dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, cit., p. 105.

Allorquando, all'insegna della *democrazia decidente*, il Governo poté usufruire di un rinnovato, e più pervasivo, ruolo in Parlamento (si pensi ai novellati poteri in sede di programmazione dei lavori, al contingentamento dei tempi di discussione, al venir meno del voto segreto e ai limiti introdotti al potere di emendamento, soltanto per citarne alcuni), nel solco di un'ennesima eterogenesi dei fini, la disomogeneità e la frammentarietà delle maggioranze di Governo avallarono il ricorso al binomio, altamente distorsivo¹²², del maxi-emendamento/questione di fiducia.

A fronte della sistematizzazione di una ricca casistica sedimentatasi nel corso delle Legislature, dal punto di vista sostanziale, con mirabile sintesi, la dottrina ha distinto due diverse tipologie di maxi-emendamenti: “maxiemendamenti «conservativi», volti cioè a racchiudere in un'unica proposta di modifica l'intero provvedimento come approvato dalla Commissione, e maxiemendamenti «innovativi», che modificano in maniera sostanziale il provvedimento, spesso introducendo anche discipline del tutto nuove, prive di una stretta coerenza con la «materia» del progetto di legge in discussione”¹²³.

Invero, però, come accennato *supra*, a partire dal 2011, si è registrata, *de facto*, la “morte” dei maxi-emendamenti alla Camera e la loro trasfigurazione al Senato¹²⁴. In particolare, a partire dalla fine del IV Governo Berlusconi in poi, si consolida, alla Camera dei deputati, la prassi di porre la fiducia sul testo confezionato dalle Commissioni (il c.d. testo-A), decretando così la fine sostanziale del maxi-emendamento, il quale diviene “il vettore fotografico di tutti gli emendamenti che in esso vanno a confluire, non tutti graditi al Governo”¹²⁵.

Inoltre, “il ‘nuovo’ documento *che* reca il testo a fronte che compara le disposizioni della proposta originaria con quelle ‘consolidate’, così come risultanti dall'approvazione in sede referente [...] consente al Governo, ad esempio, di porre più facilmente la questione di fiducia, ai sensi dell'art. 116 del Regolamento della Camera, sul testo così come approvato dalla Commissione”¹²⁶. Si assiste, dunque, in risposta al “venir meno delle Commissioni come *habitat* naturale di una produzione legislativa largamente consensuale”¹²⁷, a una valorizzazione smisurata del ruolo delle stesse, alle quali vengono attribuite

¹²² Una prassi discutibile, ma non ancora apertamente censurata dalla Corte costituzionale (sent. n. 32/2014; ord. n. 17/2019). Sulla, già richiamata, ordinanza n. 17/2019 la letteratura è ampia, cfr., su tutti, N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n.4, 2019 e L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (a partire da violazioni di «prerogative» e «diritti» dei Parlamentari). Nota ad ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 aprile 2019.

¹²³ Così E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, cit., p. 808.

¹²⁴ Così V. DI PORTO, *La “problematica prassi” dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, cit., p. 113.

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ Ibidem

¹²⁷ Ibidem

“funzioni formalmente referenti e sostanzialmente redigenti, a scapito del *plenum* e delle altre Commissioni e dei deputati a queste ultime appartenenti”¹²⁸.

Tra l'altro, tale rigidità, a fronte di un ruolo soltanto ratificante dell'Aula, contribuisce, spesso, al farraginoso e subitaneo intervento di decreti correttivi.

Al Senato, invece, laddove, ai sensi della formulazione originaria dell'art. 78, c. 6, del Regolamento, gli emendamenti proposti in Commissione e da questa fatti propri dovevano essere presentati come tali all'Assemblea, il Governo usufruiva del maxi-emendamento per assemblare e riprodurre i singoli emendamenti approvati dalle Commissioni.

Dunque, da un punto di vista procedurale, i disegni di legge di conversione, al Senato, prima della novella regolamentare del 2022, integravano l'esempio plastico di una svalutazione del lavoro svolto in Commissione, dato che gli emendamenti approvati in quella sede dovevano essere riapprovati in seduta plenaria¹²⁹.

Con la riforma del Regolamento del Senato del 27 luglio 2022¹³⁰, nella prospettiva di uniformare le discipline regolamentari dei due rami del Parlamento a seguito della revisione costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari, si è formalmente abrogato il c. 6 dell'art. 78 del Regolamento del Senato¹³¹.

A tale abrogazione, soprattutto in termini di *drafting*, non può che guardarsi con particolare favore, atteso che consente al Governo di “porre anche al Senato la questione di fiducia sul testo uscito dalla Commissione, e dunque su un corpo normativo sicuramente più omogeneo e armonico dal punto di vista della sua redazione”¹³², garantendo in questo modo la “chiarezza della decisione e la valorizzazione del lavoro di Commissione”¹³³.

¹²⁸ Ibidem

¹²⁹ Evidenziano questo profilo N. LUPO, G. PICCIRILLI, *Omnibus Legislation and Maxi-Amendments in Italy: How to Circumvent the Constitutional Provision Requiring Approval of Bills 'Article by Article'*, cit., p. 60. Tra l'altro, l'articolo 78, c. 6, del Regolamento del Senato, antecedente alla novella del 2022, è stato oggetto di notevoli critiche tra cui quella di chi, come A. RAZZA, *La parificazione delle procedure di esame degli emendamenti ai decreti-legge tra Camera e Senato: prime proposte di riforma del Regolamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2018, p. 5, evidenziava un'ulteriore complicazione riguardante la circostanza per cui “quando, per esigenze connesse al calendario dei lavori parlamentari, la scadenza dei termini per la presentazione di emendamenti in Commissione è particolarmente ravvicinata a quella prevista per l'Aula, al Senato si verifica peraltro il fenomeno della ‘doppia presentazione’: identici emendamenti, a firma dello stesso senatore, sono depositati sia in Commissione sia in Assemblea [...] dopo aver ricevuto nuovamente (!) il parere favorevole della Commissione Bilancio”.

¹³⁰ G.U., Serie generale- n.182, 5-8-2022.

¹³¹ Tale proposta non è nuova, essendo già stata avanzata ad inizio Legislatura; cfr. Doc. II, n. 2, 18 ottobre 2018, d'iniziativa dei senatori Calderoli, Perilli e Patuanelli. Si veda, sul punto, A. RAZZA, *La parificazione delle procedure di esame degli emendamenti ai decreti-legge tra Camera e Senato: prime proposte di riforma del Regolamento*, cit., p. 2, nt. 1.

¹³² Così A. RAZZA, *La parificazione delle procedure di esame degli emendamenti ai decreti-legge tra Camera e Senato: prime proposte di riforma del Regolamento*, cit., p. 8.

¹³³ Così M. NARDINI, *Le prime prassi applicative del nuovo regolamento del Senato e le ulteriori prospettive di riforma regolamentare*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2024, p. 160, nt. 18.

Sebbene con riguardo a tale specifica technicalità la novella regolamentare del 2022 abbia, dunque, individuato una convergenza con la disciplina della Camera dei deputati, permangono tutt'oggi varie discrasie sussistenti, a dispetto del bicameralismo paritario, tra i regolamenti e le prassi dei due rami del Parlamento in ordine alle procedure di conversione dei decreti-legge. Su tali divergenze si tornerà nel paragrafo conclusivo, sia soltanto consentito evidenziare come negli interstizi di tali discrasie l'attuazione del PNRR si sia quasi fisiologicamente insinuata esacerbando, come visto, prassi distorsive pregresse.

3. Il PNRR e la definitiva *diluizione* dei presupposti giustificativi del decreto-legge

L'analisi svolta sinora ha consentito di enucleare le ragioni che, collocandosi nel contesto immediatamente successivo alla fase acuta dell'emergenza pandemica, sottendono al poderoso ricorso al decreto-legge nell'attuazione del PNRR.

Occorre, ora, focalizzarsi sulla criticità di ordine costituzionale più palese che emerge *prima facie* dalla lettura del Piano. Essa, con formula forse eccessivamente suggestiva, potrebbe definirsi la *definitiva diluizione* dei presupposti giustificativi *ex art.* 77, comma 2, Cost. della decretazione d'urgenza, operata dal dettagliato cronoprogramma – il cui orizzonte temporale è, perlomeno ad oggi, il 2026 – del Piano nazionale di ripresa e resilienza concertato tra il Governo italiano e le istituzioni europee¹³⁴. È, difatti, abbastanza intuibile che non possa programmarsi, con mesi e anni di anticipo, il ricorrere di effettivi “casi straordinari di necessità e d'urgenza” senza potenzialmente annichilire la valenza euristica degli stessi. Invero, i lemmi “piano” e “straordinaria urgenza” sembrano costituire una sorta di ossimoro che va contestualizzato nell'ambito di un dibattito dottrinale sulla definizione, niente affatto univoca, dei presupposti giustificativi del decreto-legge, che risulta essere tanto nutrito quanto antico. Già nel 1979, si evidenziava un “crescente divario tra la Costituzione e la prassi”¹³⁵ che muoveva proprio dalle notevoli “divergenze”¹³⁶ sussistenti in dottrina sui presupposti della decretazione d'urgenza. In particolare, gli Autori fondamentalmente si scindevano¹³⁷ tra coloro che ritenevano che tali presupposti sottendessero a “situazioni oggettivamente eccezionali, tali da porsi al di fuori delle consuete disponibilità del legislatore ordinario”¹³⁸ e coloro che, invece, abbracciavano una interpretazione più lasca dei requisiti

¹³⁴ Profilo, questo, posto sin da subito in enfasi da. A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, cit., p. 735 ss.

¹³⁵ Ibidem

¹³⁶ Così L. Paladin, *Artt- 76- 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi, Tomo II*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 56 ss.

¹³⁷ Una recente ricostruzione di tale dibattito dottrinale è esperita da L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci Editore, Bari, 2022, p. 27, nt. 51.

¹³⁸ Così L. PALADIN, *Artt- 76- 77*, cit., p. 56. Aderisce a questa posizione, tra gli altri, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, p. 116 ss., spec. p. 118, secondo cui “la ricostruzione molto lata, che finisce con l'identificare il concetto di necessità con quello della mera opportunità politica, facendo dell'urgenza l'unico ed effettivo presupposto

di necessità e urgenza, in quanto tale latamente subalterna al contingente programma di governo. Celeberrima, in tal senso, è la distinzione coniata da Carlo Esposito tra “necessità assoluta e necessità relativa come condizioni della adozione dei decreti legge”¹³⁹, che pure è stata oggetto di numerose, e talvolta strumentali, riletture in anni più recenti¹⁴⁰.

Così come ampio fu il dibattito relativo alla concezione unitaria, o meno, del sintagma dei “casi straordinari di necessità e d’urgenza” di cui all’art. 77, c. 2, Cost. La schiera di coloro i quali ravvedevano nei due requisiti una tipica ipotesi di endiadi si contrapponeva a quella di coloro che invece rivendicavano l’autonomia di due concetti distinti, benché complementari¹⁴¹.

Non è questa la sede, evidentemente, per poter ripercorrere analiticamente tutte le implicazioni di questo ricco dibattito. Sia consentito soltanto evidenziare che, volgendo uno sguardo alla prassi, è possibile retrodatare un deciso *affievolimento* dei presupposti giustificativi della decretazione d’urgenza già a partire dai primi anni Settanta del Novecento, considerando specificamente le “misure urgenti per l’Università” dell’ottobre del 1973¹⁴². Ciò che, da allora, progressivamente si è registrato è un sempre più pervasivo *slabbramento* dei requisiti di necessità ed urgenza, tale da “trasformare questo presupposto in una semplice valutazione di opportunità politica”¹⁴³.

Guardando agli anni più recenti, in tale contesto, dunque, va collocata l’esperienza relativa al Piano nazionale di ripresa e resilienza, rispetto alla quale vi è chi ritiene – tenendo conto dei frequenti richiami al Regolamento UE 241/2021 contenuti nei preamboli dei decreti-legge attuativi del PNRR – che

giustificativo dell’istituto che ne occupa [...] non sembra aderente alla lettera e allo spirito della normativa costituzionale”.

¹³⁹ C. ESPOSITO, *Decreto-legge (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 834 ss. specificava che “in Italia, diversamente che in altri Paesi, non si contempla (nell’art. 77) solo l’eventualità di misure del Governo dirette alla salvezza dello Stato, alla tutela dell’ordine pubblico, alla conservazione di beni o di valori fondamentali riconosciuti e consacrati in Costituzione, e perciò provvedimenti presi in situazione di assoluta necessità ed urgenza, ma bensì quella di provvedimenti necessitati ed urgenti solo in relazione a fini proposti dal Governo”. Per una, compiuta e recente, analisi della tesi di Esposito, cfr. C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. Simoncini (a cura di), *L’emergenza infinita*, EUM, Macerata, 2006, p. 57 ss.

¹⁴⁰ Cfr. N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2014, spec. p. 4.

¹⁴¹ Il dibattito è ricostruito da D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, spec. pp. 32-35. L’Autore evidenzia che A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 262, tra gli altri, milita a favore della tesi della c.d. endiadi della necessità e dell’urgenza, laddove, invece, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., p. 116 e A. CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge*, cit., p. 392 ss., *ex multis*, li ritengono due termini distinti. Assume una posizione ostativa alla concezione unitaria del sintagma *de qua* lo stesso D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, cit., p. 33, nt. 155, secondo cui “i due concetti – la *necessità* e l’*urgenza* – rimangono due ipotesi differenti, tanto che ben potrebbe darsi sul piano teorico non solo una necessità non urgente ma, anche, una urgenza non necessaria”.

¹⁴² Cfr. L. PALADIN, *Artt- 76- 77*, cit., pp. 60-61. In particolare, l’Autore ritiene che tale tendenza si consolidi, poi, con il decreto sulla durata massima della carcerazione preventiva e con il nuovo regime del mercato mobiliare e dei titoli azionari (entrambi risalenti all’aprile del 1974).

¹⁴³ A. PIZZORUSSO, *Le fonti primarie*, in A. PIZZORUSSO, S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano. Le fonti scritte*, 1998, p. 128

l'attuazione del Piano sia stata introiettata surrettiziamente nei presupposti giustificativi dei decreti-legge¹⁴⁴.

L'attuazione del Piano sembra, in tal senso, confermare la natura di “disegno di legge rinforzato a urgenza garantita”¹⁴⁵ del decreto-legge, cui il Governo fa ricorso non tanto “per garantirsi il monopolio della produzione legislativa a scapito del Parlamento, quanto, piuttosto, per fruire di procedimenti motorizzati, idonei, cioè, a garantire tempi certi alla decisione delle Camere, pur non essendo strettamente funzionali a eludere il confronto parlamentare”¹⁴⁶.

Vi sono altri, invece, che muovendo da una prospettiva collaterale ritengono che, a dispetto di una certa laconicità dei c.d. decreti-legge PNRR nel motivare la sussistenza dei presupposti giustificativi *ex art.* 77, c.2, Cost., i requisiti della necessità¹⁴⁷ e dell'urgenza¹⁴⁸ siano invero soddisfatti: la prima dalla “condizione di pericolo, legata alla perdita dei finanziamenti europei”¹⁴⁹; la seconda, dall'esigenza di un provvedimento tempestivo, che laddove tardasse pregiudicherebbe il recepimento della rata di finanziamento¹⁵⁰.

D'altronde, anche con riguardo ad alcuni decreti attuativi del Piano non immediatamente operativi, può osservarsi che sia stata la stessa Consulta a specificare che “la giurisprudenza costituzionale [...] ha in più occasioni chiarito che la necessità di provvedere con urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge (sentenze n. 97 del 2019, n. 5 del

¹⁴⁴ Cfr. M. FERRARA, *Il controllo presidenziale sulla decretazione d'urgenza nel contesto del “co-governo” tra Italia e Unione europea*, cit., p. 66. In particolare, per l'Autrice “l'attuale prassi legata al PNRR evidenzia un meccanismo di assorbimento automatico e strutturale della ‘causa’ europea entro il comma II dell'art. 77 Cost.”.

¹⁴⁵ In questi termini il classico A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in A. PREDIERI, F. CAZZOLA, A. PRIULLA (a cura di), *Il decreto-legge tra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, p. 6.

¹⁴⁶ Così G. RIVOSCECHI, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, cit., p. 381-382.

¹⁴⁷ Secondo C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, III edizione, Utet, Torino, 1976, p. 321 “la necessità deve atteggiarsi [...] ad elemento essenziale della fattispecie regolata, non a semplice movente della disposizione. I ‘casi’ di necessità, cui si riferisce l'art. 77, sono perciò i ‘casi regolati’; i quali debbono consistere in fattispecie ‘straordinarie’ (cioè fuori dalle ordinarie disponibilità di intervento legislativo), per le quali l'intervento eccezionale del Governo ‘appaia’ necessario, ‘urgente’ e volto a statuire in via meramente ‘provvisoria’. In questa terminologia, tratta dall'art. 77, si annida l'unico ed intero limite sostanziale alla legislazione d'urgenza del Governo. La quale risulterà legittima solo che siano rispettate le predette, tassative condizioni”.

¹⁴⁸ Per G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., p. 123 “in senso lato, l'urgenza si identifica con l'esigenza di provvedere sollecitamente alla soddisfazione di un bisogno, onde evitare gli inconvenienti che potrebbero derivare dall'eventuale ritardo”.

¹⁴⁹ Cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il decreto-legge ai tempi del PNRR: verso un'ordinaria straordinarietà*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2024, p. 172

¹⁵⁰ *Ibidem*. Tale ricostruzione è coerente con la tesi di D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, cit., p. 33, secondo cui il rapporto che intercorre tra i requisiti della necessità e dell'urgenza “è di tipo progressivo: solo una volta che si sia riscontrata l'esigenza di un dato intervento normativo, la sua indispensabilità per tutelare interessi e/o beni giuridici (la *necessità*), potrà valutarsi se esso sia anche improrogabile, ovvero che non è possibile adottarlo secondo i modi e i tempi dell'ordinario procedimento legislativo (*l'urgenza*)”.

2018, n. 236, n. 170 e n. 16 del 2017)¹⁵¹. In tale prospettiva, allora, il vero ridimensionamento riguarderebbe soltanto la straordinarietà, che risulterebbe depotenziata dalla “stabilizzazione sempre degli stessi requisiti di necessità e di urgenza”¹⁵², la quale evocherebbe, in un certo qual modo, quanto avvenuto in passato con la prassi distorsiva della reiterazione dei decreti-legge, poi fermamente sanzionata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 360/1996¹⁵³.

Invero, però, indipendentemente dalle considerazioni di chi individua nella straordinarietà una funzione meramente iterativa¹⁵⁴ e rafforzativa¹⁵⁵ dei presupposti di necessità e urgenza, si ritiene che il primo argomento da cui si desume la circostanza per cui nelle vicende attuative del Piano sia stato palesemente pretermesso il requisito della straordinarietà è un altro, e vada ricercato nella tesi consolidata di chi nella *straordinarietà* ha storicamente ravvisato un chiaro sinonimo di *imprevedibilità*¹⁵⁶. Difatti, il concetto di imprevedibilità pare porsi in un rapporto di reciproca, ed esplicita, esclusione rispetto ad una politica di piano, qual è il PNRR, il cui orizzonte temporale, concertato con Bruxelles, supera il lustro.

4. L'evoluzione di un sindacato storicamente timido della Corte costituzionale sui vizi del decreto-legge

Rispetto alle prassi distorsive della decretazione d'urgenza, la Corte costituzionale non è rimasta inerme, sino, da ultimo, alla sent. n. 146/2024, la quale si inserisce nel solco di un consolidato, benché spesso discontinuo, ampliamento dello scrutinio della Consulta sulla decretazione d'urgenza¹⁵⁷. Una giurisprudenza, questa, che, per quanto qui rileva, va indagata dato che talvolta, in conformità a una tipica ipotesi di eterogenesi dei fini, ha posto un argine ad alcuni abusi innescandone collateralmente degli altri,

¹⁵¹ Punto 6.2.2 del Considerato in diritto della sentenza n. 149/2020. Invero, la Corte costituzionale, già nel punto 13 del Considerato in diritto della sentenza n. 62/2005, aveva specificato che “L’urgenza infatti riguarda il provvedere, anche quando occorra tempo per conseguire il risultato voluto”.

¹⁵² Cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il decreto-legge ai tempi del PNRR: verso un’ordinaria straordinarietà*, cit., p. 174.

¹⁵³ *Ibidem*. Sulla sentenza n. 360/1996 e sull’impatto della stessa sulla *fenomenologia* del decreto-legge, cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d’urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, spec. p. 301 ss. laddove si specifica che la pronuncia, benché abbia posto fine alla prassi della reiterazione, non sia in ogni caso riuscita a ricondurre il decreto-legge in un “alveo costituzionalmente fisiologico”.

¹⁵⁴ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, cit., p. 262.

¹⁵⁵ M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della “necessità ed urgenza” dei decreti-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, p. 1445.

¹⁵⁶ Cfr., *ex multis*, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione. Terza edizione aggiornata ed ampliata*, Cedam, Padova, 2011, p. 196, secondo cui “la Costituzione parla di ‘casi straordinari di necessità e urgenza’, cioè di casi che stanno fuori dagli accadimenti normali e sono, di conseguenza, imprevedibili”.

¹⁵⁷ Per una panoramica completa e dettagliata della giurisprudenza costituzionale in tema di decretazione d’urgenza, cfr. R. NEVOLA (a cura di), *La decretazione d’urgenza nella giurisprudenza costituzionale*, Corte costituzionale-Servizio Studi, settembre 2018, STU304. Sul punto, la dottrina è davvero nutrita. Cfr., *ex multis*, R. ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006, p. 107 ss.; C. DOMENICALI, *Una decade di giurisprudenza costituzionale. Le principali tendenze dopo la sentenza n. 22 del 2012*, in F. BAILO, M. FRANCAVIGLIA (a cura di), *Bilanci e prospettive intorno ai poteri normativi del governo*, Napoli, Jovene editore, 2023. Se si vuole, sia consentito rinviare anche ad. A.M. ACIERNO, *La legge di conversione del decreto-legge al banco di prova del Covid-19*, cit., pp. 91-92.

a piena dimostrazione di quanto la fenomenologia della decretazione d'urgenza sia una storia di infiniti “paradossi”¹⁵⁸.

Riferimento ineludibile, in tal senso, è alla storica sentenza della Corte costituzionale n. 360/1996, la quale, pur sancendo, commendevolmente, il divieto di reiterazione dei decreti-legge, ha – in conformità ad una sorta di effetto *rimbalzo* – contribuito alla ‘drammatizzazione’ e alla ‘complessificazione’ della conversione degli stessi, comportando la loro riduzione numerica ed espansione contenutistica (concorrendo alacremente alla proliferazione di decreti *omnibus* multisettoriali¹⁵⁹), avallando il ricorso alla questione di fiducia e agevolando il fenomeno delle intersezioni e sovrapposizioni tra decreti in fase di conversione¹⁶⁰.

Ciò su cui, però, occorre porre l'attenzione è il vaglio esperito dalla Corte costituzionale sui “casi straordinari di necessità e d'urgenza”.

Difatti, appurato il processo di progressivo *svilimento* dei presupposti giustificativi del decreto-legge, la cui acme è stata raggiunta, da ultimo, come visto, coi provvedimenti attuativi del PNRR, ci si può interrogare sul ruolo rivestito dalla giurisprudenza costituzionale rispetto a tale *annichilimento* dei requisiti *ex art. 77, c. 2, Cost.*, fino alla recente svolta impressa dalla sent. n. 146/2024.

È notoria la circostanza per cui la Corte costituzionale abbia mutuato un atteggiamento di tipico *self restraint* nel sindacato di costituzionalità sui presupposti giustificativi del decreto-legge, atteso che “è la stessa politicità dei presupposti che reclama la politicità della sede del controllo”¹⁶¹.

La sent. n. 146/2024, per quanto qui rileva, però, presenta profili di particolare interesse perché, come vedremo, a distanza di ben 16 anni¹⁶² dall'ultimo – e simile – intervento caducatorio, la Consulta ha dichiarato nuovamente illegittima una disposizione normativa per evidente mancanza dei casi straordinari di necessità ed urgenza, restituendo così agli stessi quella gravidanza assiologica che l'art. 77, c. 2, Cost. gli riconosce.

¹⁵⁸ Così A. DI GIOVANE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996, p.9. Di “paradosso della fine della reiterazione” parla invece A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996*, cit., p. 41 ss.

¹⁵⁹ Sull'incremento dei decreti-legge c.d. *omnibus* in seguito alla sentenza n.360/1996, cfr. N. LUPO, G. PICCIRILLI, *Omnibus Legislation and Maxi-Amendments in Italy: How to Circumvent the Constitutional Provision Requiring Approval of Bills 'Article by Article'* in IT'AI BAR-SIMAN-TOV (edited by), *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Springer, 2021, p.49.

¹⁶⁰ Questa tesi è stata, sin da subito, sostenuta da V. DI PORTO, *La decretazione d'urgenza tra reiterazione impossibile e problematica conversione: traffico legislativo e decreti-legge in Parlamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 360 del 1996*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma: Camera dei deputati. Servizio informazione parlamentare e relazioni esterne, 1998, pp. 317-345.

¹⁶¹ M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale: tendenze recenti*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1162.

¹⁶² Tale profilo è sin da subito posto in enfasi da C. DOMENICALI, *La sentenza n. 146 del 2024 e il riposizionamento del controllo sul decreto-legge: una nuova chiamata alle armi della Corte costituzionale?*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3, 2024, p. 1 ss. che, non a caso, la definisce “una decisione attesa da tempo”.

In tal senso, la sent. n. 146/2024 consolida¹⁶³ quell'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 29/1995 con cui la Corte costituzionale, in un celebre *obiter dictum*¹⁶⁴, prese storicamente le distanze dalle sue precedenti sentenze c.d. “inibitrici”¹⁶⁵ con cui la giurisprudenza costituzionale – negli anni Ottanta e nei primi anni Novanta¹⁶⁶ – “schermendosi dietro le virtù sananti della legge di conversione”¹⁶⁷ aveva precluso il sindacato sulla mancanza dei presupposti giustificativi del decreto-legge ritenendo la stessa, per l'appunto, *sanata* dalla c.d. novazione della fonte¹⁶⁸.

Il primo punto di svolta rispetto a tale orientamento *assolutorio* della Corte lo si ha, per l'appunto, nel 1995, allorché la sentenza n. 29 sancisce, come noto, per la prima volta, che l’ “evidente mancanza” dei casi straordinari di necessità e di urgenza comporta tanto un vizio di legittimità del decreto-legge quanto un vizio *in procedendo* della legge di conversione¹⁶⁹. Per lungo tempo, però, tale orientamento, per quanto fosse stato confermato – non senza “incertezze teoriche”¹⁷⁰ – dalla giurisprudenza costituzionale¹⁷¹, non era mai addivenuto a una declaratoria di illegittimità¹⁷².

È, difatti, soltanto con la sent. n. 171/2007 che la Consulta dichiarò l’illegittimità costituzionale di una legge di conversione per *evidente* insussistenza dei casi straordinari di necessità e urgenza, confermando

¹⁶³ Il punto 6 del considerato in diritto della sentenza n. 146/2024 richiama il punto 2 del Considerato in diritto della sentenza n. 29/1995.

¹⁶⁴ Cfr. Considerato 2 in diritto della sentenza n. 29/1995.

¹⁶⁵ Cfr. I Commissione permanente, Camera dei deputati, Relazione all’Assemblea su tutti gli aspetti relativi al fenomeno della decretazione d’urgenza, Mercoledì 15 luglio 2015, XVII Legislatura, p. 41.

¹⁶⁶ Il riferimento è alle seguenti pronunce: sentenza n. 108/1986 (considerato 6 in diritto); sentenza n. 243/1987 (considerato 3 in diritto); ordinanza n. 808/1998; ordinanza n. 810/1988; sentenza n. 263/1994 (considerato 7.4 in diritto).

¹⁶⁷ Cfr. I Commissione permanente, Camera dei deputati, Relazione all’Assemblea su tutti gli aspetti relativi al fenomeno della decretazione d’urgenza, cit., p. 41.

¹⁶⁸ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale classico sia favorevole che contrario alla qualificazione della conversione come novazione, che muova da uno studio approfondito del paradigma civilistico di tale istituto, cfr. F. VARI, *Sulla natura della conversione del decreto-legge e sull’efficacia sanante della stessa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2, 2011, spec. p. 4 ss.

¹⁶⁹ F. ANGELINI, *Il controllo della Corte costituzionale sui presupposti giustificativi della decretazione d’urgenza “entra dalla porta e riesce dalla finestra”*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10, 2002, p. 1789, definisce la sentenza n. 29/1995 una “pietra miliare”.

¹⁷⁰ Si mutua l’espressione da C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d’urgenza come potere discrezionale vincolato*, Editoriale Scientifica, Napoli. 2018, p. 104.

¹⁷¹ Cfr., *ex multis*, le sentenze nn. 161/1995; 270/1996; 330/1996. Sul punto, cfr. *amplius* I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), Camera dei deputati, Relazione all’Assemblea su tutti gli aspetti relativi al fenomeno della decretazione d’urgenza (approvata ai sensi dell’articolo 143, c.1, del Regolamento della Camera dei deputati), Mercoledì 15 luglio 2015, XVII Legislatura, p. 41 ss.

¹⁷² R. ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Simoncini (a cura di), *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006, p. 112 evidenzia che larga parte delle questioni sollevate – dopo la sentenza n. 29 del 1995 – con riguardo alla mancanza dei requisiti di cui all’articolo 77, c. 2, Cost., siano state risolte con pronunce di carattere processuale. In particolare, si evidenzia che, nelle ordinanze nn. 165 e 166/1999, 221, 259 e 306/1999, la Corte provvede alla restituzione degli atti ai giudici *a quibus* dato che le disposizioni censurate erano state, dopo la data di emanazione dell’ordinanza di rinvio, modificate da parte di successivi decreti, della legge di sanatoria o di altri atti normativi. L’ordinanza n. 258/1999, invece, dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate in quanto ritenute irrilevanti nei processi *a quibus*. Similmente, l’ordinanza n. 409 del 2002 dichiara le questioni di legittimità costituzionale manifestamente inammissibili: la prima causa, per la sua palese irrilevanza e, la seconda causa, per difetto assoluto di motivazione circa la rilevanza.

tale indirizzo nella successiva sent. n.128/2008¹⁷³. In entrambe le pronunce¹⁷⁴, come noto, l'evidente mancanza dei presupposti giustificativi del decreto-legge venne ricondotta al canone, “sfuggente ed ambiguo, quanti altri mai”¹⁷⁵, della omogeneità, che della *mancanza evidente* dei requisiti *ex art. 77 Cost.* divenne indice. È, d'altronde, pressoché pacifico¹⁷⁶ che le occasioni in cui la Corte dichiara illegittime costituzionalmente le leggi di conversione per *evidente* mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza sono molto meno frequenti rispetto ai casi in cui la declaratoria di illegittimità censura l'inserimento in fase di conversione di norme eterogenee rispetto al contenuto del decreto-legge¹⁷⁷. Le ragioni per cui il vizio della mancanza dei presupposti non sia riuscito a sollecitare con solerzia, nell'ambito del giudizio in via incidentale, la reazione del “portiere della Corte costituzionale”¹⁷⁸, ossia il giudice comune – che, invece, buona prova di sé aveva dato nell'animare la c.d. “ribellione organizzata”¹⁷⁹ che condusse alla sanzione della prassi della reiterazione dei decreti-legge con la sent. n. 360/1996 – è secondo alcuni riconducibile alla difficile perimetrazione, e conseguente verificabilità, del carattere della *evidenza*, da cui discende non soltanto, come accennato, una certa riluttanza da parte dei giudici *a quibus* a sollevare questioni di costituzionalità poiché timorosi di “compiere valutazioni politiche che sono loro precluse”¹⁸⁰, ma anche un atteggiamento estremamente, forse eccessivamente, prudente della Corte costituzionale, che finisce per limitare¹⁸¹ il proprio sindacato soltanto al “macroscopico difetto dei presupposti della

¹⁷³ Nel caso di specie – come evidenziato da C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, cit., pp. 107-108 – “la Corte non si è limitata ad accertare l'evidente disomogeneità delle norme censurate: in modo più penetrante rispetto al precedente del 2007, ha verificato se la *ratio* della disposizione apparentemente eterogenea corrispondesse alla medesima giustificazione d'urgenza del provvedimento”.

¹⁷⁴ D. CHINNI, *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*, in *Associazione dei costituzionalisti* evidenzia che la Corte costituzionale, nella sentenza del 2007, ha incardinato il vaglio del vizio della evidente mancanza dei presupposti giustificativi *ex art. 77, c.2, Cost.* sulla disomogeneità del decreto-legge, laddove, invece, nella pronuncia del 2008, il ruolo rivestito dalla disomogeneità nel percorso motivazionale intrapreso dalla Consulta è molto più marginale, costituendo un argomento “tutt'al più *ad adiuvandum*”.

¹⁷⁵ Così P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, p. 408. Cfr., sul punto, *ex plurimis*, A. DI CARLO, *Omogeneità e decreti-legge: spunti di riflessione da uno studio di casi concreti della XVI Legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2011; N. Lupo, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile ma includibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 419-458.

¹⁷⁶ Evidenza tale profilo D. CHINNI, *La probatio diabolica della “evidente mancanza” dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2, 2020 secondo cui (p.5) “l'impressione, insomma, è che per i giudici risulti più semplice censurare l'“uso improprio” – per usare la formula della sentenza n. 22 del 2012 – del potere di conversione messo in atto dal Parlamento, piuttosto che l'illegittimo ricorso al decreto-legge da parte del Governo”. Una tendenza, questa, che all'Autore “appare, per un verso, non comprensibile e, per un altro, criticabile”.

¹⁷⁷ Cfr., *ex multis*, le sentenze nn. 22/2012, n. 32/2014, 247 /2019 e 245/2022.

¹⁷⁸ Celeberrima espressione di P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Con una lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti*, Cedam, Padova, 1950, p. 341.

¹⁷⁹ A. CELOTTO, *Sarà il giudice ordinario a limitare la reiterazione del decreto-legge?*, in *Diritto e Società*, 1995, p. 539.

¹⁸⁰ D. CHINNI, *La probatio diabolica della “evidente mancanza” dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, cit., p. 4.

¹⁸¹ Cfr. A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID. (a cura di), *L'emergenza infinita*, cit., pp. 40-41.

decretazione”¹⁸², tanto da ridurre spesso l’art. 77 Cost. a un mero “parametro in quiescenza”¹⁸³. Guardando all’oggi, dunque, la diluizione dei presupposti giustificativi del decreto-legge, suggellata – da ultimo e in maniera esemplificativa nel 2021, con la definizione dei contenuti del PNRR – può essere stata in parte avallata anche da un sindacato sui vizi della decretazione d’urgenza che, come visto, è “diventa[to] rapsodico, orientato più dalle circostanze e dalle sensibilità del momento che da criteri definiti e stabili che possano rendere non del tutto imprevedibile la decisione del giudice delle leggi”¹⁸⁴. D’altronde, benché i canali di accesso al sindacato della Corte sulla decretazione d’urgenza siano negli anni aumentati¹⁸⁵ rispetto al più congeniale giudizio in via incidentale¹⁸⁶, si conferma una sostanziale refrattarietà della Corte costituzionale a sanzionare i vizi formali della legge¹⁸⁷. Considerando l’esperienza attuativa del PNRR, tale “tendenza alla concretezza”¹⁸⁸ palesata tradizionalmente dalla Consulta potrebbe, forse collateralmente, avere disincentivato il rispetto rigoroso dell’art. 77, c. 2, da parte di un Governo impegnato, in maniera inedita, nella definizione e attuazione di un Piano *performance-based* in cui in cui il meccanismo condizionale del *cash for reforms*¹⁸⁹, chiara estrinsecazione di un principio – per l’appunto – di concretezza, subordina la ricezione dei fondi europei

¹⁸² Considerato 4.1 in diritto della sentenza n. 29 del 2002.

¹⁸³ Cfr. G. DI COSIMO, *Il parametro in quiescenza*, in Id. (a cura di), *L’emergenza infinita*, cit., p. 225 ss.

¹⁸⁴ Così D. CHINNI, *La probatio diabolica della “evidente mancanza” dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, cit., p. 18.

¹⁸⁵ Sul punto, cfr. C. DOMENICALI, *Una decade di giurisprudenza costituzionale. Le principali tendenze dopo la sentenza n. 22 del 2012*, cit., p. 49 ss.

¹⁸⁶ Il primo riferimento è all’impugnazione dei decreti-legge da parte delle Regioni, le quali – in conformità a un consolidato orientamento giurisprudenziale (vd., da ultimo, sentt. Corte cost. nn. 108, 187, 220/2021; 40/2022; 6/2023) – possono impugnare atti normativi statali evocando parametri costituzionali differenti da quelli relativi al riparto di competenza legislativa, soltanto quando la violazione “ridondi” in una lesione della sfera delle attribuzioni regionali. Sulla ridondanza, cfr., *ex multis*, M. CECCHETTI, *La “ridondanza” tra mitologia e realtà. Vizi deducibili e legittimazione delle Regioni a difendere le proprie attribuzioni costituzionali contro gli atti legislativi dello Stato*, in AA.VV., *I ricorsi in via principale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 279 ss; E. ROSSI, *La ridondanza, sai, è come il vento... Considerazioni sui ricorsi regionali nei confronti di atti normativi statali nel giudizio in via principale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 24 marzo 2020. Non può, poi, non farsi riferimento al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato che è stato ritenuto ammissibile avverso la legge e gli atti aventi forza di legge “ma solo ‘in situazioni particolari’, [...] in cui il ricorso allo strumento del conflitto tra i poteri dello Stato rappresenti la forma necessaria per apprestare una difesa immediata ed efficace” (così ord. Corte cost. n. 480/1995). In tal senso, come evidenziato da E. Malfatti, S. Paunizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale, Ottava edizione*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 268, “il conflitto su atto legislativo viene a caratterizzarsi per una certa sussidiarietà rispetto al consueto giudizio in via incidentale, trovando spazio laddove l’urgenza di reagire all’incostituzionalità invasiva dell’atto appaia difficile o addirittura impossibile [...]”.

¹⁸⁷ Cfr. D. CHINNI, *Sulla revisione costituzionale delle disposizioni relative al Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, p. 13.

¹⁸⁸ L’espressione è di G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro italiano*, Vol. 93, n. 3, marzo 1970, pp. 28-31, secondo cui “In realtà, quasi sempre, se ex art. 76-77 Cost. si è dichiarata l’incostituzionalità d’una legge, lo si è fatto... perché sotto premevano altri motivi costituzionalmente rilevanti quantunque non indicati. [...] L’impressione è questa: che, più o meno consapevolmente, si sono colpite solo le norme viziate per il loro intrinseco contenuto anziché per contrasto con gli art. 76-77. Come dire che si è guardato alla sostanza della normazione delegata più che al testo delle leggi di delegazione o al procedimento di formazione dell’atto legislativo. [...] Mi sono limitato ad additare una tendenza verso la concretezza e contro il formalismo [...]”.

¹⁸⁹ Si mutua l’espressione da P. LEINO-SANDBERG, *Recovery and Resilience Facility two years after- quo vadis EU money?*, in *Verfassungsblog*, 28 settembre 2023.

del NGEU al soddisfacente conseguimento degli obiettivi e dei traguardi individuati, e indicati, dai singoli Stati membri nei propri Piani nazionali.

5. La sentenza n. 146 del 2024

La Corte costituzionale, con la sent. n. 146/2024, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 3, del decreto-legge n. 51/2023 (recante "Disposizioni urgenti in materia di amministrazione di enti pubblici, di termini legislativi e di iniziative di solidarietà sociale"), convertito, con modificazioni, nella legge n. 87/2023, ritenendo che lo stesso fosse privo dei presupposti giustificativi della decretazione d'urgenza *ex art. 77, c. 2, Cost.* Nel caso di specie, la disposizione normativa impugnata prevedeva che, a decorrere dal 1° giugno 2023, i sovrintendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche che, alla data di entrata in vigore del decreto n. 51, avessero compiuto il settantesimo anno di età, cessassero anticipatamente dalla carica, "indipendentemente dalla data di scadenza degli eventuali contratti in corso".

In particolare, la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale ordinario di Napoli che, in funzione di giudice del lavoro, era stato chiamato a decidere sul reclamo che la Fondazione Teatro San Carlo – la quale, con comunicazione del 26 maggio 2023, in virtù della disposizione censurata, aveva revocato anticipatamente e con effetto immediato l'incarico di sovrintendente della Fondazione, avente scadenza 31 marzo 2025, conferito a Stéphane Lissner – proponeva avverso l'ordinanza cautelare n. 19882/23¹⁹⁰ con cui il giudice monocratico del lavoro del Tribunale di Napoli aveva reintegrato il sovrintendente Lissner, accogliendo il ricorso d'urgenza proposto da questi contro il provvedimento di recesso.

Il giudice rimettente denuncia, dapprima, la violazione dell'art. 3 Cost., per violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, in quanto la disposizione censurata è ritenuta "irragionevole e sproporzionata non essendo né necessaria né idonea al raggiungimento degli scopi indicati, non essendovi congruità tra mezzi (risoluzione *ante tempus* di un unico rapporto a termine) e fini perseguiti (ricambio generazionale e, quindi, ingresso nel mercato del lavoro di un numero indeterminato di candidati per altrettanti posti vacanti)"¹⁹¹. In particolare, nell'ordinanza di rimessione, mutuando anche alcuni passaggi degli atti parlamentari prodromici alla definizione della disciplina transitoria introdotta dalla disposizione censurata¹⁹², si evidenzia espressamente che la norma impugnata introduca *de facto* una disciplina

¹⁹⁰Il testo dell'ordinanza è reperibile in G.M. MARSICO, *Sulla revoca dell'incarico di sovrintendente del Teatro San Carlo di Napoli: un difficile bilanciamento tra principio d'eguaglianza, finanza pubblica e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 15 febbraio 2024.

¹⁹¹ Così Ordinanza del 25 ottobre 2023 del Tribunale di Napoli ([GU 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n.10 del 6-3-2024](#)), p. 9.

¹⁹² Cfr. Ordinanza del 25 ottobre 2023 del Tribunale di Napoli, p. 8.

schiettamente *ad personam*¹⁹³, o forse meglio *contra personam*, dato che il dottor Lissner figurava come unico sovrintendente ad avere compiuto 70 anni prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 51/2023 e ad avere un incarico ancora in corso.

Il giudice *a quo*, poi, lamenta un contrasto con gli articoli 97 e 98 Cost., dato che la disposizione impugnata, prevedendo la cessazione automatica dell'incarico, in corso di rapporto e in maniera avulsa da un qualsiasi tipo di valutazione dell'attività svolta dal sovrintendente, inficerebbe il buon andamento e la continuità dell'azione amministrativa, privando contestualmente “il soggetto dichiarato decaduto delle garanzie del giusto procedimento, nell'ambito del quale accertare i risultati conseguiti nello svolgimento dell'incarico”¹⁹⁴.

Infine, il giudice rimettente censura la violazione dell'art. 77 Cost. rimarcando l'evidente mancanza dei presupposti giustificativi del decreto-legge, avvalorata dall'assenza di una corrispondenza tra la disposizione impugnata e i fini perseguiti dal decreto-legge¹⁹⁵.

La Corte costituzionale, innanzitutto, per quanto concerne i profili preliminari, ritiene infondate le eccezioni di inammissibilità per difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevate dall'Avvocatura dello Stato. Difatti, la Consulta ritiene che il giudice *a quo* abbia fornito una motivazione non implausibile che supera il vaglio esterno su cui si incardina notoriamente il giudizio della Corte costituzionale sulla sussistenza della rilevanza¹⁹⁶.

Nel merito, poi, la Corte costituzionale dichiara fondata la questione relativa alla violazione dell'art. 77 Cost., dichiarando assorbite le altre censure. È interessante evidenziare che la sent. n. 146 del 2024 si ponga chiaramente nel solco dell'orientamento dottrinale prevalente¹⁹⁷ secondo cui sussistono “rapporti

¹⁹³ Come ribadito da L. DE CARLO, *Il decreto-legge di nuovo sotto il controllo della Corte*, in *Le costituzionaliste*, 17 dicembre 2024: “Dietro tale riforma risiedeva verosimilmente la volontà del governo Meloni di sostituire l'amministratore delegato della Rai – Radiotelevisione Italiana S.p.A. Carlo Fuortes, il quale aveva assunto tale incarico, di durata ordinariamente triennale[...], durante il precedente esecutivo presieduto da Mario Draghi [...]”. Sull'eco mediatica della vicenda, si vd., *ex multis*, V. AZZOLINI, *Disposti a tutto per avere la Rai. Le bizzarrie della “legge Fourtes”*, in *Domani*, 11 maggio 2023.

¹⁹⁴ Così Ordinanza del 25 ottobre 2023 del Tribunale di Napoli, p. 10.

¹⁹⁵ Cfr. il preambolo del D.l. 10 maggio 2023, n. 51, conv. con mod. dalla L. n. 87/2023.

¹⁹⁶ La giurisprudenza costituzionale è consolidata sul punto. Cfr., *ex plurimis* e da ultimo, sent. n. 25/2025 (considerato 2.2.2 in diritto).

¹⁹⁷ Cfr., *ex plurimis*, A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986; G. PITRUZZELLA, *Decreto-legge e forma di governo* in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2006, p. 63-72; A. SIMONCINI, *Il potere legislativo del Governo tra forma di governo e forma di stato*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Università di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 509-527; F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1975; V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale: atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Giappichelli, Torino, 2001; A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006; F. RIMOLI, *Presupposti oggettivi del decreto-legge, sindacato di sindacato di costituzionalità e trasformazione della forma di governo*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano 1997.

di stretta interdipendenza e di connessione dinamica [...] tra i diversi tipi di fonti e l'organizzazione complessiva delle forze, degli strumenti e dei fini coordinati all'esercizio del potere statale"¹⁹⁸. Non è un caso che, in via prioritaria, nel considerato 4 in diritto della pronuncia in esame, la Consulta, ribadendo che "l'assetto delle fonti costituisce [...] una componente essenziale della forma di governo", mutui quasi pedissequamente quanto aveva affermato nella sent. n. 171 del 2008¹⁹⁹. La Corte sembra così quasi rimarcare il proprio ruolo di "giudice della forma di Governo"²⁰⁰, nell'ambito di una giurisprudenza costituzionale che, tra l'altro, proprio in tema di forma di governo, ha assunto caratteri talvolta altalenanti²⁰¹.

D'altronde, la preponderante necessità di arginare lo strabordante ruolo del Governo, il quale è da tempo assunto a "signore delle fonti"²⁰², suggellando lo slittamento definitivo dell'asse della produzione normativa sul versante dell'Esecutivo, non poteva esentare la Consulta da una qualche forma di intervento.

Nel caso di specie, la Corte, a tutela espressa del ruolo del Parlamento, è perentoria nell'affermare che "la flessibilità delle disposizioni costituzionali sulla forma di governo, modellate sullo schema delle 'norme a fattispecie aperta', non esclude l'operatività di principi normativi e di regole giuridiche indisponibili da parte della maggioranza, a garanzia della opzione costituzionale per la democrazia parlamentare e della tutela delle minoranze politiche"²⁰³.

Benché non si smentisca il ruolo di "propulsore dell'indirizzo politico"²⁰⁴ del Governo, in piena conformità al regime "parlamentare monistico maggioritario"²⁰⁵ tipico della nostra forma di governo, la Corte ribadisce che lo stesso non giustifichi affatto "lo svuotamento del ruolo politico e legislativo del Parlamento, che resta la sede della rappresentanza della Nazione (art. 67 Cost.), in cui le minoranze

¹⁹⁸ Così E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 2 ss.

¹⁹⁹ Cfr. sent. Corte cost. n. 171/2007, considerato 3 in diritto.

²⁰⁰ F. FABRIZZI, *Una sentenza necessaria per stabilire un punto di non ritorno. Corte cost. 146/2024 e l'equilibrio della forma di governo*, cit., p. 78.

²⁰¹ Sul tema la letteratura è sterminata. Cfr., ex multis, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, Giappichelli, 2007; A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit, passim; M. TROISI, *Il Governo nelle decisioni della Corte costituzionale*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, Il Mulino, 2019.

²⁰² Così M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA-E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, p. IX s.

²⁰³ Considerato 4 in diritto della sent. n. 146/2024.

²⁰⁴ Ibidem

²⁰⁵ Così C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, p. 430, secondo cui "Il regime voluto attuare è quello parlamentare monistico maggioritario. È monistico perché concentra la funzione di indirizzo politico nel Governo che deriva la sua investitura dalla fiducia – quale risulta conferita dal voto favorevole della maggioranza formata dal partito vittorioso nelle elezioni o dai partiti di coalizione quando nessuno abbia singolarmente raggiunto il voto della metà più uno degli elettori – del Parlamento con l'approvazione del programma da parte di ciascuna camera quale viene enunciato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, investito della carica dal Capo dello Stato".

politiche possono esprimere e promuovere le loro posizioni in un dibattito trasparente (art. 64, secondo comma, Cost.), sotto il controllo dell'opinione pubblica"²⁰⁶.

Si enfatizza, infine, con una suggestiva formula di chiusura del punto 4 del Considerato in diritto, che “la nostra democrazia parlamentare, pertanto, attribuisce al Governo significativi poteri normativi, che devono, però, essere esercitati nel rispetto degli equilibri costituzionalmente necessari”²⁰⁷.

La Corte, in estrema sintesi, sembra così, nella parte introduttiva del Considerato in diritto della sentenza in esame, richiamare all'ordine di un basilare principio di razionalità²⁰⁸ normativa il Governo, dacché, com'è noto, “almeno ove si voglia mirare ad uso proprio e non patologico del governo parlamentare, forza del Parlamento e forza del Governo sono tra loro indissolubilmente legate e devono procedere di pari passo”²⁰⁹.

Immediatamente dopo, venendo alla questione relativa alla violazione dei presupposti della decretazione d'urgenza *ex art. 77 Cost.*, la Corte opera una, tanto efficace quanto sintetica, opera di sistematizzazione della giurisprudenza pregressa in tema di decretazione d'urgenza.

In ordine sia logico che diacronico, si muove dal punto 2 del Considerato in diritto della sent. n. 29/1995²¹⁰, che, come noto, disconosce l'efficacia sanante della legge di conversione. In subordine, poi, in conformità a quanto originariamente sancito dalla sent. 171/2008, e poi recentemente ribadito²¹¹, si usufruisce dell'ormai classico requisito dell'omogeneità dei contenuti del decreto-legge quale indice idoneo a rivelare la sussistenza dei presupposti giustificativi del decreto-legge²¹².

Contrariamente, però, alle sentenze nn. 22/2012 e 32/2014, in cui la Consulta ebbe modo di sindacare la disomogeneità sopravvenuta in fase di conversione parlamentare del decreto-legge, nella sent. n. 146/2024, la Corte costituzionale dichiara illegittima l'eterogeneità di una disposizione normativa già contenuta nel testo iniziale del decreto-legge²¹³.

Una specificazione, questa, non di poco momento, dato che la sentenza *de qua* sembra così smussare, parzialmente, la tesi di chi recentemente aveva evidenziato quanto la Corte costituzionale paresse “essere quantomeno indulgente con il Governo che adotta decreti *ab origine* disomogenei, mentre è molto rigida

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ In particolare, la Corte costituzionale con la sentenza n. 185/1992 (Considerato 2 in diritto) ha individuato nella chiarezza della disposizione normativa la condizione minima della “razionalità dell'azione legislativa”.

²⁰⁹ Così E. CHELI, *La “centralità” parlamentare: sviluppo e decadenza di un modello*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1981, p. 343.

²¹⁰ Considerato 6 in diritto della sentenza n. 146/2024.

²¹¹ Cfr. Considerato 4.2 in diritto della sentenza n. 151/2023.

²¹² Considerato 7 in diritto della sentenza n. 146/2024.

²¹³ Questo profilo è posto in enfasi anche da Servizio Studi, Osservatorio sulla legislazione, *Appunti per il Comitato per la legislazione, La sentenza n. 146 del 2024 della Corte costituzionale in materia di decretazione d'urgenza*, XIX Legislatura, n.1, Camera dei deputati, p. 5.

con il Parlamento che sfrutta la conversione per legiferare anche in materie non collegate al provvedimento d'urgenza"²¹⁴. Si fa riferimento a un temperamento soltanto parziale della tesi testé menzionata dato che la disposizione di cui all'art. 15, c. 3, della legge n. 400/1988²¹⁵ non assurge mai a parametro interposto atteso che, come ribadito dalla stessa Corte, la carenza di omogeneità dell'oggetto del decreto-legge non è "requisito costituzionalmente imposto, seppure opportunamente previsto"²¹⁶, ma rileva soltanto, per l'appunto, come indice da cui si desume la evidente mancanza dei presupposti giustificativi del decreto-legge *ex art. 77, c. 2, Cost*²¹⁷.

In particolare, ciò che rileva è che la Corte, nella sentenza n. 146/2024, iscrive anche la censura relativa al contenuto disomogeneo del decreto-legge nelle dinamiche della forma di governo, esperando un' "operazione di *actio finium regundorum*"²¹⁸ a presidio del ruolo del Parlamento.

In tal senso, è emblematico il punto 7 del Considerato in diritto della pronuncia *de qua*, allorquando la Corte chiaramente stabilisce che "un decreto-legge che si apre a 'norme intruse', estranee alla sua finalità, travalica i limiti imposti alla funzione normativa del Governo e sacrifica in modo costituzionalmente intollerabile il ruolo attribuito al Parlamento nel procedimento legislativo"²¹⁹. Difatti, si ribadisce che "in presenza di un termine assai breve, entro cui il Parlamento deve decidere se e con quali emendamenti approvare la legge di conversione del decreto-legge, l'eterogeneità dell'atto normativo governativo preclude un esame e una discussione parlamentare effettivi nel merito del testo normativo"²²⁰. Da ciò se ne deduce che "la brevità del termine, assegnato al Parlamento per decidere se approvare la legge di conversione e con quali emendamenti, esige, affinché sia rispettata la funzione legislativa del Parlamento, che l'oggetto da disciplinare sia circoscritto"²²¹.

D'altronde, la Consulta, quasi stigmatizzando espressamente le tendenze della produzione normativa stabilizzatesi in fase di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, ribadisce che "senza il rispetto di tali condizioni, il decreto-legge si tramuta in un improprio 'disegno di legge ad urgenza

²¹⁴ Così L. BARTOLUCCI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e UE*, cit., p. 250.

²¹⁵ "I decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo".

²¹⁶ Punto 18 del Considerato in diritto della sent. n. 196/2004.

²¹⁷ Sul punto, E. MALFATTI, S. PAUNIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale, Ottava edizione*, cit., p. 101 evidenziano che "la giurisprudenza costituzionale ha [...] affermato di non poter sindacare la supposta disomogeneità del decreto-legge, escludendo la possibilità di qualificare in proposito come norma interposta la previsione in tal senso della l. 400/88 (art. 15, 3° comma) ed allorché ha dichiarato la incostituzionalità di norme 'intruse' del decreto legge, tale carattere non ha assunto rilevanza di per sé, ma ha funzionato solo come sintomo della 'evidente mancanza' di necessità ed urgenza (171/07)".

²¹⁸ Così F. FABRIZZI, *Una sentenza necessaria per stabilire un punto di non ritorno. Corte cost. 146/2024 e l'equilibrio della forma di governo*, cit., p. 78.

²¹⁹ Considerato 7 in diritto della sent. n. 146/2024.

²²⁰ Ibidem

²²¹ Ibidem

garantita', in cui si possono trasfondere le norme più disparate, confidando nel fatto che la legge di conversione ne consolidi l'efficacia"²²².

Invero, si ritiene che l'esperienza di attuazione del PNRR possa avere sollecitato una così ferma presa di posizione della Corte dato che, analizzando i dati più recenti²²³, sono piuttosto numerosi²²⁴ i decreti-legge *omnibus* adottati da un Governo, qual è quello guidato da Giorgia Meloni, che si classifica al primo posto in termini di decreti-legge adottati²²⁵.

In effetti, tali dati non sorprendono affatto dato che, agli albori dell'attuazione del Piano, vi era stato anche chi aveva espressamente ravvisato nel "veicolo *omnibus*"²²⁶ dei c.d. decreti PNRR un "un incentivo del ritorno alla collegialità"²²⁷ - che era stata fortemente depotenziata dalla *governance*²²⁸ verticistica del Piano definita con il d.l. n. 77/2021- per il tramite di una inedita omogeneità teleologica relativa proprio all'attuazione del Piano, e non più, come era d'uso in passato, alla proroga di termini tipica del c.d. decreto mille-proroghe²²⁹.

Invero, muovendo dal caso del d.l. n. 152/2021²³⁰, si è evidenziata finanche "la comparsa di una nuova tipologia di decreto-legge *omnibus*"²³¹, ossia il c.d. "decreto scadenze PNRR, la cui finalità trasversale unitaria è legata all'adozione di disposizioni urgenti connesse all'attuazione del Piano"²³². Una prospettiva, questa, fatta propria anche dalla Corte che, nella sent. n. 6/2023²³³, ha "utilizza[to] il

²²² Ibidem

²²³ Per i dati più recenti forniti dalla Camera dei deputati sul riepilogo degli emendamenti approvati nella conversione di decreti-legge (alla data del 13 aprile 2025) cfr. [Tabellificio.xlsx](#)

²²⁴ Per una rassegna dei principali decreti *omnibus* adottati dal Governo Meloni, cfr. Openpolis, *Il 2×1000 ai partiti e il problema mai risolto dei decreti omnibus*, 11 dicembre 2024.

²²⁵ Esso, difatti, sfiora una media di 3,34 decreti-legge pubblicati ogni mese. Sul punto, cfr. Openpolis, *Decreti-legge, Meloni supera Draghi*, 27 giugno 2024. In particolare, il dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati, XIX Legislatura, *La produzione normativa al 13 aprile 2025: cifre e caratteristiche*, evidenzia che, nella XIX Legislatura (periodo 13 ottobre 2022 – 13 aprile 2025), sono stati emanati 94 decreti-legge (1 deliberato dal governo Draghi, i restanti dal governo Meloni); di questi, 74 sono stati convertiti in legge.

²²⁶ G. PICCIRILLI, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, cit., pp. 155-156.

²²⁷ Ibidem. *Contra* tale tesi, si schiera A. CARDONE, *Tra metodo e merito: la decretazione d'urgenza e il suo invitato di pietra*, in *Rivista AIC*, n.4/2025 secondo cui "In termini più generali, pare di poter dire che la disomogeneità della decretazione d'urgenza [...] è nemica della responsabilità collegiale del Governo non solo perché ostacola il sindacato sui presupposti della decretazione d'urgenza, ma anche perché diluisce e frammenta le scelte di indirizzo politico fino alla soglia di renderle talvolta irriconoscibili [...]".

²²⁸ Sul tema, se si vuole, sia consentito rinviare ad A.M. ACIERNO, *La governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza nel prisma dei rapporti endogovernativi*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, n.1, 2023.

²²⁹ Cfr. Openpolis, *Decreti-legge, Meloni supera Draghi*, 27 giugno 2024.

²³⁰ Recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose".

²³¹ In questi termini, E. GRIGLIO, *Il drafting normativo nelle torsioni del sistema delle fonti tra emergenza pandemica e interventi per la ripresa*, in V. DI PORTO, E. ESPA (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2021*, Osservatorio AIR, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, p. 83.

²³² Ibidem

²³³ L. BARTOLUCCI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e UE*, cit., p. 332 specifica che la sentenza n. 6/2023 "è la prima decisione in cui viene denunciato, per vizi genetici, un decreto-legge connesso all'attuazione del PNRR". Invero, alla sentenza n. 6/2023 hanno fatto seguito altre pronunce della Corte costituzionale che hanno scrutinato decreti attuativi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Ad esempio, si consideri la sentenza

PNRR come strumento per dedurre l'omogeneità di un contenuto inserito in un decreto-legge²³⁴, precisamente un intervento in tema di pianificazione portuale inserito in fase di conversione del decreto-legge n. 121/2021.

Nella sent. n. 146/2024, poi, si ricollega il “fenomeno delle norme intrusive, ispirate a tutt'altra finalità rispetto a quella dell'originario testo legislativo”²³⁵ non soltanto, come visto, all'impatto che lo stesso produce sugli assetti della forma di governo, ma anche sui risvolti fortemente problematici che si riverberano sulla qualità della legislazione²³⁶ e la certezza del diritto.

A sostegno di tale tesi, in maniera non dissimile dal richiamo esperito nella sent. n. 110/2023 in tema di cattiva qualità della legislazione²³⁷, si menziona anche la giurisprudenza costituzionale francese. In particolare, nel punto 8 del Considerato in diritto, si ribadisce che tale prassi “è censurat[a] anche da altre Corti costituzionali, che operano in sistemi costituzionali che non conoscono l'istituto del decreto-legge (*Conseil constitutionnel*, *Décision* n. 2023-863 DC du 25 janvier 2024), con argomenti che rivelano

n. 159/2023, con cui la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 43, c. 3, (una disposizione non direttamente attuativa del Piano) del d.l., n. 36/2002, recante «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)», conv., con mod., nella l. n. 79/2022, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Roma, sezione quarta civile, ufficio esecuzioni immobiliari. Per un commento a tale sentenza, cfr. *ex multis*, G. PALOMBINO, *Il Fondo per le vittime del Terzo Reich attraverso il prisma del (necessario) bilanciamento tra principi costituzionali. Nota a Corte cost., sent. n. 159 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, fascicolo n. 6/2023.

Con la sentenza n. 31/2024, la Corte ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, c. 5-ter, lett. b), del d.l. n. 13/2023, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune», conv., con mod., nella l. n. 41/2023, nella parte in cui non richiede l'acquisizione dell'intesa della Regione Puglia ai fini dell'adozione dei decreti interministeriali di approvazione del programma delle opere infrastrutturali.

Può essere interessante, poi, menzionare anche la sentenza n. 132/2024 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte dei conti, sez. giurisd. per la Regione Campania, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 21, c. 2, del d.l. n. 76/2020, come conv., che ha introdotto una disciplina provvisoria, prorogata con successivi decreti-legge fino al 31 dicembre 2024, che limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti alle sole ipotesi dolose. In particolare, in tale pronuncia, il PNRR viene menzionato al fine di giustificare le proroghe della disposizione censurata. In particolare, la Corte (considerato 6.8 in diritto) specifica che: “Compromettere l'attuazione del PNRR equivale a impedire la ripresa di un sentiero di crescita economica sostenibile e il superamento di alcuni divari economici, sociali e di genere. Con la conseguenza che l'inerzia amministrativa, nel contesto descritto, viene a pregiudicare gravemente interessi di grande rilevanza costituzionale, quali il rispetto degli obblighi assunti in sede UE (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), la tutela dell'ambiente (art. 9 Cost.) e la realizzazione di un'economia sostenibile (art. 41 Cost.), l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico (art. 81 Cost.), gli interessi delle future generazioni (art. 9 Cost.), l'eguaglianza, anche di genere (art. 3 Cost.), e la coesione territoriale (artt. 5 e 119 Cost) [...]”.

²³⁴ Così L. BARTOLUCCI, *I poteri normativi del Governo nell'attuazione del PNRR*, cit., p. 250. Sulla pronuncia, si vd. anche A. LAURO, *Quando le censure formali delle Regioni entrano in porto, ma non approdano (a causa del PNRR)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.1, 2023.

²³⁵ Considerato 8 in diritto della sentenza n. 146/2024.

²³⁶ Sul tema, cfr. L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

²³⁷ Cfr. Considerato 4.3.5. in diritto della sentenza n. 110/2023. C. DOMENICALI, *La sentenza n. 146 del 2024 e il riposizionamento del controllo sul decreto-legge: una nuova chiamata alle armi della Corte costituzionale?*, cit., p. 8 evidenzia quanto la giurisprudenza costituzionale nel “tentativo di correggere le degenerazioni della cattiva legislazione, [usi] in senso rafforzativo la comparazione”.

l'esigenza, immanente al sistema delle fonti, dell'omogeneità del loro contenuto precettivo²³⁸. Difatti, la Corte prosegue affermando che “le ‘norme intruse’ nel testo di un decreto-legge, contraddistinte da contenuti che non possono più essere ricondotti ad una finalità unitaria, sia pure largamente intesa, danno luogo ad una legislazione frammentata, spesso incoerente, di problematica interpretazione, che aggrava il fenomeno dell'incertezza del diritto e reca così pregiudizio sia all'effettivo godimento dei diritti che all'ordinato sviluppo dell'economia”²³⁹.

Il richiamo alla certezza del diritto, intesa quale “sufficiente grado di prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti”²⁴⁰, che “lungi dall'essere una mera aspirazione filosofica, costituisce un principio di rilievo costituzionale”²⁴¹, è categorico. Un richiamo, questo, che sembra smentire un approccio di rassegnata accettazione della circostanza per cui, com'è stato autorevolmente sostenuto, l'avvento dello Stato costituzionale abbia inverato “un ulteriore fattore di crisi della certezza del diritto”²⁴². Una certezza del diritto che, a fronte del processo di integrazione europea e – soprattutto – di un predominio sempre più pervasivo del formante giurisprudenziale su quello legislativo²⁴³, ha assunto indubitabilmente delle fattezze quasi chimeriche²⁴⁴.

Perimetrare in maniera chiara, quasi pedagogicamente didascalica, le coordinate di tale “quadro costituzionale”²⁴⁵, la Corte esperisce, poi, un vaglio sulla sussistenza dei presupposti giustificativi “in chiave parametrica”²⁴⁶ che conduce alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 3, del decreto-legge n. 51/2023, convertito con modificazioni, nella legge n. 87/2023. Dapprima, come di consueto, si muove dal difetto di omogeneità, rispetto al quale ha efficacia probatoria l'evidente mancanza di corrispondenza tra i contenuti della disposizione censurata e le finalità enunciate nel preambolo e il “contesto in cui l'intervento del legislatore si inquadra”²⁴⁷, dai quali “non si può scorgere, dunque, una traiettoria finalistica comune, capace di disvelare, per una disposizione contrassegnata da un puntuale contenuto precettivo, una *ratio* unitaria, che valga a raccorderla alle altre previsioni del decreto-legge, pur

²³⁸ Considerato 8 in diritto della sentenza n. 146/2024.

²³⁹ Ibidem

²⁴⁰ Ibidem

²⁴¹ Ibidem

²⁴² Così G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 19.

²⁴³ Secondo M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 149-150 la giurisdizione “tende a farsi onnipervasiva, uscendo dal terreno dell'applicazione della legge, che le sarebbe proprio, per addentrarsi in quello della mediazione [...] e della regolazione del conflitto sociale”.

²⁴⁴ Per un'analisi ricognitiva completa, in chiave evolutiva, del concetto di certezza del diritto, cfr. S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2021.

²⁴⁵ Considerato 9 in diritto della sentenza n. 146/2024.

²⁴⁶ C. DOMENICALI, *La sentenza n. 146 del 2024 e il riposizionamento del controllo sul decreto-legge: una nuova chiamata alle armi della Corte costituzionale?*, cit., p. 5.

²⁴⁷ Considerato 11 in diritto della sentenza n. 146/2024.

nella pluralità e nella diversità degli ambiti materiali coinvolti”²⁴⁸. In ultimo, poi, si considerano tanto la discussione parlamentare quanto il contraddittorio tra le parti nel giudizio dinanzi alla Corte, al fine di corroborare l’evidente mancanza dei presupposti giustificativi del decreto-legge nella disposizione censurata nel caso in esame.

Un così ricco *corpus* argomentativo sembra, per certi versi, provare la costante e notoria²⁴⁹ esigenza della Corte di esimersi da un sindacato che esorbiti – o possa essere tacciato di esorbitare – in una valutazione politica dei presupposti ex art. 77 Cost.

6. I più recenti tentativi di revisione dell’articolo 77 Cost.: alcune perplessità di metodo e di merito

Il dipanarsi delle prassi più pervicaci che caratterizzano l’abuso della decretazione d’urgenza e la ricostruzione, in chiave critica, di una giurisprudenza costituzionale che, in maniera talvolta discontinua, vi ha fatto fronte permette di rilevare la perdurante attualità di una ricerca di equilibrio – ancora lungi da trovarsi – tra “l’efficienza del Governo e la dignità del Parlamento”²⁵⁰, che storicamente sottende all’istituto del decreto-legge.

Tale mancato *punto di raccordo* ha sobillato una, costante e crescente, attenzione al tema della decretazione d’urgenza, di cui si trova conferma negli otto²⁵¹, ad oggi²⁵², disegni di legge di revisione costituzionale aventi ad oggetto la modifica dell’art. 77 Cost., proposti nella sola XIX Legislatura. A conferma della impossibilità – che si protrae ormai da decenni e che si è acuita, da ultimo, in fase di implementazione del PNRR – di conformarsi al modello costituzionale, si promuove una formale modifica dello stesso, con sfumature più o meno convergenti, di cui si terrà conto nel passare in rassegna tali disegni di legge. In particolare, l’Atto Camera n. 607²⁵³ propone, contestualmente a una modifica dell’art. 74 Cost. al fine di introdurre il rinvio parziale delle leggi di conversione dei decreti-legge da parte del Presidente della

²⁴⁸ Ibidem

²⁴⁹ D’altronde, la necessità di evitare la sovrapposizione tra la valutazione politica del Governo e delle Camere (in sede di conversione) e il controllo di legittimità costituzionale è ribadita reiteratamente dalla Corte costituzionale (cfr., *ex multis*, sentenze nn. 8/2022, 186/2020, 93/2011, 83/2010 e 171/2007).

²⁵⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Appunti per l’audizione nell’ambito della indagine conoscitiva “Profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione”*, Camera dei deputati, 26 febbraio 2024, p. 5.

²⁵¹ Nel corpo del testo saranno analizzati soltanto 7 disegni di legge, dato che dell’Atto Senato n. 1244, di iniziativa della sen. Dafne Musolino (IV-C-RE), recante “Modifiche all’articolo 77 della Costituzione in materia di decretazione d’urgenza”, presentato in data 25 settembre 2024 e annunciato nella seduta n. 224 del 26 settembre 2024, sul sito del Senato della Repubblica non è possibile reperire il testo.

²⁵² L’attività di monitoraggio si arresta al 29 aprile 2025.

²⁵³ Di iniziativa dell’on. Vittoria Baldino (M5s), recante “Modifiche agli articoli 74 e 77 della Costituzione, concernenti l’introduzione del rinvio parziale delle leggi di conversione dei decreti-legge da parte del Presidente della Repubblica e di limiti costituzionali alla decretazione d’urgenza”. Il disegno di legge è stato assegnato alla 1^a Commissione permanente in sede referente il 17 maggio 2024.

Repubblica, una costituzionalizzazione dei principi contenuti nella legge 23 agosto 1988, n. 400²⁵⁴. Inoltre, si prevede che i provvedimenti provvisori, immediatamente dopo l'adozione da parte del Governo, siano presentati al Presidente della Repubblica “che, accertata la sussistenza dei presupposti e dei requisiti, li emana” e alle Camere, le quali sono tenute “ad assicurare che la prima deliberazione avvenga non oltre il trentesimo giorno dalla presentazione”.

L'Atto Senato n. 574²⁵⁵ intende, invece, innalzare a novanta giorni il termine per la conversione dei decreti-legge.

L'Atto Senato n. 976²⁵⁶, poi, prevede di modificare tanto l'art. 72 Cost. tramite l'introduzione del c.d. voto a data certa, quanto l'art. 77 Cost., tipizzando ulteriori limiti all'emanazione dei decreti-legge. In specie, si prevede che “i decreti devono contenere misure di immediata applicazione e di carattere specifico e omogeneo, concernenti pubbliche calamità, sicurezza nazionale, norme finanziarie o l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, quando dal mancato tempestivo adempimento possa derivare responsabilità dello Stato, eccettuate le materie di cui al quarto comma dell'articolo 72. Essi perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione”.

Vi è, poi, l'Atto Senato n. 892²⁵⁷ con cui si innalza a novanta giorni il termine per la conversione del decreto-legge, prevedendo che l'esame nella Camera il cui il provvedimento provvisorio è stato presentato non valichi i sessanta giorni.

L'Atto Senato n. 1137²⁵⁸, invece, promuove una incisiva modifica dell'art. 77 Cost. In particolare, si propone una tassonomia degli ambiti materiali rispetto ai quali può farsi ricorso ai decreti-legge – che “devono contenere misure di immediata applicazione e il [cui] contenuto deve essere specifico e omogeneo” – circoscrivendoli esclusivamente “[al]la difesa e [al]la sicurezza dello Stato, [al] contrasto e [al]la gestione degli effetti delle calamità naturali e delle emergenze sanitarie, [al]la stabilità finanziaria, [al]

²⁵⁴ In particolare, si prevede che “I decreti e le leggi di conversione devono contenere soltanto disposizioni specifiche e di immediata applicazione, aventi contenuto omogeneo e corrispondente al titolo. Non possono disciplinare materie per le quali è prescritta la procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte delle Camere, né attribuire poteri regolamentari né rinnovare disposizioni adottate con decreti non convertiti”.

²⁵⁵ Recante “Modifica all'articolo 77 della Costituzione in materia di conversione in legge dei decreti-legge”. Il disegno di legge è stato presentato dal sen. Adriano Paroli (FI-BP-PPE). È stato Assegnato alla 1^a Commissione permanente in sede referente il 30 marzo 2023.

²⁵⁶ Recante “Modifiche agli articoli 72, 73, 77 e 82 della Costituzione, in materia di approvazione di disegni di legge, prerogative delle opposizioni e omogeneità dei decreti-legge”. Il disegno di legge è stato presentato dall'on. Andrea Giorgis (PD-IDP). È stato assegnato alla 1^a Commissione permanente in sede referente il 13 marzo 2024. Annuncio nella seduta n. 168 del 13 marzo 2024.

²⁵⁷ Di iniziativa del sen. Paolo Tosato (LSP-PSd'Az). Recante “Modifica all'articolo 77 della Costituzione in materia di decreti aventi valore di legge ordinaria”. Il disegno di legge è stato assegnato alla 1^a Commissione permanente in sede referente il 17 ottobre 2023.

²⁵⁸ Di iniziativa della sen. Mariastella Gelmini (Misto, Azione-Renew Europe), recante “Modifica all'articolo 77 della Costituzione in materia di decretazione d'urgenza”. Il disegno di legge è stato assegnato alla 1^a Commissione permanente in sede referente il 13 giugno 2024.

bilancio pubblico, [al]la salvaguardia di interessi strategici dell'economia nazionale e [al]la disciplina dell'organizzazione del procedimento elettorale e dello svolgimento delle elezioni". Si specifica, poi, che "i decreti non possono conferire deleghe legislative, contenere norme in materia penale, ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, assorbire in tutto o in parte il contenuto di decreti in fase di conversione o di disegni di legge di cui sia già iniziato l'esame parlamentare e reiterare il contenuto di decreti non convertiti in legge".

Si sancisce, poi, espressamente il divieto di introdurre in fase di conversione parlamentare disposizioni eterogenee rispetto all'oggetto e ai fini del decreto-legge.

L'Atto Senato n. 1246²⁵⁹, il primo presentato dopo la sent. n. 146/2024, prevede - in maniera simile, ma non uguale, all'A.S. 976- l'introduzione del c.d. voto a data certa. Difatti, mentre le materie escluse dal ricorso a tale procedura sono le medesime indicate dal disegno di legge di iniziativa del senatore Giorgis²⁶⁰, differenti sono i termini entro cui l'esame del disegno di legge iscritto prioritariamente all'ordine del giorno deve concludersi: nell'A.S. 1246 il termine è di massimo centoventi giorni, laddove invece nell'A.S. 976 è di settanta giorni.

Per quanto riguarda l'art. 77 Cost., anche nel caso di specie, in maniera più o meno equipollente agli altri disegni di legge analizzati *supra*, si integrano i presupposti giustificativi del decreto-legge, perimetrandone i contenuti e gli ambiti materiali²⁶¹.

L'elemento di novità è la proposta di espressa costituzionalizzazione – nell'ottica (esplicitata nella relazione di accompagnamento) di consolidare la giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, di mitigare il rischio che i Presidenti di Assemblea in sede di scrutinio di ammissibilità degli emendamenti siano esposti a critiche di natura politica – dell'applicazione anche alle correlate leggi di conversione dei rinnovati requisiti dei decreti-legge.

È stato, infine, presentato alla Presidenza del Senato, il 20 febbraio 2025, l'Atto Senato n. 1392²⁶² con cui, in maniera niente affatto inedita rispetto ad alcuni dei disegni di legge previamente menzionati, viene

²⁵⁹ Di iniziativa della sen. Alessandra Maiorino, recante "Modifiche agli articoli 72 e 77 della Costituzione in materia di disegni di legge di iniziativa governativa e limiti alla decretazione d'urgenza". Il disegno di legge è stato assegnato alla 1^a Commissione permanente in sede referente il 16 ottobre 2024.

²⁶⁰ In particolare, nell'A.S. 1246, si prevede che "Sono esclusi dalla procedura di cui al comma precedente i disegni di legge di cui al quarto comma del presente articolo, non che i disegni di legge di conversione dei decreti di cui all'articolo 77, quelli di amnistia e indulto e quelli di cui all'articolo 81, sesto comma".

²⁶¹ Specificamente: "Il Governo non può, mediante decreto, rinnovare disposizioni di decreti non convertiti in legge, ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, conferire deleghe legislative, attribuire poteri regolamentari in materie già disciplinate con legge ovvero modificare atti non aventi forza di legge. I decreti possono contenere soltanto misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. I decreti hanno natura eccezionale e temporanea e sono emanati in relazione a situazioni contingenti imprevedibili o emergenziali che, per natura, intensità o estensione, non possano essere fronteggiate con mezzi e interventi ordinari, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento".

²⁶² Di iniziativa del senatore Domenico Matera (FdI), recante "Modifica all'articolo 77 della Costituzione in materia di conversione in legge dei decreti".

aumentato a novanta giorni il termine di conversione dei decreti-legge. Nel caso di specie, però, tale espansione del termine di conversione non è automatica, ma è resa possibile “nel caso in cui si renda necessario al fine di garantire l’esercizio collettivo della funzione legislativa delle Camere e qualora ne facciano domanda un decimo dei componenti di una Camera”.

Le proposte di revisione costituzionale analizzate, dunque, da un lato, propongono variamente una tipizzazione dei casi cui poter fare ricorso al decreto-legge – la quale pure fu espressamente, e in maniera piuttosto lungimirante, esclusa in sede Costituente per addivenire all’approvazione, come noto, dell’emendamento proposto dall’On. Codacci Pisanelli, che formulò la celebre espressione «in casi straordinari di necessità e d’urgenza»²⁶³ – dall’altro, avallano un’estensione del termine di conversione dei provvedimenti provvisori e l’introduzione del c.d. voto a data certa.

Entrambe le proposte suscitano, però, qualche perplessità. La prima perplime poiché, come plasticamente dimostrato dalla più recente e inusitata emergenza pandemica, i casi straordinari di necessità e urgenza non possono refluire in una asfittica enumerazione. Tale tesi è comprovata, ancor più oggi rispetto agli stessi tempi dell’elaborazione in Costituente, dalla costante e imprevedibile evoluzione del contesto economico, politico e sociale, la quale, essendo indotta dalla globalizzazione e dall’aumento della mobilità, dal progresso tecnologico, dai cambiamenti climatici e ambientali, dai conflitti bellici e dalle crisi sanitarie, provocherà ineludibilmente l’emersione di nuove e inedite emergenze di natura epidemiologica²⁶⁴ oppure tecnologica. Ad esempio, le recenti evoluzioni legate all’intelligenza artificiale, e alla cybersicurezza in particolare, confermano, in tal senso, la necessità di arginare i sempre più intrusivi attacchi informatici²⁶⁵ che connoteranno, è possibile prevedere, le emergenze del prossimo futuro.

Ben più condivisibili appaiono, invece, le proposte tese a costituzionalizzare i principi contenuti nella legge n. 400 del 1988, le quali potrebbero favorire ulteriormente lo scrutinio di legittimità della Corte costituzionale.

Di contro, la dilatazione del termine di conversione dei decreti-legge non sembra persuasiva, soprattutto a fronte di quella *asincronia* della legge di conversione, palesatasi esplicitamente – come visto – soprattutto nel cuore dell’emergenza pandemica, laddove si è consolidato il “paradosso per cui il termine di sessanta giorni [...] risulti troppo lungo per fronteggiare emergenze dall’andamento frenetico e imprevedibile (la confluenza dei decreti-legge è paradigmatico emblema, in tal senso), ma troppo breve per consentire l’esame di un disegno di legge di conversione dal contenuto *ex ante* complesso e pletorico su cui, poi, si innesta la presentazione di innumerevoli emendamenti, di cui soltanto una residuale percentuale viene

²⁶³ Cfr. Seduta del 16 ottobre 1947, Atti Assemblea Costituente, p. 1297 ss.

²⁶⁴ M. LOSI, *La prossima pandemia. Conoscere il passato, capire il presente, progettare il futuro*, 2020.

²⁶⁵ K. D. MITNICK, *L’arte dell’hacking*, Feltrinelli, Milano, 2014.

effettivamente posta in votazione²⁶⁶. Senza tenere conto, poi, della circostanza per cui un allungamento dei tempi di conversione sembra smentire l'ontologica natura del decreto-legge: ossia, la sua provvisorietà. Una caratteristica, questa, che i Costituenti tennero in particolare considerazione e ribadirono reiteratamente durante i lavori dell'Assemblea, essendo ancora memori degli abusi che dell'istituto del decreto-legge furono perpetrati sia in epoca statutaria che, soprattutto, durante il ventennio fascista, laddove, con la legge n. 100 del 1926, si prevede un termine di conversione biennale, che evidentemente annichiliva di fatto la provvisorietà del provvedimento *de quo*.

A tali criticità di merito se ne accostano, però, altre di metodo, soprattutto per quanto pertiene la scelta di procedere *in ordine sparso* per il tramite della proposizione di vari disegni di legge di revisione costituzionale, piuttosto che promuovere un'iniziativa unitaria e coesa tra le varie forze parlamentari. Difatti, la circostanza per cui siano stati presentati, in un lasso di tempo così ravvicinato, un cospicuo numero di proposte di revisione costituzionale dell'art. 77 Cost. dai contenuti pressoché equipollenti e da parte di quasi tutti gli schieramenti politici se, da un lato, come accennato, può sembrare sintomatico di un interesse comune, perlomeno dal punto di vista meramente formale, ad arginare i sempre più evidenti e ricorrenti abusi della decretazione d'urgenza, dall'altro, appare un espediente tramite cui perseguire il fine esattamente opposto, ossia quello di *camuffare* goffamente la sostanziale e bipartisan indifferenza, o forse meglio la comune mancanza di volontà, verso il contenimento effettivo degli abusi del decreto-legge. Del resto, non può minimizzarsi l'attrattiva esercitata dalla decretazione d'urgenza nei confronti tanto del Governo quanto del Parlamento. In tal senso, è notorio che il decreto-legge sia da sempre utilizzato dagli esecutivi di tutti gli schieramenti politici, che sfruttano abilmente la natura provvisoria del provvedimento *de quo*, così come dalle Camere (comprehensive, evidentemente, del "Governo in Parlamento"²⁶⁷), che, secondo la celebre metafora del Manzella, usufruiscono scientemente dell'*iter* di conversione del "treno" del decreto-legge per cumularvi indistintamente "tanti vagoni della più svariata mercanzia"²⁶⁸.

D'altronde, sempre per quanto concerne il metodo, ci si chiede se alcuni degli obiettivi perseguiti per il tramite di tali disegni di legge di revisione costituzionale – che evidentemente incorrono nelle farraginose garanzie del procedimento di cui all'art. 138 Cost. – non possano essere raggiunti sul terreno, evidentemente più agevole, delle riforme dei regolamenti parlamentari.

²⁶⁶ Sia consentito rinviare a A.M. ACIERNO, *La legge di conversione del decreto-legge al banco di prova del Covid-19*, cit., p. 94.

²⁶⁷ A. MANZELLA, *Il Governo in Parlamento*, in S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive. La funzione governativa nella crisi del sistema politico. Contributi di Bassanini, Cheli, Manzella, Merusi, Ricci, Rodotà, Spaziente*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

²⁶⁸ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 359.

Su tale versante, numerosi spunti di riflessioni pervengono dalla recente indagine conoscitiva, congiunta tra i Comitati per la legislazione, condotta sui profili critici della produzione normativa²⁶⁹. In tal senso, non può che concordarsi con chi, nell'ambito di tale indagine, ha prospettato come “unica strada percorribile per limitare la decretazione d'urgenza [...] quella istituzionale (bipartisan) che parta dall'azione condivisa dei Comitati per la legislazione, si traduca nel dialogo e in accordi interistituzionali e precipiti poi in pareri delle Giunte per il regolamento e in modifiche regolamentari (corsia preferenziale, voto a data certa, inammissibilità di emendamenti finalizzati alla convergenza di più decreti o all'inserimento di disposizioni sostanziali nelle leggi di conversione)”²⁷⁰.

In particolare, però, il primo intervento cui le novelle regolamentari dovrebbero mirare è l'uniformazione delle difformità sussistenti tra le discipline di Camera e Senato che regolano le procedure di conversione dei decreti-legge, di cui si è già fatto cenno *supra*.

Tra le varie, meritano particolare menzione le differenze in ordine al regime di ammissibilità degli emendamenti al decreto-legge, notoriamente più indulgente al Senato rispetto a quello della Camera dei deputati²⁷¹, e alla disciplina dei tempi di esame del relativo disegno di legge di conversione²⁷². Ad oggi, però, non può omettersi – in tale specifica materia – il colpevole immobilismo (non più considerabile attendista) della Camera dei deputati, laddove il cantiere delle riforme regolamentari conseguenti alla revisione costituzionale della riduzione del numero dei parlamentari²⁷³ e, da ultimo quelle del 2024²⁷⁴, si è pressoché tradotto in interventi minuti di manutenzione, precludendo l'approvazione di correttivi quanto mai necessari, quale ad esempio quello dell'introduzione di una “corsia preferenziale” per i disegni di legge di conversione dei decreti-legge sulla falsariga del c.d. voto a data certa introdotto con la modifica dell'art. 44 del Regolamento del Senato del 27 luglio 2022²⁷⁵. Sono, invero, molteplici gli interventi perseguibili²⁷⁶ al fine di ovviare alla mancata armonizzazione delle discipline dei due rami del Parlamento in tema di conversione dei decreti-legge.

²⁶⁹ G. PICCIRILLI, *Una indagine conoscitiva, congiunta tra i Comitati per la legislazione, sui profili critici della produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.3, 2023.

²⁷⁰ V. DI PORTO, [*Indagine conoscitiva sui profili critici della produzione normativa. Spunti per l'audizione*](#), Martedì 16 gennaio 2024, p. 8.

²⁷¹ Cfr. art. 96-*bis*, c. 7, R.C. e art. 97, c. 1, R.S.

²⁷² Cfr. artt. 55, c. 5, R.S. e 78, c. 5, R.S. e art. 154, c. 1, R.C.

²⁷³ Cfr. la riforma del 30 novembre 2022 (Doc. II n. 5).

²⁷⁴ Cfr. la riforma del 16 ottobre 2024 (doc. II n. 9). Su quest'ultima riforma, cfr. F. FABRIZZI, *A piccoli(ssimi) passi. La Camera approva il secondo pacchetto di modifiche al proprio Regolamento*, in *Quaderni costituzionali*, XLIV, n. 4, dicembre 2024.

²⁷⁵ Promuove tale proposta R. DICKMANN, *Gli eccessi della decretazione d'urgenza tra forma di governo e sistema delle fonti. (Osservazioni a margine di Corte cost., 25 luglio 2024, n. 146)*, in *Federalismi.it*, n.22, 2024, p. 71

²⁷⁶ R. DICKMANN, *Gli eccessi della decretazione d'urgenza tra forma di governo e sistema delle fonti. (Osservazioni a margine di Corte cost., 25 luglio 2024, n. 146)*, *cit.*, p. 71 ss. promuove, mutuando il modello del Senato, la semplificazione dell'eventuale dibattito fiduciario attivato in sede di conversione; così come, invero secondo un orientamento ormai consolidatosi nel tempo, sostiene l'irrigidimento del vaglio di ammissibilità degli emendamenti al Senato e l'attivazione alla Camera del contingentamento dei tempi di discussione dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge.

Una disomogeneità, questa, divenuta causa di molte delle disfunzioni sistemiche tipiche della fase di conversione parlamentare, che ineludibilmente contribuiscono alla scarsa qualità della normazione. D'altronde, come già si è sostenuto altrove²⁷⁷, una razionalizzazione ed omologazione delle discipline regolamentari dei due rami del Parlamento in tema di conversione di decreti-legge potrebbe aiutare ad introiettare, finalmente, il vincolo della qualità della legislazione nel procedimento legislativo. Un'esigenza, questa relativa alla chiarezza della legge, recentemente ribadita anche dalla Corte costituzionale che, nella sent. n. 110/2023 – richiamata anche nel punto 8 del Considerato in diritto della sentenza n. 146/2024 – ha espressamente stabilito che una norma “radicalmente inintelligibile” si pone in aperto contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.²⁷⁸.

Se, dunque, a tali interventi regolamentari può guardarsi con favore, non può, però, non evidenziarsi quanto criticità, così sedimentate e pervicaci, del sistema delle fonti del diritto siano ben difficili da eradicare per il tramite di interventi normativi di natura regolamentare o finanche costituzionale. D'altronde, il modello della decretazione d'urgenza, fissato nell'art. 77 Cost., è già presidiato da una serie di garanzie, che, come visto, sono - sistematicamente e consapevolmente - eluse in fase attuativa. Ecco, allora, profilarsi la necessità di indirizzare la ricerca di soluzioni all'abuso del decreto-legge su *terreni* altri, che proprio dall'attenta lettura della sent. n. 146/2024 si riescono meglio a intravedere.

7. L'auspicio seguito della sentenza n. 146 del 2024: alcune osservazioni conclusive

La sent. n. 146 del 2024 rappresenta un inequivoco *punto di svolta* dato che, non soltanto a distanza di ben sedici anni dalla sent. n. 128/2008, la Consulta torna a sanzionare l'evidente insussistenza dei presupposti giustificativi *ex art.* 77 Cost., richiamando così l'Esecutivo a un più rigoroso rispetto del dettato costituzionale, ma anche e soprattutto poiché, confermando quell'inscindibile rapporto tra fonti del diritto e forma di governo, sollecita in maniera espressa una leale collaborazione²⁷⁹ tra gli organi di indirizzo politico.

La pronuncia *de qua* sembra, in tal senso, porsi idealmente in linea di continuità del celebre monito alla “leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini” che l'allora Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, espresse nell'ambito della relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019²⁸⁰. All'epoca, nel cuore montante dell'emergenza

²⁷⁷ Sia consentito rinviare *amplius* a A.M. ACIERNO, *La legge di conversione del decreto-legge al banco di prova del Covid-19*, cit., *passim*.

²⁷⁸ Cfr. L. DI MAJO, *Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, in *Consulta online*, 13 luglio 2023.

²⁷⁹ Rileva questo profilo anche C. DOMENICALI, *La sentenza n. 146 del 2024 e il riposizionamento del controllo sul decreto-legge: una nuova chiamata alle armi della Corte costituzionale?*, cit., p. 8.

²⁸⁰ Reperibile al seguente link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf

pandemica, non si mancò di evidenziare che “la piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l’attiva, leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, Regioni, Giudici”²⁸¹. Una cooperazione che, dunque, “è anche la chiave per affrontare l’emergenza”²⁸², di cui l’art. 77 Cost., a dispetto di un’“emergenza stabilizzata”²⁸³ che ne ha svilito la *ratio*, rappresenta in ogni caso il chiaro epifenomeno.

Nel solco di quanto già affermato espressamente nella sent. n. 171/2007, la Consulta, con la pronuncia n. 146²⁸⁴, confermando che il sistema delle fonti è, notoriamente e ontologicamente, correlato alle dinamiche della forma di governo²⁸⁵ – e, conseguentemente, secondo il classico insegnamento di Leopoldo Elia, al sistema politico-partitico²⁸⁶ – sembra implicitamente evocare il nodo gordiano da cui germinano tutte le cause – passate in rassegna nel primo paragrafo – che hanno contribuito, nel corso degli anni, alla destrutturazione del sistema delle fonti, ossia la delegittimazione della politica. Difatti, senza voler cedere a un disfattismo indotto da abusi della decretazione d’urgenza che si perpetrano da decenni, con buona pace di interventi giurisprudenziali più o meno incisivi, e benché si apprezzino meritoriamente le potenzialità di alcuni interventi riformatori passati in rassegna, non può non paventarsi il rischio che gli stessi si traducano in meri, e parzialmente inefficaci, palliativi se non si decide di rinnovare la legittimazione della politica, ponendo così un argine alla crisi della rappresentanza²⁸⁷ e del rappresentato²⁸⁸.

Una crisi, questa, che, trasposta nei “circuiti plurali della decisione nelle democrazie moderne”²⁸⁹, ha acuito la stringente necessità di ricercare “meccanismi di coordinamento”²⁹⁰ che non sono più assolti dal sistema dei partiti, i quali, com’è noto, insieme alle ideologie, hanno da tempo smarrito finanche la capacità di ricondurre a sistema la complessità sociale²⁹¹.

²⁸¹ Ibidem

²⁸² Ibidem

²⁸³ Così S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l’emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2006.

²⁸⁴ Cfr. punto 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 146 del 2024.

²⁸⁵ Cfr., *ex multis*, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 2 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986.

²⁸⁶ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970. Sul tema, si vd. anche S. PRISCO, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*, in *federalismi.it*, n. 13, 2018.

²⁸⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Appunti per l’audizione nell’ambito della indagine conoscitiva “Profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione”*, Camera dei deputati, 26 febbraio 2024, p. 8.

²⁸⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del Convegno, Milano, 16-17 marzo 2000*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 117.

²⁸⁹ B. CARAVITA, *I circuiti plurali della decisione nelle democrazie moderne*, in P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 21 ss.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Sui partiti politici, cfr. *ex multis*, i classici C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, Cedam, 1957; P. RIDOLA, *Partiti politici (ad vocem)*, in *Enc.*

Per quanto qui rileva, tale crisi della rappresentanza politica si traduce così in una “persistente indifferenza rispetto alla legalità costituzionale”²⁹² che si riverbera inevitabilmente sulla disorganicità e sulla destrutturazione del sistema delle fonti, le quali risultano essere soltanto esacerbate, da ultimo, come visto, dall’attuazione del PNRR. L’elusione costante del modello costituzionale presidiato dall’art. 77 Cost. va contestualizzato, allora, in tale assoluta, e deprecabile, indifferenza nei confronti della prescrittività del dettato costituzionale, favorita, per l’appunto, da una crisi della rappresentanza che si sostanzia, da un lato, “nella crisi di rappresentatività delle Camere conseguente alla crisi della capacità rappresentativa dei partiti”²⁹³, dall’altro, nella “crisi di rappresentatività dei singoli parlamentari, espressi dai partiti stessi, che hanno progressivamente perso, anche per effetto delle ripetute riforme del sistema elettorale per le elezioni delle Camere, un proprio diretto rapporto con il corpo elettorale”²⁹⁴. In tale prospettiva, in cui “assieme al parlamentarismo compromissorio, considerato il peccato capitale della cosiddetta prima Repubblica e anzi della stessa Costituzione, è affondata la cultura stessa della rappresentanza”²⁹⁵, il Parlamento ha abdicato gradualmente alla propria funzione legislativa, riducendo contestualmente “la sua capacità di controllo politico sull’attività dell’esecutivo e dell’amministrazione”²⁹⁶. Un sistema politico-partitico così frammentario, difatti, predilige di gran lunga gli interstizi della legge di conversione del decreto-legge per perseguire interventi micro-legislativi piuttosto che approvare riforme di sistema per il tramite della legge parlamentare e del suo “ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco”²⁹⁷. Così come è altrettanto noto che i decreti-legge siano particolarmente funzionali alla c.d. *tenuta* delle, spesso sfilacciate, maggioranze parlamentari a sostegno dei Governi di coalizione²⁹⁸. Se si muove da tale angolo prospettico, dunque, ai fini dell’effettivo contenimento del ricorso ai decreti-legge, non potrebbe prescindere da una *rivalorizzazione* del formante partitico che muova, innanzitutto, ad esempio, da una responsabilizzazione del singolo elettore per il tramite di un “sistema elettorale che concil[i] l’esigenza del collegamento diretto tra eletti ed elettori, ma assicur[i] sia l’eguaglianza del voto ‘in arrivo’, oltre che in partenza, sia quella di

dir., Vol. XXXII, Milano, 1982, spec. p. 100 ss. Sul sistema politico-partitico italiano e le sue degenerazioni, cfr., *ex multis*, S. VASSALLO, *Parliament*, in E. JONES, G. PASQUINO (a cura di), *The Oxford Handbook of Italian Politics*, Oxford, 2015.

²⁹² Cfr. R. CALVANO, *Testo redatto per l’Indagine conoscitiva su “Profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione” presso i Comitati per la Legislazione di Camera e Senato*, 22 aprile 2024, p. 9.

²⁹³ C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 456.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2017.

²⁹⁶ C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, cit., p. 589.

²⁹⁷ Punto 4.3 del Considerato in diritto dell’ord. n. 17/2019.

²⁹⁸ M. LUCIANI, *Appunti per l’audizione nell’ambito della indagine conoscitiva “Profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione”*, cit., *passim*.

garantire al massimo il diritto ad essere rappresentati, anche quindi alle minoranze che abbiano un minimo di consistenza”²⁹⁹.

Una lettura *a contrario* del richiamo espresso, della sent. n. 146/2024, “all’assetto delle fonti del diritto” inteso come “una componente essenziale della forma di governo, che le permette di adeguarsi alle differenti dinamiche del sistema politico”³⁰⁰ consente, dunque, di desumere plasticamente quanto sia necessario prioritariamente arginare le disfunzioni del sistema politico-partitico per poterne poi contenere gli effetti riverberantesi sull’alterazione del sistema delle fonti, a partire, per quanto qui rileva, dagli abusi della decretazione d’urgenza.

Il secondo merito della pronuncia n. 146 del 2024 è, poi, quello di aver fornito, per il tramite del richiamo alla certezza del diritto, un potenziale viatico per il superamento dello stretto vaglio relativo alla rilevanza³⁰¹, contribuendo così a fendere lo scetticismo dei giudici comuni nel sollevare questioni di legittimità costituzionale per evidente mancanza dei presupposti ex art. 77 Cost., invogliandoli, per l’appunto, a una sinergica “reazione in difesa della certezza del diritto”³⁰², oltre che della forma di governo, la quale non deve mai trasmutare in una “tirannia della maggioranza”. Se ciò è vero per quanto riguarda le difficoltà di accesso alla Corte costituzionale sotto il profilo della rilevanza delle questioni di legittimità dei decreti-legge nei procedimenti principali, criticità diverse emergono con riguardo al seguito delle pronunce della Consulta.

Nel caso di specie, ad esempio, è implausibile presumere che le linee di tendenza della produzione normativa possano, in virtù della sentenza *de qua*, invertire la rotta a tutto vantaggio di un recupero della centralità del Parlamento³⁰³. In tal senso, ad esempio, i dati più recenti di cui si è tenuto conto *supra* sembrano muovere nella direzione esattamente opposta, confermando, anche nei mesi successivi a luglio 2024, un imperterrito e macroscopico ricorso alla decretazione d’urgenza e alle prassi distorsive della stessa acuitesi soprattutto nell’ambito dell’esperienza pandemica e, poi, dell’attuazione del PNRR. Proprio

²⁹⁹ G. FERRARA, *Ricostruire la rappresentanza*, in Astrid, 27/07/2003, pp. 6-7.

³⁰⁰ Punto 4 del Considerato in diritto.

³⁰¹ Cfr. R. BIN, *Decreti-legge “anomali” e difesa giudiziale dei diritti (in margine alla sent. 146/2024 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 7 luglio 2025, secondo cui “In conclusione, sembra che proprio il principio di certezza del diritto possa collegare la difesa dei diritti degli individui alla difesa dei presidi costituzionali della forma di governo. Bisogna riflettere su un punto davvero cruciale: che la disciplina costituzionale delle fonti primarie del diritto è tassativa perché il suo rispetto è un presupposto della prevedibilità e della stessa conoscibilità del diritto. Le violazioni di quella disciplina ben possono tradursi perciò in una violazione dei diritti fondamentali e, di conseguenza, risultare rilevanti in un giudizio radicato davanti al giudice comune”.

³⁰² Lo auspica C. DOMENICALI, *La sentenza n. 146 del 2024 e il riposizionamento del controllo sul decreto-legge: una nuova chiamata alle armi della Corte costituzionale?*, cit., p. 8.

³⁰³ In tal senso, è emblematico il caso del c.d. decreto sicurezza (d.l. n. 48/2025) che ha *de facto* riprodotto le disposizioni di un disegno di legge oggetto di una intensa dialettica parlamentare e giunto in procinto dell’approvazione in seconda lettura in Aula, in totale assenza dei casi straordinari di necessità e urgenza. Sul tema, cfr. la Lettera del Presidente Renato Balduzzi (“Il decreto con forza di legge e la sicurezza pubblica”) sul sito della Rivista AIC e il dibattito che ne ha fatto seguito. Si vd. anche la Relazione n. 33 del 2025 dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo (Servizio penale) della Corte suprema di Cassazione, 23 giugno 2025.

da tali dati emerge, allora, chiaramente quanto siano pervicaci le note criticità relative al mancato seguito delle pronunce della Corte costituzionale, che si perpetuano da tempo in spregio di un elementare principio di “leale collaborazione” che, come ribadito ampiamente dalla stessa Consulta, “deve sempre permeare di sé il rapporto tra poteri dello Stato”³⁰⁴.

Per ragioni di economia espositiva, non ci si può soffermare diffusamente su un tema tanto ampio e complesso. Si ritiene, però, importante sottolineare che la perdurante ineffettività della giurisprudenza costituzionale – invero, dai tratti, come visto, spesso discontinui – in materia di decreti-legge possa suggerire una serie di riflessioni *in senso lato* sulla necessità, ad esempio, di predisporre un giudizio di ottemperanza costituzionale³⁰⁵, sulla falsariga di quanto avviene in altri ordinamenti³⁰⁶, oppure, soprattutto in presenza di moniti della Consulta, di introdurre una “legge a cadenza annuale per dare seguito a quelle sentenze della Corte costituzionale pronunciate nell’anno di riferimento, che richiedano un intervento legislativo”³⁰⁷.

Sono profili, questi, che evidentemente esulano dallo stretto perimetro della giurisprudenza in tema di decretazione d’urgenza, ma che urge valorizzare nell’ottica più ampia di contrastare e disincentivare il protrarsi di prassi abusive, reiteratamente dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, quale, per l’appunto, l’adozione di decreti-legge in evidente mancanza dei presupposti giustificativi di cui all’art. 77, comma 2, Cost.. Un abuso, questo, che lede non soltanto la prescrittività del dettato costituzionale, la certezza del diritto, i diritti fondamentali dei singoli e gli equilibri della forma di governo, ma, anche e soprattutto, i basilari dettami di galateo istituzionale che dovrebbero indurre gli organi di indirizzo politico a palesare un certo grado di responsività e conformità nei confronti delle pronunce della Consulta, siano esse di illegittimità, di rigetto oppure di inammissibilità.

D’altronde, proprio una maggiore effettività del sistema di controllo di legittimità costituzionale potrebbe efficacemente spronare quella “chiamata alle armi”³⁰⁸ dei giudici *a quibus* suggerita proprio dalla sent. n. 146/2024.

Il terzo merito della pronuncia *de qua* è, poi, relativo al momento in cui è stata adottata.

³⁰⁴ Punto 4.3 in diritto della sent. n. 26/2008. Sulla necessità di leale collaborazione istituzionale, cfr., *ex multis*, G. AZZARITI, *Politica e processi*, in *Giur. Cost.*, 2004.

³⁰⁵ Cfr. A.M. NICO, *La Corte costituzionale quale giudice dell’ottemperanza*, in *Consulta Online*, 18 marzo 2020; E. STRADELLA, *Soggetti, forme e strumenti dell’esecuzione delle decisioni costituzionali: l’impatto sulla tutela dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, n.3, 2019.

³⁰⁶ Sostiene tale tesi T. GROPPI, *A partire dal decreto-sicurezza. Tre proposte sulla garanzia dei diritti nel nostro ordinamento*, in *Rivista AIC*, n.4, 2025. L’Autrice richiama l’analisi di stampo comparato di G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Verso un giudizio dell’ottemperanza costituzionale? Alcuni spunti di riflessione a partire dallo sperimentalismo costituzionale colombiano*, in *DPCE online*, n.1, 2025.

³⁰⁷ Così M. CARTABIA, *Indagine conoscitiva sui profili critici della produzione normativa*, Camera dei deputati, 12 febbraio 2024, pp. 2-3.

³⁰⁸ Si mutua tale espressione da C. DOMENICALI, *La sentenza n. 146 del 2024 e il riposizionamento del controllo sul decreto-legge: una nuova chiamata alle armi della Corte costituzionale?*, *cit.*, *passim*.

Difatti, per lungo tempo, si è sostenuto che la ritrosia palesata dalla Corte nel sindacare gli abusi del decreto-legge fosse stata indotta da una sorta di pragmatico realismo della Consulta, la quale non ravvedeva “un procedimento ordinario così fluido e praticabile da rendere non necessarie queste modalità d’uso della decretazione di urgenza”³⁰⁹.

Una sorta di “impraticabilità concreta di soluzioni diverse”³¹⁰ ha, dunque, spesso precluso l’intervento sanzionatorio della Consulta. D’altronde, si è già evidenziato come tale orientamento si insinui nella assodata refrattarietà del Giudice delle leggi a sanzionare i vizi formali, assecondando così quella già richiamata “tendenza alla concretezza”³¹¹ della Corte. Ed è proprio su tale richiamo alla concretezza che occorre focalizzarsi. Difatti, guardando all’andamento della produzione normativa coevo all’adozione della sent. n. 146/2024, è emerso chiaramente che il massivo ricorso al decreto-legge sia da ascrivere anche alla necessità di dare celere attuazione al PNRR, in maniera rispondente a un altro *principio di concretezza*, ossia quello che si estrinseca nel meccanismo condizionale del *cash for reforms*, il quale subordina la ricezione dei fondi europei del NGEU al soddisfacente conseguimento degli obiettivi e dei traguardi individuati, e indicati, dai singoli Stati membri nei propri Piani nazionali. Ebbene, nel caso di specie, benché oggetto della declaratoria di illegittimità della sent. n. 146/2024 sia una disposizione non relativa all’attuazione del Piano (ancorché contenuta in un decreto-legge attuativo del PNRR³¹²), l’intervento caducatorio della Consulta appare ancor più pregevole. Difatti, la Consulta, non soltanto, dopo ben sedici è tornata a sanzionare l’evidente insussistenza dei presupposti giustificativi *ex art. 77 Cost.*, ma ha deciso di dismettere la propria proverbiale e precauzionale *concretezza* in un momento storico in cui proprio l’attuazione del PNRR avrebbe potuto indurre a soprassedere ulteriormente su tale tipo di abusi. Di ciò si trova riscontro anche analizzando il comportamento assunto dall’altro organo di garanzia costituzionale, il Presidente della Repubblica, che appare uniformarsi a tale *tendenza alla concretezza*. Difatti, in fase di implementazione del Piano, si è fortemente consolidata la recessività dei rinvii presidenziali *ex art. 74 Cost.*, cui è corrisposto un sempre maggiore numero di c.d. promulgazioni dissenzienti di provvedimenti attuativi del Piano, nelle quali, per l’appunto, il richiamo alla necessità di attuare il PNRR nelle scadenze concertate con Bruxelles viene ampiamente rimarcata³¹³. Una prassi, questa, invero incentivata anche dalla notoria circostanza per cui il potere di rinvio presidenziale nei confronti dei disegni

³⁰⁹ S. STAIANO, *Nota per i Comitati per la legislazione di Senato e Camera Audizione del 16 aprile 2024*, Camera dei deputati, p. 5.

³¹⁰ Ibidem

³¹¹ L’espressione è di G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro italiano*, Vol. 93, n. 3, marzo 1970, p. 28.

³¹² Il Capo III del D.L. n. 51/2023 reca proprio “Disposizioni urgenti in materia di iniziative di solidarietà sociale nonché di enti territoriali e di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza”.

³¹³ Sul punto, sia consentito rinviare ad A.M. ACIERNO, *La dimensione europea del Presidente della Repubblica alla prova del premierato elettivo*, in *Gruppo di Pisa*, n.9/2025, p. 10. Si veda, tra le altre, la lettera del Capo dello Stato del 24 febbraio 2023, indirizzata ai Presidenti delle Camere e del Consiglio dei Ministri con riguardo alla promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 198/2022.

di legge di conversione dei decreti-legge rischi, se esercitato a ridosso del termine di sessanta giorni, di tradursi in un problematico potere di veto. Una preclusione, questa, che però non inficia il ruolo del Capo dello Stato, atteso che del Presidente della Repubblica si sottovaluta sempre la possibilità che costui ha di intervenire, nell'ambito della decretazione d'urgenza, non soltanto *a valle*, in sede di promulgazione del disegno di legge di conversione del decreto-legge, ma anche *a monte*, specificamente in fase di emanazione del decreto-legge e nella stessa fase di autorizzazione di presentazione del disegno di legge di conversione alle Camere, laddove sarebbe invero particolarmente auspicabile che, anche per il tramite di una pervasiva attività di *moral suasion*, ponga un più incisivo argine agli abusi, perlomeno a quelli più palesi, del modello costituzionale presidiato dall'art. 77 Cost³¹⁴.

Difatti, l'importante monito alla leale collaborazione istituzionale che si desume dalla sent. n. 146/ 2024 – il più importante lascito della pronuncia *de qua* – dovrebbe essere accolto oltre che da Governo e Parlamento, anche – come visto – dai giudici comuni chiamati a sollevare le questioni di legittimità costituzionale e, soprattutto, dagli altri organi di garanzia³¹⁵, in specie il Presidente della Repubblica e i Comitati per la legislazione³¹⁶, i quali non dovrebbero *lasciare sola* la Consulta nel contenere quelle distorsioni del sistema delle fonti esacerbate dalla complessità di politiche e procedimenti euro-nazionali, tra cui figura, per l'appunto, anche il PNRR.

³¹⁴ P. CARNEVALE, *Del patto della staffetta: ma a cambiare non sono gli interpreti, bensì il testimone. Qualche considerazione a partire dalla lettera del Presidente della nostra Associazione*, in *Rivista AIC*, n.4/2025 evidenzia i vantaggi dello scrutinio anticipato del Presidente della Repubblica rispetto a quello successivo della Consulta.

³¹⁵ Cfr. P. CARNEVALE, *Testo per l'audizione presso i comitati per la legislazione della Camera e del Senato nell'ambito della indagine conoscitiva: "Profili critici della produzione normativa e proposte per il miglioramento della qualità della legislazione"*, Camera dei deputati, 8 luglio 2024, p. 9. In particolare, secondo M. CARTABIA, *Indagine conoscitiva sui profili critici della produzione normativa*, Camera dei deputati, 12 febbraio 2024 "occorrerebbe poi sviluppare forme di coordinamento tra organismi appartenenti alle diverse istituzioni – comitati per la legislazione, DAGL, uffici legislativi dei ministeri, ufficio studi della Corte costituzionale – attraverso la creazione di strumenti di raccordo e momenti di scambio per mettere a punto criteri comuni di valutazione, per condividere esperienze virtuose e situazioni problematiche, informazioni utili e riflessioni di approfondimento, nel pieno rispetto dei diversi compiti istituzionali".

³¹⁶ Sul richiamo dei pareri del Comitato per la legislazione da parte della Corte costituzionale, cfr. G. RIVOSECCI, *Bicameralismo e procedure interparlamentari non legislative*, in F. BASSANINI, A. MANZELLA (a cura di), *Due Camere, un Parlamento*, Passigli Editore, Bagno a Ripoli, 2017, p. 46 ss.

La Corte costituzionale “allo specchio”: *Cappato II* e il giudizio di costituzionalità sui propri precedenti. Quali coordinate minime? *

di Gaia Atzori

Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Abstract [It]: Il presente contributo sfrutta l'occasione della sentenza n. 135/2024, quale *leading case* del sindacato sulle addizioni normative del Giudice delle leggi, per riflettere sul fenomeno di una “Corte costituzionale che giudica se stessa”. In particolare, il saggio sostiene che la Corte, attraverso le sue sentenze “manipolative”, possa produrre *disposizioni pretorie aventi valore di legge*. Pertanto, non solo tali disposizioni devono poter essere oggetto del sindacato di legittimità costituzionale ma, in questi casi, occorre che la Corte costituzionale ponga in essere, sul piano dell'interpretazione della *ratio legis*, un “tentativo di estraneazione” dal ruolo di autrice della disposizione, al fine di controbilanciare la carenza di alterità istituzionale che caratterizza queste situazioni.

Title: The Constitutional Court “facing itself”: *Cappato II* and constitutionality judgment on its own precedents. What minimal coordinates?

Abstract [En]: This paper takes Judgment No. 135/2024 as a leading case in the judicial review of laws created by the Constitutional Court, in order to reflect on the phenomenon of a “Constitutional Court judging itself.” I argue that, by means of its manipulative rulings, the Court may produce provisions having the force of law. Consequently, such provisions, must not only be subject to constitutional review, but the Court must also attempt an interpretive “detachment” from its role as author of the norm, in order to counterbalance the institutional lack of otherness that inherently marks this dynamic.

Parole chiave: giudizio di legittimità costituzionale, sentenze manipolative, giudizio di uguaglianza, *ratio legis*, fine vita

Keywords: Constitutional review, manipulative judgments, equality review, *ratio legis*, end of life issues

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il nuovo *dictum* della Corte: l'ammissibilità delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto le disposizioni di legge risultanti da sentenze “manipolative”. 3. Le motivazioni del rigetto nella sentenza n. 135/2024. Un'inammissibilità sostanziale travestita da infondatezza? 4. *Segue*. L'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio: un *tertium comparationis diabolicum*? 5. Alcune coordinate minime per orientarsi nei futuri giudizi di costituzionalità sulle addizioni normative della Corte. 5.1. L'inquadramento giuridico dell'oggetto: si può parlare di disposizioni pretorie aventi valore di legge? 5.2. L'interpretazione dell'oggetto: il necessario tentativo di estraneazione della Corte dalla propria disposizione. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel contesto di un crescente protagonismo della Corte costituzionale all'interno della nostra forma di governo¹, assume particolare rilievo il fenomeno del “ritorno” alla Corte di una normativa emersa dalla

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sul punto v. A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Riv. AIC*, n. 3/2024.

sua stessa giurisprudenza². In questa prospettiva, la sentenza n. 135/2024 rappresenta una preziosa occasione per riflettere sul punto³.

Com'è noto, per effetto dell'applicazione della nuova area di liceità dell'aiuto al suicidio, meticolosamente "cucita" nella trama dell'art. 580 c.p. dalla Corte costituzionale all'esito del celebre "caso Cappato"⁴, una delle condizioni di non punibilità – la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale (TSV) – è presto tornata al suo cospetto sotto forma di oggetto di una nuova questione di legittimità costituzionale.

Rispetto al passato, con la sentenza n. 135/2024, si registra un chiaro cambio di orientamento sul punto: la Corte dichiara, per la prima volta, che oggetto dello scrutinio di costituzionalità può ben essere una «*disposizione di legge quale risultante da una sua sentenza "manipolativa"*»⁵. L'apertura del giudice costituzionale a questa tipologia di giudizi da una parte ufficializza l'inizio di una nuova stagione giurisprudenziale, caratterizzata dal possibile frequente ritorno innanzi alla Corte di discipline normative di sua produzione

² «Non è inusuale che la Corte costituzionale progressivamente costruisca un disegno sistematico, nelle diverse branche dell'ordinamento, alternativo a quello positivizzato dalle istituzioni rappresentative. Della complessiva razionalità di tali regimi, che vengono a crearsi per via di progressiva sedimentazione alluvionale di origine giurisprudenziale, è però lecito dubitare: la naturale vocazione casistica porta la giurisdizione costituzionale a rispondere alla singola questione proposta, lasciando inevasa tutta una serie di problemi che, in via consequenziale, possono presentarsi a causa degli innesti apportati alla Corte. Una sorta di *ius singulare* su cui lo stesso Giudice costituzionale è spesso costretto a tornare, per correggere o specificare le soluzioni o le combinazioni normative risultanti dai suoi stessi interventi» S.B. CARUSO e C. CARUSO, *Licenziamento e «politiche» giurisdizionali del lavoro. (Riflessioni interdisciplinari a partire dalle sentenze nn. 128 e 129/2024 della Corte costituzionale)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2024, p. 542. Peraltro, questo fenomeno può assumere contorni anche più ampi di quelli circoscritti al ricorso in via incidentale. Basti pensare, da ultimo, alla sent. n. 10/2025, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* per l'abrogazione della legge sull'autonomia differenziata (l. n. 86/2024), quale risultante a seguito della sentenza "manipolativa" n. 192/2024, che ha determinato l'oscurità del quesito precedentemente formulato, e dunque l'inammissibilità della richiesta referendaria.

³ Con la sentenza n. 242/2019, la Corte ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento una circoscritta area di non punibilità del suicidio assistito, presidiata da specifiche condizioni sostanziali e procedurali. Tra queste, la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale è stata ritenuta dal GIP di Firenze irragionevolmente preclusiva nei confronti di una classe di pazienti diversa da quella presa in considerazione nel primo caso Cappato e, dunque, lesiva non solo del principio di uguaglianza, ma anche della libertà di autodeterminazione nella scelta delle cure fondata sugli artt. 2, 13 e 32 Cost, nonché della dignità del malato. Pertanto, il giudice *a quo* ha sollevato la questione dinanzi alla Corte, chiedendole di eliminare dall'attuale art. 580 c.p. il requisito in parola. Il giudizio principale dal quale trae origine la questione in esame è un procedimento penale che ha visto indagati, a seguito di autodenuncia, Marco Cappato, Felicetta Maltese e Chiara Lalli per il delitto di cui all'art. 580 c. p., per aver accompagnato M.S., un uomo da anni affetto da sclerosi multipla, in una clinica svizzera dove ha potuto realizzare il suo proposito suicidario. A seguito di un rapido deterioramento delle sue condizioni di salute, il paziente era rimasto totalmente immobilizzato, salvo per una residua capacità di utilizzazione del braccio destro. Nel caso di specie, quindi, sebbene a causa di un'immobilizzazione progressiva quasi totale, il paziente necessitasse dell'aiuto di terze persone per lo svolgimento di tutte le attività fisiologiche quotidiane, egli manteneva integre le funzionalità corporee (comprese quelle legate alla muscolatura involontaria e la capacità di svuotamento intestinale) e, pertanto, non beneficiava di alcun supporto meccanico (né in termini di ventilazione, né di nutrizione, né di idratazione), non era sottoposto a terapie farmacologiche salva-vita e non richiedeva manovre di evacuazione o interventi sanitari assimilabili. La situazione del paziente, quindi, integrava tutte le condizioni sostanziali di non punibilità dell'aiuto al suicidio, tranne una: la dipendenza da un trattamento di sostegno vitale (TSV) e, per questo motivo, il malato non avrebbe potuto ottenere una lecita assistenza al suicidio in Italia e l'agevolante non avrebbe potuto beneficiare della scriminate (*cf.* Trib. Firenze, ordinanza n. 32 del 17 gennaio 2024).

⁴ *Ex multis* v. U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *BioLaw journal*, n. 1/2020, pp. 27-64.

⁵ Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* 3.2.

– complice la «latitanza del potere legislativo»⁶ – dall'altra apre, inevitabilmente, la strada ad un nuovo ventaglio di questioni teoriche da risolvere.

L'impostazione della sentenza n. 135/2024 è stata peraltro confermata da una seconda pronuncia sul requisito del sostegno vitale (sent. n. 66 del 2025⁷). In quest'ultima decisione, la Corte afferma che «le censure del rimettente debbono essere ritenute infondate, sostanzialmente per le medesime ragioni poste a base della sentenza n. 135 del 2024, che questa Corte ritiene di dovere qui integralmente confermare»⁸. Il presente contributo intende allora analizzare il primo vero esperimento di un confronto così diretto della Corte costituzionale “con se stessa”, sfruttando l'occasione della sentenza n. 135/2024, quale *leading case* del sindacato del Giudice delle leggi sulle proprie addizioni normative, al fine di ragionare su due questioni teoriche strettamente connesse tra loro: l'inquadramento giuridico di questo particolare “oggetto” delle questioni di legittimità costituzionale e le relative modalità interpretative in sede di sindacato di legittimità. Per farlo, si inizierà mettendo in evidenza il nuovo punto fermo fissato dalla Corte costituzionale rispetto all'ammissibilità di simili questioni (§ 2); si procederà, poi, a illustrare sinteticamente le ragioni che hanno condotto al rigetto della questione in esame, al solo fine di far emergere – mediante un *focus* specifico – le criticità che hanno investito il giudizio di uguaglianza-ragionevolezza e, in particolare, l'attività interpretativa ad esso sottesa (§ 3 e § 4). Alla luce di quanto emerso, si proporranno, infine, quelle che si ritengono le coordinate minime che dovrebbero essere rispettate dalla Corte in vista di questa nuova stagione giurisprudenziale di “grandi ritorni” (§ 5).

⁶ Questa “latitanza” si connette, com'è noto, al «fenomeno tendenzialmente globale della giurisdizionalizzazione dello Stato costituzionale, [che] in Italia addirittura diventa "epifenomeno", a causa delle tradizionali e storiche *defaillance*, quando non vere e proprie latitanze, del potere legislativo» (A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC*, n.2/2023, p. 105).

⁷ Il caso di specie trae origine da un procedimento penale che ha visto indagato, a seguito di autodenuncia, Marco Cappato per aiuto al suicidio ex art. 580 c.p., dopo aver accompagnato E.A., affetta da malattia oncologica in stadio terminale e R.N., affetto da malattia neurodegenerativa grave, in Svizzera per accedere all'autosomministrazione di un farmaco letale. In entrambi i casi, si trattava di pazienti giunti nella fase terminale della propria vita, che tuttavia non risultavano dipendenti da trattamenti di sostegno vitale a causa del rifiuto di entrambi di sottoporvisi. Pertanto, il GIP di Milano, ritenendo assente una delle quattro condizioni di non punibilità previste dalla Corte, con ordinanza n. 164 del 21 giugno 2024, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 32 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, chiedendo l'eliminazione *tout court* del requisito del TSV dall'attuale formulazione dell'art. 580. Poiché tali censure si fondano prevalentemente sul presupposto interpretativo secondo cui l'area di non punibilità sancita dalla sentenza n. 242 del 2019 non si estenderebbe alla situazione in cui il paziente rifiuta l'attivazione di un trattamento di sostegno vitale, pur in presenza di una indicazione medica in tal senso, la Corte, coerentemente con quanto già chiarito nella sentenza n. 135/2024 – pubblicata successivamente al deposito dell'ordinanza del GIP di Milano – ha dichiarato infondata la questione, ribadendo che «dal punto di vista costituzionale, non vi può essere (...) distinzione tra la situazione del paziente già sottoposto a trattamenti di sostegno vitale (...) e quella del paziente che, per sopravvivere, necessita, in base a valutazione medica, dell'attivazione di simili trattamenti, che però può rifiutare» (Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* 7.1., e sent. n. 66/2025, *Cons. in dir.* n. 5.1).

⁸ Corte cost., sent. n. 66/2025, *Cons. in dir.* 6.

Poiché la sentenza in commento costituisce solo l'occasione per riflettere sul tema da un punto di vista più generale, il presente contributo non analizza la pronuncia n. 135/2024 nella sua completezza, ma si concentra sui soli aspetti che interessano gli scopi dichiarati⁹.

2. Il nuovo *dictum* della Corte: l'ammissibilità delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto le disposizioni di legge risultanti da precedenti sentenze "manipolative"

Anche alla luce del quadro brevemente delineato, è difficile non accorgersi dell'*elefante nella stanza* di Palazzo della Consulta, ossia l'anomalia di un giudizio di legittimità costituzionale che abbia ad oggetto proprio una delle condizioni di non punibilità introdotte *ex novo* dalla Corte costituzionale nel tessuto normativo dell'art. 580 c.p. (aiuto e istigazione al suicidio) e mai armonizzate dal legislatore. I giudici costituzionali si sono trovati a dover affrontare un giudizio di costituzionalità nel quale veniva contestata l'illegittimità di un segmento dell'addizione normativa operata con la sentenza n. 242/2019, grazie alla quale è stata delineata per la prima volta in Italia una circoscritta area di liceità del suicidio assistito¹⁰.

L'identità istituzionale tra l'organo giudicante e l'organo che ha formulato la norma tornata *sub iudice* potrebbe apparire una circostanza "patologica" del controllo di legittimità costituzionale, in quanto ritenuta in *re ipsa* confliggente con l'intangibilità del giudicato costituzionale. Ed invero, in casi analoghi, nei quali cioè la Corte sia stata investita del vaglio di legittimità della normativa risultante dai suoi precedenti interventi "manipolativi", la stessa si è ripetutamente sottratta, dichiarando l'inammissibilità

⁹ Pertanto, non si prenderà parte al dibattito, già molto florido, sui contorni della nozione di "trattamento di sostegno vitale" meglio specificati dalla Corte nella sentenza n. 135/2024. La dottrina di commento, infatti, si è concentrata sull'elemento che ha reso la pronuncia in esame una sentenza interpretativa di rigetto «anomala», G. AZZARITI, *La Consulta ha posto le basi: sul fine vita ora decida il Parlamento*, su *Il Dubbio* del 20 luglio 2024, se non addirittura «mascherata», perché con la stessa «si avalla una interpretazione di tipo estensivo di uno dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale pregressa» (U. ADAMO, *La Corte costituzionale ritorna ancora sul suicidio assistito ma non scrive l'ultima parola*, in *LeCostituzionaliste*, settembre 2024, p. 1). Altri, invece, come S. CURRERI, *Suicidio assistito: non ancora un diritto*, su *l'Unità* del 23 luglio 2024 e P. VERONESI, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il "fine vita" in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2024, p. 17, hanno definito l'opera della Consulta un'interpretazione "autentica". Sul punto v. anche A. PUGIOTTO, *Caso Cappato-bis: l'altra faccia della sent. n. 135/2024*, in *Quad. Cost.*, 4/2024, p. 791 ss. Infine, per una ricostruzione completa di tutti gli elementi della pronuncia v. F. VIVALDELLI, *«Questa Corte intende qui integralmente confermare»*. Note a margine di Corte costituzionale n. 135/2024 in tema di trattamenti di sostegno vitale e aiuto al suicidio, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2024, p. 217 ss.

¹⁰ Per due differenti valutazioni del *modus operandi* della Consulta nella sent. n. 242/2019 v. A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/ Dj Fabo*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2020, p. 221 ss. e G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 4/2020, p. 24 ss.; per un commento sui profili penali della sentenza si rinvia a S. CANESTRARI, *Una sentenza «inevitabilmente infelice»: la «riforma» dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 2159 ss. Sulle difficoltà applicative della sent. n. 242/2019 v. a M.E. BUCALO, *Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore*, in questa *BioLaw Journal*, 3/2021, p. 281 ss. Infine, sulla regionalizzazione del fine vita come mezzo per dare attuazione alla pronuncia Cappato nella perdurante attesa di un intervento statale, v. C. CARUSO, *Al servizio dell'unità. Perché le Regioni possono disciplinare (con limiti) l'aiuto al suicidio*, in *«Il Piemonte delle autonomie»*, 2024, p. 8 ss. nonché P.F. BRESCIANI, *Sull'idea di regionalizzare il fine vita. Uno studio su autonomia regionale e prestazioni sanitarie eticamente sensibili*, in *Corti supreme e salute*, p. 1 ss.

di tali ricorsi, ravvisandovi un tentativo di eludere gli artt. 136 e 137 Cost., mediante la richiesta, anche indiretta, di un sindacato del merito di una precedente *decisione* di accoglimento¹¹. Del resto, se «contro le *decisioni* della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione» (art. 137 Cost.), è difficile immaginare l'accoglimento di questioni di costituzionalità che chiedano al Giudice delle leggi di rimettere in discussione le sue precedenti pronunce. Il punto cruciale della questione, allora, sembra ruotare attorno alla *vexata quaestio* della natura giuridica delle sentenze della Corte costituzionale, una volta che il precipitato normativo delle stesse sia confluito nel circuito delle norme che producono effetti giuridici vincolanti nell'ordinamento.

In altre parole: se delle sentenze di accoglimento della Corte si può cogliere una sola natura giuridica, ossia quella di mere *decisioni giudiziarie*, allora la prospettazione di simili questioni di costituzionalità non può che essere del tutto contraria al dettato dell'art. 137 Cost.; se, invece, delle pronunce della Corte costituzionale, si potesse cogliere anche una seconda natura, – che coesiste con la prima – e che prende vita dalla capacità di alcune decisioni di innovare il diritto vigente in senso positivo, allora certamente si aprirebbe uno spiraglio per l'accoglimento di simili questioni, volte a sindacare – non la precedente *decisione*, bensì – quel *quid pluris* introdotto nell'ordinamento mediante interpretazione, addizione o sostituzione di leggi o atti aventi forza di legge.

Rispetto alla capacità di incidere sul diritto oggettivo, innovandolo, la stessa Corte, pur non essendosi mai spinta sino a definire le proprie pronunce “fonti del diritto”, ha più volte riconosciuto che le sue sentenze

¹¹ Cfr. le ordinanze di manifesta inammissibilità n. 27, 93 e 203 del 1990, relative alla normativa di risulta della sent. n. 409/1989, con cui la Corte ha sostanzialmente equiparato *in melius* il regime sanzionatorio previsto per chi rifiutava il servizio militare per motivi di coscienza al regime sanzionatorio, più mite, previsto per il reato di mancata presentazione del militare chiamato alle armi; ord. n. 482/1990, riguardante l'intervento manipolativo di cui alla sent. n. 569/1989 con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 47, 3° c., ord. pen., nella parte in cui non prevede che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato possa essere ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale anche se, in presenza delle altre condizioni, abbia serbato un comportamento tale da consentire il giudizio collegiale svolto in istituto di cui al comma precedente; ord. n. 7/1991, riferita all'esito della sentenza manipolativa n. 66/1990, con cui è stato annullato l'art. 247 del testo delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice, quando, a dibattimento concluso, ritenga ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, possa applicare all'imputato la riduzione di pena contemplata dall'art. 442, 2° c., c.p.p.; sent. n. 17/1992, con cui si dichiara inammissibile la questione sollevata in relazione al risultato della pronuncia manipolativa n. 386/1989, che ha censurato l'art. 47, ord. pen. sull'affidamento in prova del condannato ai servizi sociali, nella parte in cui non prevede che, nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite dei tre anni, non si debba tener conto (agli effetti della detraibilità del quantum originariamente irrogato) anche delle pene espiate (al pari di quelle condonate od estinte); ord. n. 461/1999, in riferimento alla sent. n. 46/1975 con la quale la Corte ha censurato l'art. 21, 3° comma della legge fallimentare, nella parte in cui, nel caso di revoca della dichiarazione di fallimento, poneva le spese di procedura e il compenso al curatore a carico di chi l'avesse subita, senza che ne ricorrero i presupposti e senza che vi avesse dato causa col suo comportamento; ord. 108/2001, riferita alla sent. n. 186/1992, con cui è stata stabilita l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, 2° c., c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del GIP che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 dello stesso codice a partecipare al giudizio. Ha analizzato questo orientamento preclusivo della Corte costituzionale A. BONOMI, *Le questioni di legittimità costituzionale relative a disposizioni su cui è già intervenuta sentenza di accoglimento: aspetti problematici*, in *Riv. AIC* n. 4/2016, p. 22 ss.

ben possono produrre *ius superveniens*, mutando significativamente il quadro normativo delle disposizioni di legge¹².

Del resto, già a partire dagli anni '80, Alessandro Pizzorusso si contrapponeva al filone dottrinale maggioritario di esclusione delle pronunce della Corte dal catalogo delle fonti normative, sostenendo la riconducibilità delle sentenze di accoglimento nell'alveo degli atti-fonte dell'ordinamento giuridico, al pari della legge e degli atti aventi forza di legge di volta in volta incisi dalla Corte¹³. Com'è noto, il principale argine al consolidamento della tesi di Pizzorusso, è stato il grande successo riscosso dalla teoria crisafulliana delle "rime obbligate" che, intendendo anche gli interventi più incisivi come esplicitazione di una norma «già implicata nel sistema», consentiva di escludere che attraverso tali pronunce la Corte "creasse" veri e propri atti equiparabili alla legge¹⁴.

Sin dagli albori del suddetto orientamento preclusivo della Corte rispetto all'ammissibilità di questioni aventi ad oggetto il contenuto delle sue decisioni, una parte di dottrina si è inserita nel dibattito, proponendo una terza via per la qualificazione giuridica delle pronunce di incostituzionalità, in modo da consentirne la rimessione innanzi al Giudice delle leggi. Si pensi, ad esempio, alla tesi di Andrea Pugiotto, secondo il quale solo la parte demolitoria delle sentenze costituzionali sarebbe coperta dagli artt. 136 e 137 Cost. e, di conseguenza, nel caso di un dubbio di costituzionalità vertente sulla *pars construens* di un precedente della Corte, l'oggetto della contestazione non sarebbe né una sentenza né una legge, bensì «il diritto vivente di matrice giurisprudenziale»¹⁵.

¹² Basti pensare alla giurisprudenza di restituzione agli atti per *ius superveniens* determinato dalle declaratorie di incostituzionalità della Corte (cfr. *ex multis* ord. nn. 160/1980, 463/1990, 412 e 427/1992, 386/1995, 56, 81, 397/1999, 456/2002 e 7/2003). Oppure, più recentemente, si pensi alla sent. n. 161/2023, in tema di irrevocabilità del consenso paterno alla PMA, in cui si legge che «a seguito degli interventi di questa Corte, la norma che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo *si è trovata a operare in un contesto profondamente diverso da quello definito ab origine dalla legge n. 40 del 2004*» (corsivo aggiunto).

¹³ A. PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Pol. Dir.*, 1987, p. 139 ss., nonché in *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, p. 314, ove l'A. afferma chiaramente che le decisioni di accoglimento «assumono nella gerarchia delle fonti grado corrispondente a quello che era proprio della disposizione o della norma dichiarata incostituzionale e non a quello dei principi costituzionali adottati come parametro ai fini del controllo».

¹⁴ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, CEDAM, Padova, 1984, p. 407 ss.

¹⁵ Rientrando, così, nello «schema abituale e consueto del giudizio sul fatto storico dell'applicazione normativa dominante, senza alcuna elusione né della forza cogente ex art 136 Cost del precedente intervento della corte (giacché il profilo ablatorio non è in causa) né del divieto di impugnazione delle sentenze costituzionali (poiché oggetto della questione è la normativa di risulta quale concretamente definita dall'applicazione dell'autorità giudiziaria)» A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 607 ss. Una posizione simile è stata sostenuta da E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quad. Cost.*, 1994, p. 155. L'Autrice ritiene che la normativa di risulta di una decisione di accoglimento manipolativa sia il frutto «solo indiretto dell'intervento del giudice costituzionale», in quanto formata «dai dati normativi contenuti nella originaria sentenza della Corte costituzionale e dall'elaborazione autonoma della disciplina operata dal giudice». D'altro canto, l'A. si era già espressa in tal senso proprio in un commento alla sentenza n. 17/1992, nella parte in cui dichiara inammissibile la questione sollevata in relazione al risultato normativo della pronuncia manipolativa n. 386/1989, cfr. ID, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento (sent. n. 17/1992)*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di)

Tuttavia, sino a quando la tesi delle rime obbligate è rimasta saldamente in piedi, nessuna di queste teorie ha spinto la Corte costituzionale a mutare orientamento sul punto. È per questo che, ai fini della pronuncia sul caso Cappato *bis*, forte del consolidato orientamento giurisprudenziale di segno contrario all'ammissibilità di questioni volte a mettere in discussione la normativa di risulta di precedenti decisioni "manipolative" della Corte, l'Avvocatura di Stato ha segnalato come, nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* stesse in sostanza chiedendo alla Corte di «sconfess[are] se stessa»¹⁶. Proprio su questo punto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 135/2024, fornisce una precisazione che opera sul piano generale della giustizia costituzionale e che, pertanto, non può passare inosservata. Per la prima volta, la Corte sembra sciogliere apertamente l'annosa *quaestio* della natura giuridica dell'*addendum* delle sue sentenze "manipolative" a favore dell'equiparazione – quantomeno ai fini di un successivo controllo di legittimità costituzionale – a vere e proprie disposizioni legislative. Il Giudice delle leggi, infatti, ha affermato che «oggetto dello scrutinio di costituzionalità può, d'altro canto, ben essere una *disposizione di legge quale risultante da una sentenza "manipolativa" di questa Corte*»¹⁷.

La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato, Torino, 1993, p. 18 ss. Parla delle sentenze manipolative della Corte costituzionale in termini di «fonte autonoma di automatica integrazione della legge viziata» G. RIZZA, *La Corte costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari*, in *Dir. Soc.*, 1973, p.327. Sul punto anche G. BASCHERINI, *La diversa valenza della manifesta infondatezza e della manifesta inammissibilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 680, il quale ritiene che da una sentenza additiva derivi «una norma nuova rispetto a quella preesistente; in tal caso quindi sembrerebbe non doversi porre il problema della inoppugnabilità delle sentenze della Corte, poiché in tal caso oggetto del giudizio della Corte è una normativa che si inserisce nell'ordinamento come fonte autonoma. Il nuovo intervento della Corte quindi, senza violare il principio di inoppugnabilità delle sentenze costituzionali, si svolgerà su questione di incostituzionalità riferentesi al risultato normativo della sentenza della Corte ed all'interpretazione fornitane dai giudici».

¹⁶ Corte cost., sent. n. 135/2024, *Rit. in fatto* 2.1.2.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* 3.2 (corsivo aggiunto). La Consulta, a conferma di ciò, riporta tra parentesi l'esempio di una dinamica simile, sebbene non identica: quella delle sentenze n. 131/2022 e n. 286/2016 sulla trasmissibilità del cognome materno. Tuttavia, i due casi – quello sul cognome materno, da una parte, e quello sul TSV ai fini del suicidio assistito, dall'altra – non sono del tutto assimilabili. Nel caso del cognome, la Corte, nel 2016, aveva dichiarato l'incostituzionalità della regola dell'automatica acquisizione del cognome paterno, nella parte in cui non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, *anche* il cognome materno. Così facendo, pur avendo attenuato gli effetti discriminatori della regola dell'automatica trasmissione del patronimico, aveva consapevolmente lasciato nell'ordinamento una norma in contrasto con il principio di parità dei coniugi, che affidava al coniuge maschio il potere di veto sulla scelta di aggiungere il cognome materno, confidando nell'intervento del legislatore (*cfr.* sent. 286/2016, *Cons. in dir.* 6). Con la successiva sentenza n. 131/2022, quindi, è vero che la Corte è tornata a vagliare la legittimità costituzionale di una norma già incisa dalla sua giurisprudenza – che rappresenta il profilo di contatto con i casi Cappato II e III – ma la parte di disposizione censurata non era propriamente l'addizione operata dalla Corte nel 2016. Infatti, nella sentenza n. 131/2022, viene dichiarata l'incostituzionalità della regola legislativa di fondo, mai mutata, ossia l'automatismo della trasmissione del solo patronimico. Quindi, nel caso della pronuncia sul cognome, la norma censurata è una regola rimasta nell'ordinamento a causa di un precedente intervento della Corte non sufficientemente incisivo, mentre nel caso delle pronunce nn. 135/2024 e 66/2025, l'oggetto immediato delle questioni è proprio un segmento dell'addizione normativa operata con la sentenza n. 242/2019. In ogni caso, l'aspetto della rimessione innanzi a se stessa, con ordinanza n. 18/2021, di una questione di legittimità costituzionale su una norma emersa dalla sua giurisprudenza, rappresenta indubbiamente un profilo giuridico molto interessante ai fini dello studio del più ampio fenomeno di una "Corte costituzionale che giudica se stessa". Per un approfondimento della giurisprudenza costituzionale sul doppio cognome v. C. INGENITO, *Storia del nuovo cognome dei figli tra tutela dell'unità familiare e diritto all'identità. Riflessioni a margine della sentenza n. 131/2022*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 6/2022, p. 355 ss., nonché B. SBORO, *Il doppio cognome tra pari dignità dei genitori e diritto all'identità personale del figlio*, in *Il diritto nella giurisprudenza costituzionale*, in A. MORRONE (a cura di), Wolters Kluwer, Milano, X ed. 2024, p. 147 ss.

La conferma di questa eventualità da parte dei giudici costituzionali, pur nella sua dirompenza rispetto a quanto affermato in passato, non può dirsi del tutto inaspettata. La possibilità che il risultato normativo di una pronuncia del Giudice delle leggi torni al suo cospetto mediante il ricorso in via incidentale senza che, *medio tempore*, il legislatore sia intervenuto ad armonizzare la disciplina, può, infatti, solo essere destinata ad aumentare per effetto del circolo vizioso “inerzia del legislatore - supplenza del giudice costituzionale - inerzia del legislatore”¹⁸.

Il cambio di rotta della Corte non può non essere letto anche e soprattutto in relazione al recente abbandono del tradizionale schema delle rime obbligate, in favore delle c.d. rime adeguate¹⁹. Del resto, non vi è dubbio che tale superamento abbia spostato il “pendolo della Corte”, in perenne oscillazione tra l’anima “giurisdizionale” e l’anima “politica”²⁰, a favore di quest’ultima, con tutte le conseguenze giuridiche che possono derivare da una maggiore “creatività” adoperata per mezzo di “versi sciolti”²¹. Ecco che, tra i necessari corollari dell’abbandono delle rime obbligate pare proprio doversi annoverare anche l’ulteriore sindacabilità delle addizioni normative della Corte costituzionale.

¹⁸ Sulla creatività della Corte costituzionale e, in particolare, sull’intricatissimo tema della sindacabilità delle omissioni del legislatore v. da ultimo A. MORRONE, *Positivismo giudiziario. Appunti a partire dalle c.d. omissioni legislative*, in *Quad. Cost.* 1/2024, pp. 127-162.

¹⁹ In questo senso, P. VERONESI, *A primissima lettura*, cit., p. 7., afferma che questa apertura della Corte «è ormai inevitabile, soprattutto a fronte del recente e frequente abbandono, da parte della Corte, delle più rigorose coordinate della teoria delle “rime obbligate” (come accade anche e proprio nella sent. n. 242/2019, in cui si fa ampio sfoggio di rime solo “possibili”)».

²⁰ Cfr. R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Giappichelli, Torino, 2017. Più recentemente, sul punto anche A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, cit., p. 186 ss.

²¹ Per una esaustiva ricostruzione delle tappe, nonché delle concause sottese all’abbandono del tradizionale schema delle “rime obbligate”, e all’utilizzo della nuova tecnica dei «versi sciolti», v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, BUP, Bologna, 2020, p. 101 ss. (per il primo utilizzo della denominazione “versi sciolti” v. *ivi*, p. 38). Sul punto A. MORRONE, *Positivismo giudiziario*, cit., osserva che il fatto «[c]he si possa decidere, al posto del legislatore, di porre l’addendum anche in assenza di una norma costituzionalmente obbligatoria e in presenza di diverse possibilità normative tra cui scegliere quella adeguata al contesto, si giustifica proprio in ragione del cambiamento di paradigma del sindacato di legittimità costituzionale, passato integralmente dal necessario al ragionevole, che permette alla Corte costituzionale di attingere dalla Costituzione potenzialmente qualsiasi significato utile allo scopo nel contesto dato. In queste, e in ipotesi simili, la Corte “crea la norma mancante”», riprendendo così le parole di A. SPADARO, *Involuzione o evoluzione*, cit. p. 127. Da ultimo, S. TALINI, *Le addizioni di sistema. A proposito di interventi manipolativi e silenzi legislativi*, in *Federalismi.it*, n. 14/2025, p. 138 ss. auspica il ritorno alla logica delle “rime obbligate” per provare a limitare i rischi delle decisioni con cui la Corte rimedia ad un *vulnus* causato dall’inerzia del Legislatore. In particolare, l’Autrice afferma che «la “morsa” delle rime obbligate si è progressivamente attenuata laddove il Legislatore, nonostante l’invito della Corte a intervenire a fronte di omissioni incostituzionali, abbia rinunciato all’esercizio del proprio potere discrezionale», tale logica potrebbe ancora sorreggere quelle ipotesi in cui Giudice delle leggi decida di affiancare alla dichiarazione di incostituzionalità addizioni “di sistema”, al fine di rendere quanto più possibile coerenti e sistematicamente in armonia con il contesto normativo in cui andranno a inserirsi (almeno nell’attesa di un intervento legislativo che, naturalmente, resta sempre auspicabile a fronte di qualunque manipolazione giurisprudenziale). È una soluzione che permetterebbe alla Corte di conseguire un duplice risultato: adottare una disciplina volta a colmare i vuoti di tutela - anche attraverso un’interlocuzione diretta con le autorità amministrative - e, al contempo, non compiere scelte discrezionali spettanti unicamente al Legislatore» (p. 153).

3. Le motivazioni del rigetto nella sentenza n. 135/2024. Un'inammissibilità sostanziale travestita da infondatezza?

Fugato il dubbio sull'ammissibilità della questione, la Corte rigetta tutte le censure sollevate, concentrandosi sui tre pilastri sostanziali dell'ordinanza di rimessione: uguaglianza, libertà di autodeterminazione nella scelta delle cure e dignità umana in senso soggettivo.

Il problema sembra essere, nuovamente – ma questa volta in senso assolutamente ostativo all'intervento “manipolativo” della Corte – la perdurante assenza di una cornice legislativa *ad hoc*, corredata di adeguati contrappesi a tutela dei soggetti più vulnerabili. Il ridimensionamento della libertà *ex* artt. 2, 13 e 32 Cost.²² e il ritorno ad una dimensione oggettiva della dignità umana, con conseguente soccombenza della dignità in senso soggettivo, risultano infatti argomenti meramente accessori – e per questo ulteriormente criticabili – rispetto alla statuizione centrale di questa pronuncia che da sola sarebbe stata sufficiente a motivare una sentenza di inammissibilità: allo stato, la Corte ritiene di non poter procedere oltre quanto già stabilito nella doppia pronuncia Cappato²³ e, pertanto, «intende qui integralmente confermare» le conclusioni ivi raggiunte²⁴.

Questo minimalismo dichiarato, ma non pienamente perseguito, è il *fil rouge* di tutta la sentenza.

Rispetto alla violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole discriminazione tra più categorie di pazienti, la Corte ha richiamato la *ratio decidendi* dei precedenti attraverso i quali essa stessa ha delineato l'area di liceità dell'aiuto al suicidio (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019). Tale *ratio*, lungi dal voler riconoscere ai malati irreversibili un generale diritto a terminare la propria vita, ad avviso della Corte, risiedeva solo ed esclusivamente nell'intento di non precludere irragionevolmente l'accesso al suicidio assistito di pazienti

²² La Corte ha affermato che il giudice *a quo* muove da una nozione «diversa, e più ampia, di “autodeterminazione terapeutica”», in quanto connotata da una componente positiva molto più marcata rispetto alla natura di libertà prevalentemente negativa del diritto al rifiuto delle cure. La posizione soggettiva invocata dal rimettente rientrerebbe, infatti, nella «sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo, (...) che è a sua volta un aspetto del più generale diritto al libero sviluppo della propria persona». Pertanto, un'eventuale scelta permissiva di segno “eutanasico” che si basi su questa sfera di autonomia, o sulla dignità in senso soggettivo del paziente, dovrebbe necessariamente essere controbilanciata da una disciplina legislativa volta a prevenire rischi eccessivi per la vita umana. La Corte, infatti, ha intravisto il pericolo che, «in presenza di una legislazione permissiva non accompagnata dalle necessarie garanzie sostanziali e procedurali, si crei una “pressione sociale indiretta” su altre persone malate o semplicemente anziane e sole, le quali potrebbero convincersi di essere divenute ormai un peso per i propri familiari e per l'intera società, e di decidere così di farsi anzitempo da parte» (Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* n. 7.2. e 7.3). Prevale, dunque, la concezione oggettiva di vita dignitosa, in virtù della quale, «dal punto di vista dell'ordinamento, ogni vita è portatrice di una inalienabile dignità, indipendentemente dalle concrete condizioni in cui essa si svolge» (*ibid.*). Condivide questo ritorno esplicito della Corte a ribadire che la dignità costituzionalmente rilevante è quella oggettiva, come argine ad una pericolosa espansione del suicidio assistito A. RUGGERI, *La Consulta equilibrista sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, in *Consultaonline*, n. 2/2024, p. 933. Analizza le varie sfumature del diritto all'autodeterminazione nella sua declinazione di diritto a disporre del proprio corpo, giungendo a ritenere che questo trovi sicuro fondamento costituzionale solo nell'art. 32 Cost. e dunque solo nel rifiuto delle cure A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, in *Quad. Cost.*, 2013.

²³ In questo senso P. VERONESI, *A primissima lettura, cit.*, p. 13, secondo il quale la Consulta sembra voler dire che se andasse oltre quanto già stabilito «varcherebbe i confini assegnati ai suoi poteri».

²⁴ Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* 6.

che *già* avrebbero potuto decidere di porre fine alla propria vita, rifiutando trattamenti necessari ad assicurarne la sopravvivenza, grazie all'art. 32 Cost. e alla legge n. 219/2017 sul consenso informato e sulle DAT²⁵. Pertanto, le due situazioni – di chi dipenda da un trattamento sanitario salva-vita e chi no – sarebbero «differenti dal punto di vista della *ratio* adottata nelle due decisioni menzionate; sicché viene meno il presupposto stesso della censura di irragionevole disparità di trattamento di situazioni analoghe, formulata con riferimento all'art. 3 Cost.»²⁶.

Emerge, sin dal rigetto della prima censura, che il contestato requisito del TSV, pur rappresentando un «*unicum* nell'orizzonte comparato»²⁷, viene ritenuto un pezzo del *puzzle* non sacrificabile, non tanto perché si pone a tutela di uno dei valori sottesi all'attuale art. 580 c.p.²⁸, quanto a causa del ruolo che tale criterio ha svolto nella logica della doppia pronuncia Cappato. La Corte lo dice apertamente: il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale «svolge, *in assenza di un intervento legislativo*, un ruolo cardine nella logica della soluzione adottata con l'ordinanza n. 207 del 2018, poi ripresa nella sentenza n. 242 del 2019»²⁹. In effetti, nei precedenti richiamati, l'assenza del tradizionale schema delle «rime obbligate», ha indotto la Corte a disegnare l'area di legittimità dell'aiuto al suicidio sulla falsariga di quanto già consentito dalla legge sul consenso informato, in quanto unico punto di riferimento normativo già presente nel sistema dal quale poter attingere, per ridurre al minimo la portata «creatrice» della sentenza n. 242/2019³⁰. La Corte sembra affermare tra le righe che, con l'eliminazione del requisito del TSV, sarebbe venuto meno anche l'unico punto di giuntura, il *cardine* per l'appunto, tra la nuova area di non punibilità *ex art.* 580 c.p. e l'ordinamento giuridico vigente in materia di «biotestamento».

Tuttavia, una simile argomentazione – che va dichiaratamente al di là del merito del bilanciamento e che rivela da subito l'indisponibilità a rinunciare al requisito del TSV, a favore di un approccio votato al *self*

²⁵ Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* 7.1.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Ipotesi esclusa espressamente dalla stessa Corte che afferma che in effetti la dipendenza o meno da TSV non altera il bilanciamento dei valori in gioco, nel senso che la presenza o l'assenza della necessità di un TSV non è indicativa di una maggiore o minore vulnerabilità del paziente, né di una maggiore o minore libertà e consapevolezza della sua decisione di andare incontro alla morte; né, ancora, la sottoposizione o l'esigenza di trattamenti di sostegno vitale sarebbe di per sé portatrice di una maggiore sofferenza, che renda più umanamente comprensibile la decisione di ricorrere al suicidio assistito (*cf.* Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* 7.1.).

²⁹ *Ibid.* (Corsivo aggiunto).

³⁰ Il ruolo della legge n. 219/2017 in tal senso si evince chiaramente dalle parole della Consulta che, nella sentenza n. 242/2019, richiama la legge sul consenso informato in qualità di unico «preciso punto di riferimento (...) già presente nel sistema - utilizzabile ai fini considerati, nelle more dell'intervento del parlamento», e cioè al fine di «dare risposta a buona parte delle esigenze di disciplina poste in evidenza nell'ordinanza n. 207 del 2018». Pertanto, la Corte ha ricavato «dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato», validi «nelle more dell'intervento del legislatore» (Corte cost., sent. n. 242/2019, *Cons. in dir.* 4 e 5).

restraint – avrebbe potuto giustificare, tuttalpiù, una pronuncia di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa³¹, non certo l'infondatezza della censura relativa al principio di uguaglianza.

Ed infatti, la Corte scioglie tutte le riserve quando ribadisce che il suo compito non è quello «di sostituirsi al legislatore nella individuazione del punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all'autodeterminazione (...) e le contrapposte istanze di tutela della vita umana (...); bensì, soltanto, quello di fissare il limite minimo (...) della tutela di ciascuno di questi principi»³². Sul variegato ventaglio di situazioni che si discostano da queste soglie minime, e dunque dai precedenti della Corte sul punto, si deve riconoscere «un significativo spazio alla discrezionalità del legislatore, al quale spetta primariamente il compito di offrire una tutela equilibrata a tutti i diritti di pazienti che versino in situazioni di intensa sofferenza»³³.

Questa inammissibilità “sostanziale”, mascherata da infondatezza, scandita dalla decisione di entrare nel merito della questione nonostante l'evidente indisponibilità ad andare oltre quanto già stabilito nei precedenti, offre una preziosa occasione di studio al fine di mettere a fuoco i cortocircuiti che possono derivare dalla comprensibile difficoltà per la Corte costituzionale di interpretare la *ratio* di una regola che sia il frutto di un suo stesso precedente.

Pertanto, nel paragrafo che segue si approfondirà la modalità con cui la Corte ha esperito il test di uguaglianza-ragionevolezza, al fine di mettere in luce quanto sia problematico sovrapporre automaticamente il concetto di “*ratio decidendi*” al concetto di “*ratio legis*”, anche nei casi in cui la “legge” in esame sia stata formulata proprio dalla Corte.

4. Segue. L'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio: un *tertium comparationis diabolicum*?

Lamentando la suddetta irragionevole disparità di trattamento, il ricorrente in sostanza chiede alla Corte di rimuovere il requisito in parola, al fine di estendere la disciplina derogatoria, introdotta con la doppia pronuncia Cappato, a situazioni ritenute sostanzialmente analoghe e dunque sorrette dalla medesima *ratio derogandi*. Correttamente, quindi, il Giudice delle leggi decide di avviare il test di ragionevolezza-uguaglianza, al fine di verificare se esista, in effetti, tra le situazioni trattate diversamente, una similitudine

³¹ Sulle quali v., *ex multis*, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 239 ss.

³² Corte cost., sent. n. 242/2019, *Cons. in dir.* 4 e 5. Le soglie minime di garanzia di questi due estremi del bilanciamento sono già state fissate nella pronuncia di inammissibilità del *referendum* sull'omicidio del consenziente n. 50/2022 e nella doppia pronuncia formata dall'ord. n. 207/2018 e dalla sent. n. 242/2019. In particolare, da questa cornice giurisprudenziale emerge che, se da una parte non è costituzionalmente possibile giungere sino a riconoscere ad un soggetto la facoltà di ucciderne un altro sulla base della mera volontà di quest'ultimo, poiché si finirebbe per conferire ai consociati una disponibilità piena sulla propria vita in contrasto con l'art. 2 Cost., dall'altra, l'art. 32 Cost., 2° comma rende costituzionalmente necessario garantire, almeno a coloro che potrebbero già lasciarsi morire rifiutando le cure, la possibilità di richiedere assistenza nel darsi la morte.

³³ Corte cost., sent. n. 135/2024, *Cons. in dir.* 7.2.

tale per cui anche la situazione del paziente non tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale, ma gravato da tutte le altre condizioni previste, risponda alla *ratio* della norma di esclusione, ossia l'art. 580 c.p. laddove oggi stabilisce una circoscritta area di non punibilità.

Eppure, l'impressione è che la Corte non porti davvero a termine questa valutazione, lasciandola incompiuta, con l'effetto di vanificarne lo scopo.

Il test di eguaglianza-ragionevolezza svolto in questa sentenza si compone, infatti, di due brevissimi passaggi: il primo consiste nell'affermare che il motivo della previsione dell'area di non punibilità introdotta con la sentenza n. 242/2019 non risiedeva tanto nel riconoscimento di un diritto a morire dignitosamente alle condizioni stabilite, quanto, piuttosto, nell'intento di non negare una soluzione alternativa ai pazienti che già potevano lasciarsi morire secondo quanto previsto dalla legge sul consenso informato; con il secondo passaggio, poi, la Corte giunge direttamente alla conclusione logica e soprattutto tautologica, di non poter estendere una simile *ratio decidendi*, e dunque *derogandi*, a chi neanche oggi possa lasciarsi morire per mezzo della legge 219/2017.

Il giudice costituzionale non sembra trattare la nuova fattispecie di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla stregua di una nuova norma ma, al contrario, questa viene trattata come inscindibilmente legata ad altra legge: quella del 2017, sul consenso informato e sulle DAT. Avviene una sorta di "salto del *tertium*", perché la Corte, invece di usare come termine di paragone chi oggi può legittimamente accedere al suicidio assistito in virtù del riformato art. 580 c.p. – come richiesto dal ricorrente – usa come termine di paragone chi può – oggi, come "ieri" – lasciarsi morire per mezzo della legge sul "testamento biologico" del 2017 (artt. 1 e 2, sull'interruzione di trattamenti salva-vita con contestuale sottoposizione a sedazione palliativa profonda continua). In pratica, la Corte riproduce il giudizio di uguaglianza sotteso alla "doppia pronuncia Cappato", come se nel frattempo la sua addizione normativa non avesse creato un nuovo punto di partenza per i futuri giudizi³⁴. Tuttavia, dal momento in cui esiste nell'ordinamento una categoria di soggetti che, in presenza di quattro condizioni sostanziali, può esercitare la sua libertà di scelta delle cure sino a decidere – non di *lasciarsi morire*, bensì – di farsi aiutare a *morire*, un passo avanti nel cammino dei diritti di fine vita è stato compiuto. Ne consegue che il punto di equilibrio del bilanciamento sotteso a questa nuova "facoltà" – se proprio non la si vuole chiamare "diritto" – si è *già* spostato rispetto al bilanciamento sotteso alla legge n. 219/2017, a favore di un più ampio spazio di autonomia della persona sul proprio corpo. Ed è rispetto a questo nuovo passo, sigillato con la sentenza n. 242/2019, che la Corte

³⁴ Già C. TRIPODINA, *La "circoscritta area di non punibilità dell'aiuto al suicidio"*, *Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2019, II, p. 225 aveva osservato che la sentenza n. 242/2019 in realtà costituisce il frutto di un giudizio di uguaglianza ragionevolezza – rispetto alle facoltà consentite dalla legge sul consenso informato – senza la «finzione retorica del suo aggancio all'art. 3.1 Cost.».

era stata chiamata a verificare l'esistenza di situazioni simili irragionevolmente escluse dall'attuale formulazione dell'art. 580 c.p.

Non si può negare, dunque, che attraverso la “doppia pronuncia Cappato”, la Corte costituzionale abbia aggiunto al diritto preesistente una fattispecie del tutto nuova che, in quanto tale, presenta oggi una *ratio* intrinseca, desumibile da ciò che essa consente in concreto. Una *ratio*, cioè, che va al di là dell'intenzione con cui è stata scritta la “legge”³⁵.

Sono molteplici le *rationes* che il giudice costituzionale avrebbe potuto ricavare dalla nuova fattispecie di suicidio assistito, se solo l'avesse trattata alla stregua di una qualsiasi altra disposizione censurata, coerentemente con la scelta di dichiarare ammissibili i giudizi aventi ad oggetto le sue addizioni normative. Ad esempio, assumendo che esista una ragionevole correlazione tra i quattro requisiti sostanziali richiesti e che il bene costituzionale tutelato sia quello più volte rammentato dalla Corte –la libertà di scelta delle cure³⁶– si potrebbe logicamente ritenere che l'esistenza di una circoscritta area di liceità dell'aiuto al suicidio risponda allo scopo di restituire a chi versi in una situazione clinica di particolare gravità (perché

³⁵ Cfr. R.BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, lezione tenuta al Palazzo della Consulta nel corso di giustizia costituzionale della SSM, il 30 maggio 2023, in *Lo Stato 2023*, p. 323 ss. il quale afferma che «oggi, in un sistema costituzionale imperniato sulla separazione dei poteri, la “volontà” o – per dirla con l'art. 12 delle Preleggi – la “intenzione” del legislatore conta poco: la legge si “estranea” dal corpo politico che l'approva, ciò che vale (giuridicamente) è solo il testo licenziato dal procedimento legislativo». Infatti, Bin continua citando E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 265, laddove l'Autore scrive che l'«intenzione del legislatore (...) sta ad indicare il problema pratico, del quale la norma da interpretare rappresenta la soluzione». È per questo che «oggi, quando si parla di *ratio legis* si fa riferimento essenzialmente all'assetto degli interessi che entrano in gioco e che la norma legislativa cerca di trattare con il dovuto bilanciamento». Sul punto, B.BIONDI, Voce *Ratio legis*, in *Nuovo digesto italiano*, Vol. X, Torino, 1939, p. 1121, afferma che «*Ratio legis* si intende (...) come lo scopo, il motivo, lo spirito della legge, quale si ricava non da elementi estranei, ma dalla stessa legge. La *ratio legis* però non è cristallizzata nel momento in cui la legge è fatta, ma costituisce piuttosto quasi una forza vivente che accompagna la legge in tutta la sua vita, in guisa che può variare col mutare delle circostanze e dei tempi in cui la legge successivamente si applica. La *ratio legis* non si identifica con la *occasio legis*, che è la circostanza storica contingente che ha suggerito la creazione della legge: come la volontà della legge non si identifica con la volontà di colui o di coloro che hanno creato la legge, così la *ratio legis* non coincide con la *occasio legis*». In questo senso anche G. CARCATERRA, *Analogia*, I, *Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, 1988, p. 14, «Oggi generalmente si respinge la concezione puramente soggettivistica che individua la *ratio* negli scopi mirati di fatto dal legislatore storico, in carne e ossa, ricavabili esclusivamente dai lavori preparatori, e si parla della ragione d'essere della legge appunto in una prospettiva oggettivistica ed evolutiva della *ratio* appunto *legis* e non *legislatoris*, desumibile da un quadro pragmatico più ampio che, oltre al contesto normativo e ai lavori preparatori, include gli interessi della comunità che nella legge hanno trovato protezione e tiene conto persino di nuove esigenze sociali, che potrebbero allargare o mutare la originaria giustificazione delle norme». Così anche A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, Il Mulino, II ed., 2022, p. 85, afferma che «dal punto di vista strutturale, accanto alla *voluntas legislatoris* rileva la *ratio legis*, termine che, appunto, vuol sottolineare la possibilità che di un testo, accanto all'intenzione del legislatore storico, possa essere colto il fine in senso oggettivo, il *telos* intrinseco dell'atto da interpretare»; nello stesso senso F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, IV ed., 2023, p. 56 ss., afferma che «sebbene il disposto del comma 1 dell'art. 12 delle preleggi indichi nell'intenzione del legislatore uno dei riferimenti mentali dell'interpretazione, l'orientamento oggi dominante e nel senso della prevalenza di un'interpretazione oggettivo-sistematica, che non ancora necessariamente il significato della legge alla volontà del legislatore cui essa sia storicamente riconducibile. In altri termini, la volontà del legislatore non è intesa come volontà del o dei soggetti cui sia giuridicamente riferibile l'atto normativo, ma come *ratio* aperta parentesi o scopo chiusa la parentesi immanente alle disposizioni legislative».

³⁶ Più precisamente la «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» (Corte cost., sent. n. 242/2019, *Cons. in dir.* 2.3, e *Cons. in dir.* 8).

a) irreversibilmente malato, b) gravemente sofferente, c) tenuto in vita da un trattamento sanitario e d) ancora mentalmente capace) il pieno dominio sul proprio corpo, finché ancora possa disporne. Proprio alla luce del criterio discusso, che richiede una sopravvivenza condizionata a qualcosa che sfugge al dominio del singolo, parrebbe altrettanto logico valorizzare, come già fatto da una certa giurisprudenza di merito³⁷, l'elemento della perdita irreversibile di autonomia nell'esercizio delle funzioni vitali essenziali (come alimentarsi, idratarsi o muoversi ai fini dell'espletamento delle funzioni biologiche primarie). In quest'ottica la Corte avrebbe potuto accogliere parzialmente la questione sollevata, senza eliminare del tutto il requisito bensì limitandosi a modificarlo, richiedendo la dipendenza da trattamenti sanitari di sostegno vitale *oppure* dall'assistenza di cose o persone per le necessità più basilari della vita quotidiana, a prescindere dall'apporto tecnico-sanitario sotteso a tale seconda tipologia di "sostegno vitale"³⁸.

Ciò detto, è evidente che pur ricostruendo la *ratio* della disposizione censurata mediante tutti i criteri interpretativi che normalmente concorrono all'emersione della stessa (interpretazione letterale, teleologica oggettiva, logico-sistematica ed evolutiva), la Corte sarebbe potuta giungere a conclusioni di segno diverso da quelle richieste dal ricorrente o proposte a titolo esemplificativo da chi scrive. Ciò che più interessa in questa sede è l'impropria identificazione della *ratio decidendi* (che qui coincide con l'*intentio auctoris* del testo censurato) con il più ampio concetto di *ratio legis*, che ha fatto sì che il test di eguaglianza-ragionevolezza iniziato dalla Corte rimanesse involuto.

In altre parole, nella sentenza n. 135/2024, così come nella successiva n. 66/2025³⁹, l'interpretazione della norma alla luce del suo solo scopo originario finisce inevitabilmente per cristallizzare l'area di non

³⁷ Corte d'Assise di Massa, sentenza 27 luglio 2020, confermata l'anno successivo dalla Corte d'Assise d'Appello di Genova. Si precisa che ovviamente i giudici hanno potuto rilevare l'equivalenza sostanziale tra la dipendenza da TSV e la dipendenza da "cose o persone" per la sopravvivenza del malato, ai fini della sussistenza di tutte le condizioni di non punibilità richieste dalla sentenza 242/2019, solo perché il fatto era stato commesso prima della sentenza Cappato e pertanto poteva essere regolato sulla base del principio di equivalenza sostanziale stabilito dalla Corte per i fatti anteriori alla sua decisione.

³⁸ Ciò, a parere di chi scrive, avrebbe permesso alla Corte di mantenere la norma di esclusione della punibilità coerente con la *ratio derogandi*, lasciando la facoltà di ricorrere al suicidio assistito circoscritta ai soli quadri clinici talmente gravi e complessi da aver privato il titolare del corpo della sua indipendenza fisica, fuggendo ad un tempo i rischi di un'incontrollata espansione dell'area di liceità dell'aiuto al suicidio e i rischi connessi all'eccessiva rigidità del criterio del TSV. In continuità, peraltro, con lo stesso spirito della legge sul consenso informato che, in controtendenza rispetto al paternalismo giuridico imperante nel campo delle questioni eticamente sensibili, pone al centro del rapporto medico-paziente l'«autonomia decisionale» di quest'ultimo, nel dichiarato intento di «tutelare il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona» (art. 1, l. n. 219/2017). Sul paternalismo giuridico che caratterizza molte leggi in vigore sulle questioni eticamente sensibili v. P.F. BRESCIANI, *Prospettive sulla legge paternalista come categoria giuridica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1/2021, p. 223 ss; sul nuovo rapporto medico paziente delineato dalla legge n. 219/2017 come rovesciamento del tradizionale paradigma paternalistico della funzione del medico v., *ex multis*, il lavoro monografico di L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, 2019, p. 134.

³⁹ Nella sentenza n. 66/2025, la Corte costituzionale riaffronta il tema della portata discriminatoria generale del requisito del TSV, confermando questo schema argomentativo del "salto del *tertium*" e dell'interpretazione "originalista" della propria addizione normativa. Infatti, sebbene la questione di costituzionalità che ha portato alla sent. n. 66/2025 ruoti prevalentemente intorno alla differenza interpretativa tra interruzione di un trattamento in corso e rifiuto *ab origine* dello

punibilità individuata dalla Corte nel 2019, trasformandola in un *tertium comparationis diabolicum*, irraggiungibile in quanto non estendibile neanche in astratto, dato che tutti i criteri sostanziali che si pongono a presidio dell'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio sono stati plasmati sulla base del "paziente-tipo" cui si rivolge la legge 219/2017. Se, infatti, il test di eguaglianza-ragionevolezza, invocato rispetto all'addizione della Corte all'art. 580 c.p., si arrestasse sempre alla *ratio decidendi* delle pronunce sul caso Cappato-Antoniani – invece di isolare una *ratio* autonoma della norma e vagliare di volta in volta l'eventuale esistenza di un'*eadem ratio* – dovremmo concludere che non può esistere, neanche in astratto, un'altra classe di casi, diversa da quella già individuata, che necessiti – dal punto di vista costituzionale – di essere sottratta alla punibilità dell'aiuto al suicidio. Pertanto, se non corretta nelle future tappe della giurisprudenza costituzionale sul fine vita, questa identificazione tra *ratio decidendi* e *ratio legis* rischia di chiudere sul nascere le porte di uno dei canali più importanti di messa in discussione della legittimità costituzionale delle leggi, privando questa nuova disciplina di un adeguato vaglio di ragionevolezza-uguaglianza.

5. Alcune coordinate minime per orientarsi nei futuri giudizi di costituzionalità sulle addizioni normative della Corte

Una volta esaminate le criticità della sentenza n. 135/2024 derivanti dalla natura "ibrida" delle pronunce della Corte costituzionale, ravvisabili anche nella successiva sentenza "fotocopia" del 2025, si intende trarre spunto da quanto emerso per svolgere alcune riflessioni sul piano generale della giustizia costituzionale, passando dall'inquadramento giuridico dell'oggetto di simili questioni di legittimità costituzionale, al piano dell'interpretazione dello stesso ai fini del giudizio di costituzionalità. Da queste riflessioni saranno infine tratte alcune prime coordinate minime che la Corte dovrebbe rispettare al fine di controbilanciare la carenza di alterità istituzionale che caratterizza le situazioni in esame.

stesso, il giudice *a quo* lamenta anche l'irragionevole discriminazione nei confronti delle classi di pazienti che, per fattori del tutto accidentali connessi alla singola patologia, non necessitano *attualmente* di un trattamento di sostegno vitale, benché tale esigenza sia certa e prossima, come i malati oncologici che hanno raggiunto gli stadi terminali della malattia o come i soggetti affetti da patologia neurodegenerativa grave. Sul punto, la Corte costituzionale, oltre a richiamare integralmente le considerazioni già formulate nella sentenza n. 135/2024, ribadisce che la situazione del paziente che necessita di un TSV e quella del paziente che non ne necessita, non possono essere assimilate perché «in assenza di un trattamento di sostegno vitale in atto, o almeno di un'indicazione medica relativa alla necessità di attivare un simile trattamento, *il paziente non si trova ancora nella condizione di poter optare per la propria morte sulla base della legge n. 219 del 2017*, rifiutando (rispettivamente) la prosecuzione o la stessa attivazione di un tale trattamento» (Corte cost., sent. n. 66/2025, *Cons. in dir.* 6.1., corsivo aggiunto).

5.1. L'inquadramento giuridico dell'oggetto: si può parlare di *disposizioni pretorie aventi valore di legge*?

A prescindere dal fatto che la Corte, nel riferirsi a “*disposizioni di legge quali risultanti da precedenti sentenze manipolative*” per definire l’oggetto della questione sollevata, abbia effettivamente voluto attribuire alle regole da lei formulate la natura di vere e proprie disposizioni legislative, è comunque utile interrogarsi su tale qualificazione. Esplorare questa ipotesi, infatti, può offrire spunti interessanti per mettere a sistema questa particolare categoria di giudizi di legittimità costituzionale, senza perdere di vista la coincidenza istituzionale tra l’autore della disposizione censurata e il giudice chiamato a controllarla.

Infatti, al di là dall’esistenza di un reale intento classificatorio dietro le parole della Corte, risulta evidente che la possibilità di mettere in discussione la legittimità costituzionale delle regole coniate in via giurisprudenziale dal Giudice delle leggi non possa che derivare dall’apprezzabilità delle stesse sul piano degli atti-fonte. Del resto, la Corte è chiamata sempre più spesso a subentrare al legislatore nel processo di attuazione della Costituzione, divenendone – più che “temporanea supplente” – “co-protagonista”⁴⁰. Così facendo, dà vita a nuovo diritto, capace di esplicare i propri effetti giuridici direttamente nelle aule dei tribunali. Ne consegue che, al momento dell’applicabilità in concreto della nuova regola statuita con sentenza, questa ben potrebbe condurre ad esiti incostituzionali prima non immaginati o inimmaginabili⁴¹. Appare quindi del tutto coerente la scelta della Corte costituzionale di non negare la possibilità di attivare il controllo di legittimità costituzionale ai giudici che, al momento dell’applicazione in concreto di quanto da lei disposto, ritengano di aver riscontrato effetti illegittimi. D’altro canto, vietare in radice la possibilità di esperire un normale scrutinio di costituzionalità sulle *disposizioni di legge risultanti da “sentenze manipolative” della Corte* rischierebbe di determinare l’esistenza di una vasta “zona franca” del sindacato di legittimità

⁴⁰ A. MORRONE, *Positivismo giudiziario*, cit., p. 154, osserva che «mediante il controllo sulla concretizzazione della Costituzione, la Corte costituzionale si inserisce direttamente nel processo di attuazione della Costituzione nella sua più ampia accezione. La Costituzione diventa fonte di nuove norme in grado di rispondere ai casi della vita anche senza la necessaria mediazione del legislatore dato che in caso di omissione interviene il giudice. Siamo al completo superamento del positivismo legalistico, che puntava sul primato della legislazione, mediante una diversa e opposta versione di positivismo giudiziario che investe tutte le sue risorse sul primato della giurisdizione nel processo di inveroamento della Costituzione, specie quando si tratta di (spesso generici) diritti. Se nello stato legislativo la primarietà della legge aveva lo scopo di limitare il diritto giurisprudenziale come fonte normativa in favore del parlamento eletto democraticamente (separando così la *legis-latio* dalla *legis-executio* e subordinando questa a quella), nello stato costituzionale la supremazia della Costituzione e la giustizia costituzionale limitano il potere legislativo con l'effetto, proprio alla luce della giurisprudenza sulle omissioni legislative, di riportare in auge il diritto giurisprudenziale come dispositivo di realizzazione della Costituzione e, quindi, di produzione del diritto (superando la divisione e confondendo *legis-latio* e *legis-executio*)». Sulla funzione di codeterminazione dell’indirizzo politico della Corte costituzionale, parallela a quella del legislatore v. già F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 1646 ss.

⁴¹ La Corte deve poter eliminare dall’ordinamento il risultato normativo di un suo precedente «qualora un domani – mutando interpretazione del parametro o rapportandola ad altro differente parametro costituzionale – la ritenesse illegittima» (G. RIZZA, *La Corte costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari*, in *Dir. Soc.*, 1973, p. 327).

costituzionale, a discapito dell'esigenza di «coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» mediante la garanzia del controllo di legittimità costituzionale⁴².

Attraverso questa scelta di principio, dunque, il Giudice delle leggi sembra sposare la visione della natura giuridica ambivalente delle sue pronunce di accoglimento, in quanto certamente dotate di un contenuto ablativo coperto dal giudicato costituzionale *ex art. 137 Cost.*, ma potenzialmente portatrici anche di un contenuto ulteriore, ancora “costituzionalmente malleabile” e dunque non definitivo.

Rimane allora da chiedersi se la qualificazione di questo *addendum* come “*disposizione di legge risultante da una precedente sentenza manipolativa*”, consenta il corretto inquadramento giuridico dell'oggetto delle questioni di costituzionalità che presentino tale peculiarità.

Ferma l'incontestabile derivazione dell'oggetto in questione dalle sentenze “manipolative” della Corte costituzionale, occorre *in primis* ragionare sull'utilizzo del termine “disposizione” e, *in secundis*, sulla locuzione “di legge”.

Nella cornice del più ampio *genus* delle questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il *risultato normativo* di una o più sentenze di accoglimento, il ricorso al termine “disposizione”, potrebbe cogliere a pieno l'essenza specifica di quei ricorsi proposti avverso proposizioni linguistiche prescrittive⁴³ formulate proprio dalla Corte e inserite *ex novo* nel tessuto legislativo preesistente. Con ciò, dunque, prospettandosi una prima differenza, ad esempio, rispetto a quei ricorsi che abbiano ad oggetto disposizioni formulate dal legislatore e rimaste inalterate nel tempo, il cui significato normativo, tuttavia, potrebbe essere mutato rispetto a quello originario – e dunque presentare profili di incostituzionalità sopravvenuta – a causa di precedenti sentenze “manipolative” che ne abbiano trasformato il contesto applicativo e quindi anche il significato attuale⁴⁴.

⁴² V. *ex multis* Corte cost., sent. n. 387/1996, n. 384/1991, n. 226/1976, n. 1/2014. Secondo G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 260 ss. «L'eventuale questione di costituzionalità proposta sulle norme quali derivano da una sentenza d'accoglimento non può essere considerata un'indebita contestazione del giudicato: nemmeno quando la norma in questione sia stata introdotta da una sentenza “additiva”. Se così fosse, ci troveremmo di fronte alla produzione di norme di valore costituzionale, e non invece di fronte a ridefinizioni delle leggi - cioè a leggi pur sempre sottoposte al loro normale regime di controllo di costituzionalità». Secondo gli Autori, infatti, il giudicato non può «trasformare la propria natura fino a diventare *sigillo obiettivo d'intoccabilità, impresso in parti dell'ordinamento legislativo*» (corsivo aggiunto).

⁴³ Il riferimento dottrinale è, ovviamente, alla nota distinzione tra disposizione e norma teorizzata da V. CRISAFULLI, Voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, 1964, pp. 195-209.

⁴⁴ In questi casi l'oggetto in senso stretto della questione di legittimità costituzionale rimane una disposizione scritta dal legislatore, ma la Corte si pronuncia su una norma diversa, che è il frutto dell'unione tra *ius positum* e la sua giurisprudenza costituzionale sul punto. Basti pensare alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, nell'ambito della quale i plurimi interventi “normativi” della Corte sono stati talmente profondi, in quanto modificativi dei tratti essenziali della legge, da mutare, indirettamente, anche il significato delle disposizioni legislative di contorno, come quella sull'irrevocabilità del consenso della coppia a seguito della fecondazione dell'ovulo. È la stessa Consulta, del resto, ad affermare, nella sentenza n. 161/2023, che «a seguito degli interventi di questa Corte, la norma che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo *si è trovata a operare in un contesto profondamente diverso da quello definito ab origine dalla legge n. 40 del 2004*» (corsivo aggiunto). Sulla sentenza n. 161/2023 e, in particolare, su quest'altra declinazione del fenomeno del ritorno alla Corte del risultato normativo dei suoi precedenti, cfr. G. ATZORI, *La Corte*

In altre parole, parlare di “disposizioni” enunciate in via giurisprudenziale dalla Corte costituzionale, consente di cogliere la principale peculiarità di questi giudizi, che risiede nella circostanza per cui alla “creazione” della prescrizione giuridica censurata il legislatore non abbia contribuito in alcun modo, essendo questa il frutto esclusivo di una precedente “riscrittura” della Corte⁴⁵. Consente, cioè, di percepire immediatamente l’anomalia di una Corte che si trovi a “giudicare se stessa”, dalla quale deriva una forte attenuazione dell’alterità istituzionale tipica del controllo binario di conformità tra legge e Costituzione, che merita di essere “vista” e dunque attenzionata.

Per lo stesso motivo, le principali perplessità ricadono sulla locuzione “di legge”, che sembra conferire natura legislativa alle disposizioni formulate dalla Corte. Non appare, infatti, auspicabile percorrere la strada della riconducibilità del *quid novi* delle pronunce di incostituzionalità a vere e proprie disposizioni “di legge”, poiché si rischierebbe di trascurare indebitamente le differenze formali intercorrenti tra due atti giuridici molto diversi. Differenze, queste, irriducibili tra loro, quanto al soggetto istituzionale che adotta l’atto, alla sua legittimazione, al procedimento e alle finalità tipiche dell’uno e dell’altro strumento normativo⁴⁶.

La “somiglianza” ormai innegabile tra giurisprudenza costituzionale e legislazione, nel senso che entrambe contribuiscono alla costruzione di nuove norme, non può giungere sino ad investire anche la *forma* del risultato dell’una e dall’altra attività, mediante un’impropria *reductio ad un unum* – ossia alla “legge” – dell’esito di due distinti processi normativi. La progressiva assimilazione tra giurisprudenza

giudica se stessa. Note a margine della sentenza n. 161 del 2023 sull’irrevocabilità del consenso maschile alla PMA, in *Consulta Online*, 2024, II, p. 758 ss. Ancora, tra le questioni di legittimità costituzionale che hanno ad oggetto il risultato normativo della giurisprudenza costituzionale, pur non avendo ad oggetto una regola scritta dalla Corte, si annoverano tutti quei casi in cui un orientamento dei giudici costituzionali è suscettibile di investire varie parti dell’ordinamento giuridico. *Ex multis*, v. sent. n. 103/1982 in tema di sanzioni penali e proporzionalità, con particolare riferimento al reato di insubordinazione ex art. 186 c.p.m.p. come modificato dalla sent. n. 26/1979, nella quale si legge che, per effetto della decisione del 1979, la disposizione censurata «trasmoda di certo in irragionevolezza e impone pertanto alla Corte di intervenire al fine di eliminare una situazione normativa, il cui perdurare non è costituzionalmente consentito»; sent. n. 469/1990 con cui la Corte dichiara illegittimo l’art. 377 c.p.m.p. che non consentiva di processare i disertori in contumacia, a causa del «perverso effetto della sent. n. 503/1989 di questa Corte» che aveva stabilito che i casi di arresto in flagranza per reati militari dovessero essere regolati dalle norme del codice di procedura penale; sent. n. 215/1983 in cui la Corte, «facendo leva su un riverbero della sentenza n. 131/1979, [arriva] a concludere nel senso di una palese irrazionalità delle prescrizioni in esame».

⁴⁵ Sul punto, sembra cogliere questa sfumatura F. SORRENTINO, in *Fonti del diritto italiano*, cit., p. 51, laddove osserva che le disposizioni legislative possono essere colpite da eventi modificativi e/o sostitutivi che ne alterano il testo e che, sebbene generalmente siano frutto dell’intervento del legislatore, possono essere determinati anche da interventi della Corte costituzionale. In particolare, l’A. fa l’esempio delle sentenze di illegittimità costituzionale parziale e delle sentenze sostitutive: «le prime producono il venir meno di parte della disposizione legislativa, determinandone una variazione di significato, le seconde l’eliminazione totale o parziale di una disposizione con la sostituzione di disposizioni o di frammenti di disposizioni indicati nel dispositivo della sentenza», con la sola differenza, rispetto all’abrogazione e alla creazione di nuovo diritto per mano del legislatore rappresentativo, che l’intervento della Corte costituzionale assume normalmente efficacia retroattiva.

⁴⁶ Sull’importanza della forma (intesa in un’accezione lata, comprensiva dei procedimenti) delle fonti del diritto v. da ultimo A. ARCURI, *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell’Unione europea*, BUP, Bologna, 2024.

costituzionale e legislazione riguarda non tanto la *forma*, quanto piuttosto la *struttura* e gli *effetti* di una declaratoria di incostituzionalità, quando essa riscriva il senso di un testo legislativo (per manipolazione del significato o per alterazione testuale della disposizione censurata). In questi casi, infatti, è evidente che la Corte concorra ad integrare il diritto positivo, rispettivamente attraverso una nuova norma o – come nel caso di specie – una nuova disposizione. Una “disposizione” certamente *sui generis*, in quanto pretoria e dunque non espressione della funzione legislativa in senso stretto, ma pur sempre una regola che costituisce il frutto di un “atto di potere”⁴⁷, contenuto nel dispositivo delle sentenze “manipolative” e strutturato dalla Corte proprio come se fosse una modifica o un’integrazione del preesistente atto normativo. Ed invero, la legge o l’atto avente forza di legge così incisi, non potrebbero trovare corretta applicazione concreta in assenza dell’*addendum* del giudice costituzionale. Trattasi quasi di “disposizioni specchio” poiché, per operare nell’ordinamento, necessitano di una precedente disposizione – quella sì, propriamente *di legge* o *di atto avente forza di legge* o di *legge costituzionale* – della quale riprodurre gli effetti giuridici e la forza normativa fintantoché il legislatore decida di lasciarle nell’ordinamento così come sono. Disposizioni pretorie, dunque, a “forza variabile”, in quanto capaci di *riflettere* la forza normativa degli atti di volta in volta incisi mediante sentenza.

In sintesi, anche se le pronunce della Corte costituzionale che introducono una nuova regola prescrittiva non sono generalmente considerate fonti del diritto, ne fanno comunque le veci, in termini di struttura ed effetti, sino al momento – eventuale perché frutto di una scelta politica – in cui il legislatore decida di intervenire sul punto, o integrando il *decisum* in una legge *ad hoc*, eventualmente modificando le parti che siano frutto di rime solo “adeguate”, oppure rovesciandolo, ove possibile, mediante il procedimento di revisione costituzionale.

Del resto, ricorrendo alla locuzione “disposizioni di legge”, la Corte ha probabilmente voluto far riferimento proprio a questa equipollenza sostanziale che viene ad instaurarsi, in termini di struttura ed effetti, tra gli atti normativi primari e le disposizioni che in essi si inseriscono per effetto delle sue pronunce “manipolative”, coerentemente con la vincolatività *erga omnes* che la nostra Costituzione attribuisce alle sentenze di illegittimità costituzionale.

⁴⁷Secondo R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un nuovo modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in *La Corte costituzionale gli altri poteri dello Stato*, A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), Giappichelli, Torino, 1993, p. 14 ss., «il dispositivo, atto di potere, appartiene al mondo dei testi». Questo perché «la particolarità della Corte è di poter fare quello che a nessun altro giudice è consentito, cioè “disporre” sullo stesso piano del legislatore, emanare “atti di potere” che incidono, trasformandoli, sugli stessi atti di potere che vincolano i giudici. Quando la Corte pronuncia una sentenza di accoglimento, modifica l’ordine delle disposizioni legislative vigenti. E la comunità degli interpreti deve rivolgersi alla Corte perché operi questa “trasformazione”, liberandola dal legame con un testo ritenuto incompatibile con il sistema normativo».

Pertanto, prendendo come riferimento il caso classico della declaratoria di incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge⁴⁸, si ritiene che, per meglio inquadrare la specificità di tali disposizioni, nonché dei relativi giudizi di incostituzionalità, anziché parlare di *disposizioni di legge risultanti da sentenze manipolative*, si potrebbe parlare di *disposizioni pretorie aventi valore di legge*. In questo modo, si eviterebbe di attribuire impropriamente forma legislativa alla componente ricostruttiva delle declaratorie di incostituzionalità, valorizzandone al tempo stesso l'idoneità a produrre effetti normativi primari che ne giustifica l'ulteriore assoggettabilità al sindacato della Corte costituzionale, nel rispetto dell'art. 134 Cost.

5.2. L'interpretazione dell'oggetto: il necessario tentativo di *estraneazione* della Corte dalla propria disposizione

Una volta chiarito che la Corte costituzionale può dare vita a *disposizioni pretorie aventi valore di legge* e che queste possono divenire l'oggetto di una nuova questione di legittimità costituzionale, occorre soffermarsi su come vada interpretato tale oggetto in sede di sindacato di costituzionalità, per evitare che la circostanza di un giudice in causa propria rischi di predeterminare il risultato del sindacato, vanificando ad un tempo il senso dell'ammissibilità di simili questioni e l'interesse collettivo all'accertamento dell'incostituzionalità delle leggi o degli atti aventi forza di legge.

Com'è noto, la Corte costituzionale «giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni»⁴⁹, nel senso che, attraverso l'attività interpretativa, mira a ricavare dalla disposizione censurata il suo significato e, quindi, la norma che da essa può essere desunta. Tale attività assume un rilievo fondamentale ai fini di quella che oggi rappresenta la «pietra miliare»⁵⁰ dell'attività giurisdizionale della Corte: il sindacato di ragionevolezza delle leggi in tutte le sue forme e, in particolare, nella sua accezione di ragionevolezza-eguaglianza.

⁴⁸ Naturalmente, in questa sede si parla di equiparazione alla "legge" riferendosi al caso più comune dell'addizione normativa al testo di una fonte di rango primario ma qualora, ad esempio, la Corte intervenisse su leggi di rango costituzionale, allora il suo *addendum* rifletterebbe, in termini di effetti, il valore di legge costituzionale.

⁴⁹ «In generale la disposizione (...) costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte, che si svolge sulla norma quale oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale, e rappresenta poi parimenti il tramite di ritrasferimento nell'ordinamento della valutazione così operata, a seguito di tale raffronto, dalla Corte medesima, la quale quindi giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni» (Corte cost., sent. n. 84/1996, *Cons. in dir.* 4.2.1). Il principio è stato più volte ribadito dalla Corte costituzionale, *ex multis* cfr. sentt. nn. n. 270/1996, 247/2015 e 58/2018. L'accoglimento di questa distinzione nella giurisprudenza costituzionale è desumibile anche dalla tipologia decisoria delle sentenze interpretative di accoglimento e di rigetto, nonché dalla tendenza della Corte, nei giudizi di ammissibilità dei *referendum*, a ritenere decisiva la norma piuttosto che la disposizione. Sul punto v. A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 23.

⁵⁰ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 8 ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 348, nel quale si afferma anche che la *ratio legis* funge da argine ai poteri della Corte costituzionale. Sul sindacato di ragionevolezza v. A. MORRONE, *Il Custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001 nonché, da ultimo, per una ricostruzione della trasformazione «dal modello kelseniano del giudice delle leggi al custode della ragionevolezza» v. ID, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. Cost.*, 1/2021, p. 117.

Quindi, nella «possibile plurivocità della norma (per difetto della formulazione o per la molteplicità delle connessioni sistemiche esperibili)»⁵¹, diventa prioritario chiedersi come si possa trarre la norma dalla disposizione, nei casi in cui l'autore e l'interprete della stessa coincidano. *Prima facie*, verrebbe da affermare che la Corte possa, anzi debba, per ragioni di coerenza, interpretare la sua disposizione alla luce della stessa motivazione addotta al momento della sua formulazione, ossia alla luce della sola *ratio decidendi*. Tuttavia, quando una disposizione viene letta solo ed esclusivamente mediante la lente dell'interpretazione storica – che qui coincide con la *ratio decidendi* – difficilmente potrà essere estesa a situazioni diverse da quelle espressamente considerate in punto di elaborazione della norma, tanto più se la stessa è di matrice giurisprudenziale e quindi nata proprio per correggere situazioni specifiche. Il limite di questo approccio interpretativo è non considerare che, una volta posto l'atto, la norma si emancipa dalla volontà del suo autore, seguendo le coordinate della c.d. *Entfremdung*⁵². Il fenomeno del distacco della norma dalla sua disposizione, a causa di una sua progressiva “oggettivazione” nel sistema dinamico del diritto, presuppone che le disposizioni vivano in relazione all'ordinamento giuridico che evolve nel tempo⁵³. È per questo che, «mentre l'enunciato normativo (ovvero la disposizione) può rimanere sempre lo stesso, testualmente e linguisticamente, la norma giuridica che da quello può essere desunta è in continuo divenire, in relazione ai soggetti, al tempo, al contesto applicativo, all'ordinamento giuridico vivente»⁵⁴. Relegare l'interpretazione delle disposizioni della Corte costituzionale alla norma che se ne trae alla luce della sola *ratio decidendi*, infatti, sarebbe come affermare – contrariamente ad un

⁵¹ V. CRISAFULLI, Voce *Disposizione (e norma)*, cit., p. 209.

⁵² Nel senso che la disposizione normativa si *estranía* dalla volontà di chi l'ha posta. Cfr. A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, 1961, VII, p. 526 e G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, p. 51 ss. Questo processo di estraniamento della norma dalla sua disposizione originaria è pacificamente assodato in dottrina, poiché consente di dare vita alla c.d. interpretazione evolutiva del diritto, senza la quale l'ordinamento giuridico non sarebbe capace di evolversi insieme alla società di riferimento. Sul punto, v. F. SORRENTINO, *Fonti del diritto italiano*, cit., p. 57, il quale osserva che «proprio perché la norma si estrania dalla volontà del legislatore storico, inserendosi nel sistema normativo nel quale opera, essa, ad un tempo, subisce e determina l'evoluzione del sistema; come, ad esempio, avviene quando, in un tessuto normativo ispirato a determinati valori, sopravvengano testi normativi (...), espressione di valori diversi e contrapposti».

⁵³ Secondo V. CRISAFULLI, Voce *Disposizione (e norma)*, cit., p. 207 ss., il significato di ciascuna disposizione «deve essere tratto dalla formula testuale in relazione con l'ordinamento normativo complessivo, e cioè con tutte le altre norme, prodotte dalle più diverse fonti che, ad un momento dato, lo costituiscono». Questo conferisce un margine di incertezza perpetuo alla norma, a causa della «progressiva evoluzione del sistema con il sopravvenire di norme nuove ed il cessarne di antiche e il graduale modificarsi dei principi, così da alterare via via il significato iniziale delle disposizioni, sino a far loro esprimere norme anche molto diverse, non soltanto da quelle che letteralmente sembravano esprimere, a considerarle isolatamente in sé e per sé (come non si deve), ma altresì da quelle dalle stesse originariamente ricavabili nel quadro del diritto vigente al tempo in cui furono poste». Sulla vitalità e sulla capacità di evolversi dell'ordinamento giuridico è d'obbligo il riferimento a S. ROMANO, *“Interpretazione evolutiva”*, 1947, ora in ID, *L'ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 713 ss. In questa sede, giova richiamare in particolare quanto osservato dall'A. laddove afferma che «la legge (...), sempre quando la si consideri in sé e per sé, è del tutto inerte, non ha una sua “voluntas” o “mens” diversa da quella che in essa si è, per dir così, cristallizzata e immobilizzata perché dura, e, quindi, non ha nemmeno una propria “vita”».

⁵⁴ A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 21.

orientamento dottrinale ormai pacifico – che la *ratio* delle leggi va ricostruita solo alla luce dell'*intentio auctoris*, con il conseguente rischio di cristallizzare il significato normativo originario dell'atto, ostacolandone la fisiologica evoluzione⁵⁵. Dalla disamina della sentenza n. 135/2024, è emerso come uno scrutinio di costituzionalità così condotto rischi di causare un cortocircuito proprio in punto di interpretazione della *ratio* della norma censurata ai fini del test di uguaglianza. Infatti, se nello svolgimento di tale attività il Giudice delle leggi si limita a richiamare la *ratio decidendi* delle pronunce attraverso le quali ha precedentemente formulato la disposizione – valorizzando solo l'intenzione dell'autore e tralasciando gli altri criteri interpretativi che normalmente concorrono all'emersione della *ratio* – questa rischia di degenerare in un *tertium diabolicum*. La disposizione così interpretata, in quanto inscindibilmente ancorata alle logiche del precedente dal quale ha tratto origine, difficilmente può risultare idonea a fungere da termine di comparazione per la valutazione di *nuove* situazioni simili, seppur non identiche.

Pertanto, al fine di non frustrare l'interesse oggettivo all'accertamento dell'illegittimità costituzionale delle leggi o degli atti aventi forza di legge, non è sufficiente garantire in via di principio la possibilità di sollevare una questione di legittimità su una disposizione formulata dalla Corte. Occorre anche garantire che tale disposizione venga esaminata – ai fini del giudizio di uguaglianza – alla stregua di una qualsiasi altra disposizione avente valore di legge. Occorre, cioè, che il Giudice delle leggi si astragga dal ruolo di “autore”, in modo da poter compiere un controllo di legittimità costituzionale completo, che non guardi alla disposizione impugnata nella sua sola veste di precedente giurisprudenziale, ma che ne colga la portata normativa autonoma che le consente di dispiegare effetti giuridici nell'ordinamento. Come se, al fisiologico processo di “estranazione” della norma dalla sua disposizione, debba parallelamente accompagnarsi, in questi giudizi, il tentativo di “estranazione” del suo autore dalla stessa.

Questo “tentativo di estraneazione” serve a mantenere salda la legittimazione della Corte costituzionale anche nei “giudizi su se stessa” ed è quindi un processo che meriterebbe di essere “verbalizzato” nella motivazione della sentenza, partendo certamente dalla *ratio decidendi* del precedente, per poi ricostruire la *ratio* autonoma della disposizione mediante tutti i criteri ermeneutici disponibili⁵⁶. Al termine di questo tentativo, ben potrebbe succedere che la *ratio decidendi* del precedente venga ritenuta dalla Corte assolutamente sovrapponibile alla *ratio legis* della disposizione, ma è comunque necessario che i passaggi

⁵⁵ Cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946, pp. 122, 136 e 142; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 33 ss. e p. 163 ss.; V. CRISAFULLI, *Voce Disposizione (e norma)*, cit., p. 204.

⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1990, p. 72 ss. si interroga sull'ordine di prevalenza tra intenzione soggettiva e oggettiva della legge al fine di individuarne la *ratio*, giungendo a ritenere che «l'interpretazione si svolge a partire dalla considerazione degli elementi soggettivi della *ratio* per spostarsi a quelli oggettivi. Gli uni sono il punto di partenza, gli altri di arrivo. Non vi è una vera alternativa, ma una concorrenza, nella quale tuttavia, in caso di contrasto tra aspetti soggettivi e aspetti oggettivi della *ratio*, sono questi ultimi a prevalere».

logici che l'hanno condotta a questa conclusione risultino chiaramente scanditi nella parte motiva della pronuncia, in modo da preservare le caratteristiche di «razionalità, neutralità e conformità alle metodologie interpretative avvalorate»⁵⁷, che consentono di percepire l'operato della Corte come espressione del solo fine di garantire il rispetto della Costituzione, quandanche per realizzarlo sia stato necessario incidere profondamente sul diritto positivo.

L'importanza di esperire un "tentativo di estraneazione" risulta facilmente intuibile soprattutto nei casi – come quello in commento – in cui la *ratio decidendi* non riguardi tanto i beni costituzionali protetti dalla disposizione censurata, quanto piuttosto l'esigenza di non "sconfinare"⁵⁸ nel territorio di pertinenza legislativa. In queste ipotesi, qualora tale esigenza sia rimasta invariata, rimane del resto sempre salva la possibilità per la Corte di decidere mediante una declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore. Laddove però il giudice costituzionale decida di entrare nel merito della questione, sarà necessario che lo stesso interpreti la sua disposizione andando oltre l'"*occasio legis*", poiché è evidente che l'esigenza di non alterare l'equilibrio tra poteri può costituire solo la *ratio* di una decisione giurisprudenziale e non certo quella di una fattispecie normativa vivente nell'ordinamento.

Questo accorgimento, che al momento potrebbe concretizzarsi solo mediante un'autoimposizione della Corte nella gestione della motivazione delle sue pronunce, consentirebbe di tutelare uno dei principali canali del progressivo adeguamento del diritto vivente all'evoluzione degli ordinamenti pluralisti – il giudizio di uguaglianza-ragionevolezza – anche nei casi in cui sia la Corte ad aver costruito la disposizione sospettata di incostituzionalità.

6. Conclusioni

Coerentemente con le premesse iniziali, si riassumeranno le coordinate minime che si ritengono necessarie per questa nuova stagione della nostra giurisprudenza costituzionale. Quella in cui, cioè, sempre più spesso, la Corte potrebbe essere chiamata a "giudicare se stessa". A tal fine si suggeriscono due accorgimenti: il primo, sul piano dell'oggetto delle questioni di legittimità costituzionale specificamente volte ad espungere dall'ordinamento una regola (o parte di essa) introdotta *ex novo* dalla Corte costituzionale; il secondo, sul piano dell'interpretazione di questo particolare oggetto in sede di sindacato di legittimità costituzionale.

Per il corretto inquadramento giuridico dell'oggetto di tali questioni, è stata sondata l'idea di sostituire alla qualificazione "suggerita" dalla Corte – *disposizioni di legge quali risultanti da precedenti sentenze manipolative*

⁵⁷ R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica*, cit., p. 14.

⁵⁸ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, nel quale l'A. definisce gli "sconfinamenti" della Corte costituzionale come le «de situazioni nelle quali il giudice supera il recinto della legittimazione e della Costituzione» (p. 251).

– quella di *disposizioni pretorie aventi valore di legge*. Questa qualificazione presenta tre vantaggi: *in primis*, permette di cogliere l'idoneità delle stesse a produrre effetti normativi primari, il che ne giustifica l'ulteriore sindacabilità nel rispetto dell'art. 134 Cost.; in secondo luogo, mantiene ferma la differenza tra la matrice legislativa e la matrice giurisprudenziale delle disposizioni, senza cadere nell'impropria assimilazione tra i due processi normativi; da ultimo, consente di comprendere che nel più ampio *genus* delle questioni aventi ad oggetto il “risultato normativo” delle declaratorie di incostituzionalità, esiste la *species* delle questioni aventi ad oggetto immediato una disposizione scritta dalla Corte (e non una disposizione legislativa il cui significato normativo sia stato alterato dalle sentenze della Corte). Quest'ultimo aspetto è quello che più di tutti consente di mettere a fuoco il punto nevralgico delle questioni in esame: la riduzione al minimo dell'alterità istituzionale tipica del controllo di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, nel quale il compito della Corte costituzionale – dalla stessa definito «naturale» – dovrebbe essere «quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica»⁵⁹. Pertanto, che esistano delle situazioni in cui il Giudice delle leggi sia anche l'autore della disposizione *sub iudice* rappresenta un caso particolare all'interno della categoria dei giudizi sul “risultato normativo” della giurisprudenza costituzionale. Questa circostanza merita un'autonoma classificazione proprio al fine di individuare gli strumenti che possano controbilanciare il *deficit* di alterità istituzionale, aiutando la Corte a condurre un sindacato neutrale e completo anche sulle sue stesse disposizioni.

Questa è la ragione per la quale ci si è concentrati, infine, sull'esigenza di garantire che anche questi giudizi rimangano conformi alle metodologie interpretative tradizionalmente volte a trarre dalla disposizione censurata il suo significato normativo, così da non cadere nel fuorviante automatismo della coincidenza tra *ratio decidendi* del precedente e *ratio legis* della disposizione risultante dal precedente.

Ora, che la *ratio decidendi* costituisca un elemento fondamentale per leggere il prodotto normativo delle sentenze della Corte costituzionale non è in discussione⁶⁰. Tuttavia, non può essere l'unico criterio e il seguito del caso Cappato ne è la conferma, poiché dalle sentenze nn. 135/2024 e 66/2025 si evince chiaramente che le ragioni che hanno guidato la Corte nell'adozione di una determinata pronuncia e la *ratio* della disposizione che ne è il risultato non sempre afferiscono a concetti tra loro fungibili.

⁵⁹ Corte cost., ord. n. 207/2018, *Cons. in dir.* 10 (corsivo aggiunto).

⁶⁰ Di recente, gli stessi giudici costituzionali hanno ribadito l'importanza della coerenza della giurisprudenza costituzionale, svolgendo alcune considerazioni interessanti proprio in relazione alla possibilità di rimeditare i propri orientamenti ed eventualmente modificarli. A tal proposito, hanno affermato che «il tendenziale rispetto dei propri precedenti – unitamente alla coerenza dell'interpretazione con il testo delle norme interpretate e alla persuasività delle motivazioni – è, per le giurisdizioni superiori, condizione essenziale dell'autorevolezza delle loro decisioni, assicurando che i criteri di giudizio utilizzati restino almeno relativamente stabili nel tempo, e non mutino costantemente in relazione alla variabile composizione della corte» (Corte cost., sent. n. 203/2024, *Cons. in dir.* 4.5.).

Del resto, avallare la concezione per cui una disposizione emersa dalla giurisprudenza costituzionale possa essere valutata *solo* alla luce della *ratio decidendi* che ha posto la nuova regola, significherebbe consentire alla Corte di vagliare la legittimità della disposizione censurata alla luce di una visione meramente parziale della stessa, che “guarda al passato”, cristallizzando il significato storico dell’atto, anziché “guardare al futuro”. Con il rischio, in definitiva, di ostacolare *a priori* la legittima espansione della legge a tutti quei casi che in essa trovino la medesima ragion d’essere, ostruendo uno dei principali canali del progressivo adeguamento del diritto vivente all’incessante evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei. Questo pericolo, in un ordinamento costituzionale la cui essenza si regge sul principio per cui la legge deve trattare in modo uguale situazioni ragionevolmente uguali e in modo diverso situazioni ragionevolmente diverse, risulta inaccettabile alla luce della funzione precipua di custode della Costituzione esercitata dalla Corte e, pertanto, necessita di essere scongiurato.

Allora, proprio in ragione della coerenza che si richiede alle giurisdizioni di ultima istanza, in questi casi di massima attenuazione dell’alterità istituzionale, in cui la legittimazione della Corte è più vulnerabile, si ritiene fortemente auspicabile che la stessa esperisca un “tentativo di estraneazione” dalla propria disposizione o, meglio, dal ruolo di autrice della stessa.

Il “tentativo di estraneazione” della Corte ai fini della ricostruzione della *ratio* della disposizione censurata potrebbe partire dal richiamo alla *ratio decidendi* del precedente, per poi verificare se, applicando gli altri criteri ermeneutici disponibili (interpretazione letterale, teleologica oggettiva, logico-sistemica ed eventualmente evolutiva), emerga o meno una *ratio* normativa autonoma e diversa dallo scopo che a suo tempo ha guidato la Corte nella formulazione della regola sottoposta al vaglio. Naturalmente, questo percorso interpretativo andrebbe “verbalizzato” nella motivazione della sentenza di rigetto o di accoglimento, in modo da rendere trasparente l’iter logico che ha condotto la Corte a distaccarsi o meno dalla *ratio decidendi* di un suo precedente. L’inverarsi di questo tentativo, attraverso uno sforzo di neutralità estrinsecato nella motivazione, avrebbe il pregio di mantenere salda la legittimazione del Giudice delle leggi, attraverso un onere di trasparenza che risponde all’interesse collettivo all’accertamento della legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, compresi quelli adottati dalla Corte costituzionale con sentenza.

In conclusione, va precisato che in relazione al fenomeno di una “Corte costituzionale che giudica se stessa”, i profili giuridici su cui riflettere sarebbero molteplici e per nulla riducibili ai soli messi in luce in questo scritto. Ci si augura, però, che gli accorgimenti proposti possano contribuire a stimolare il dibattito dottrinale sul tema, alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio nella storica dualità del nostro Giudice delle leggi.

La tutela della disabilità in guerra: una prospettiva di diritto internazionale *

di **Valentina Chabert**

Dottoranda di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani
Sapienza Università di Roma

Abstract [It]: Il tema della tutela della disabilità in guerra ha assunto rilevanza per la dottrina giuridica solo recentemente e a fronte delle criticità nell'applicazione e nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale umanitario nei confronti di civili con disabilità che si trovano in area di conflitto. Alla luce dell'evoluzione del concetto di disabilità e degli approcci giuridici al tema, il presente lavoro si pone l'obiettivo di esplorare il quadro giuridico internazionale a tutela dei diritti delle persone con disabilità.

Title: The protection of disability during armed conflict in international law

Abstract [En]: The issue of disability protection in war has only recently become relevant to legal doctrine and in light of the critical issues in the application and interpretation of international humanitarian law norms towards civilians with disabilities who find themselves in conflict areas. Considering the evolution of the concept of disability and of legal approaches to the issue, this work aims to explore the international legal framework for the protection of the rights of persons with disabilities.

Parole chiave: Disabilità; Diritto internazionale umanitario; Diritti umani; Aiuto umanitario; Conflitto armato

Keywords: Disability; International humanitarian law; Human rights; Humanitarian aid; Armed conflict

Sommario: 1. Introduzione. 2. Disabilità: definizione e approcci dottrinari. 3. Il quadro regolatorio internazionale a tutela della disabilità. 3.1. La tutela della disabilità: evoluzione giuridica. 3.2. La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e i conflitti armati. 4. La tutela della disabilità durante un conflitto armato. 4.1. Le norme di diritto internazionale umanitario. 4.2. L'interazione tra il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani. 5. La tutela dei bambini con disabilità durante un conflitto armato. 6. L'accesso all'aiuto umanitario per le persone con disabilità. 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Secondo le stime più recenti,¹ il 16% della popolazione mondiale – pari a circa 1 miliardo di persone – è affetto da una forma di disabilità, ad includere handicap sensoriali, fisici, psicosociali e/o intellettivi.² Ciononostante, il dato fornito potrebbe essere più alto per via di disabilità spesso non segnalate a causa di diffusi atteggiamenti discriminatori, stigmi sociali o raccolte di dati non adeguate. Nello specifico, la percentuale è destinata a crescere soprattutto in aree interessate da conflitti armati, in cui le ostilità potrebbero causare ulteriori forme di disabilità alla popolazione e ai combattenti.³

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ WORLD BANK, *Disability Inclusion*, 9 aprile 2025 (testo consultabile sul sito della [Banca Mondiale](#)).

² E. ČERIMOVIĆ, *At risk and overlooked: Children with disabilities and armed conflict*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p. 194.

³ S. C. RATHORE, *Introductory Remarks on the Protection of Children in Armed Conflict under International Law*, in *Humanitäres Völkerrecht*, n. 3-4, 2020, p. 189.

Nonostante si tratti di un tema ancora piuttosto settoriale e poco approfondito,⁴ la dottrina è concorde sul fatto che i conflitti armati hanno un impatto particolarmente devastante sulle persone con disabilità,⁵ segnatamente per i civili che si trovano in zone di conflitto; per coloro che fuggono da un conflitto; e per gli individui che si trovano in situazioni di ricostruzione post-conflittuale. Nel primo caso, le persone con disabilità potrebbero divenire oggetto di uccisioni mirate; essere impiegate come scudi umani; e riportare gravi lesioni a causa di meccanismi di protezione inaccessibili, tra cui allarmi preventivi durante un attacco, procedure di evacuazione inadeguate e apposita assistenza umanitaria indisponibile.⁶ In un contesto di guerra, accedere e ricevere beni di prima necessità per la sopravvivenza, come cibo, acqua, servizi igienici, alloggio, assistenza sanitaria e aiuti umanitari potrebbe divenire particolarmente arduo. Di conseguenza, vi sono rischi tangibili per la capacità degli individui con disabilità di vivere una vita dignitosa: a fronte della necessità di abbandonare i propri luoghi di residenza per via di un conflitto, essi vengono spesso lasciati indietro, o semplicemente non sono in grado di evacuare per via di ostacoli esacerbati dalle operazioni militari.⁷ Inoltre, donne e ragazze con disabilità sarebbero maggiormente a rischio di violenza sessuale impiegata come strategia o tattica di guerra.⁸

In un simile contesto, giuristi e attivisti hanno a lungo documentato la situazione di “invisibilità” delle persone con disabilità nel diritto internazionale per gran parte del secolo scorso: in occasione dell’adozione dei primi documenti sul tema elaborati in seno alle Nazioni Unite, il termine “disabilità” veniva associato a soggetti che necessitavano di intervento medico, protezione o riabilitazione, intendendo pertanto la disabilità come una questione puramente medica da prevenire, risolvere o alleviare attraverso l’assistenza sanitaria.⁹ Solo a partire dagli anni Ottanta, l’affermarsi del movimento per i diritti delle persone con disabilità e di organizzazioni per la tutela dei diritti umani attive in tale ambito apportò

⁴ A. MAGEE, *No longer the “forgotten victims of armed conflict”: operational and legal considerations for accountability mechanisms regarding crimes affecting persons with disabilities*, in *International Review of the Red Cross*, n. 105, 2023, pp. 520-521; M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law: Rules, controversies and solutions to problems arising in warfare*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2024, p. 607.

⁵ A. PRIDDY, *Who is the civilian population? Ensuring IHL is implemented for the protection of the entirety of the civilian population – including persons with disabilities*, in *International Review of the Red Cross*, n. 105, 2023, p. 245 ss.; M. DÍAZ FIGUEROA et al., *The risk of autonomous weapons: an analysis centered on the rights of persons with disabilities*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p. 290; A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict: implications for interpreting and applying IHL*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p. 100.

⁶ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing: Persons with Disabilities and Armed Conflict*, 2021, p.4. Si veda anche M. DÍAZ FIGUEROA ET. AL., *The risk of autonomous weapons*, cit., p. 297.

⁷ R. MARDINI, *Persons with disabilities in armed conflicts: From invisibility to visibility*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p. 1.

⁸ A. PRIDDY, *Who is the civilian population?*, cit., p. 245; M. KUN-BUCZKO, *People with disabilities in armed conflict*, in *Eastern European Journal of Transnational Relations*, vol.3, n.2, 2019, pp.43-55.

⁹ Cfr. T. DEGENER, A. BEGG, *From Invisible citizens to agents of change: A short history of the struggle for the recognition of the rights of persons with disabilities at the United Nations*, in *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary*, Cham, 2017.

un notevole contributo¹⁰ nella stesura della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CRPD), che rappresenta oggi il principale strumento internazionale di tutela in materia.¹¹

Al contempo, l'adozione del sopracitato approccio medico alla disabilità ha altresì avuto impatto sulla formulazione e sull'interpretazione delle norme di diritto internazionale umanitario (DIU) per quanto riguarda la tutela delle persone con disabilità nel corso di un conflitto armato: secondo parte della dottrina,¹² la disabilità non è affrontata in modo esplicito né adeguato dagli strumenti in essere di diritto internazionale umanitario. Ciononostante, è da rilevare che una corretta interpretazione dei principi di DIU alla luce di ulteriori strumenti di diritto internazionale è in grado di fornire una risposta a molteplici questioni che emergono durante i conflitti armati e che coinvolgono le persone con disabilità, senza il bisogno di creare una categoria a sé stante di persone protette.¹³

Pertanto, alla luce di quanto descritto il presente lavoro tenterà di fornire una panoramica del quadro di diritto internazionale applicabile alle persone con disabilità, con particolare attenzione alla loro tutela in contesti di guerra. Nello specifico, il contributo intende mettere in luce lo studio del quadro di diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale dei diritti umani, ponendo in evidenza l'armonizzazione dei due corpi legislativi in materia di disabilità. A tale fine, all'introduzione storico-concettuale sinora presentata verrà affiancato lo studio del quadro normativo sopracitato e la sua applicazione nell'ambito della tutela dei bambini con disabilità durante un conflitto armato e della fornitura di aiuti umanitari in modo inclusivo per le persone con disabilità.

Segnatamente, il primo paragrafo è dedicato all'analisi dell'evoluzione della definizione e dell'approccio giuridico alla disabilità, evidenziando il passaggio da una concezione puramente medica della questione ad una concezione basata sulla protezione dei diritti umani fondamentali delle persone con disabilità.

In seguito, si fornirà una panoramica del quadro giuridico internazionale a tutela della disabilità, riferendosi specialmente alle iniziative onusiane e all'adozione della già menzionata Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CRPD).

L'articolo analizzerà inoltre il quadro regolatorio a protezione delle persone con disabilità durante un conflitto armato, prendendo in considerazione la loro inclusione all'interno della definizione di *civile* e l'interpretazione ed implementazione dei principi di diritto internazionale umanitario di distinzione, proporzionalità e precauzione con specifico riferimento alle persone con disabilità.

¹⁰ A. BEGG, *From invisibility to positive legal protection: the drafting of article 11 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p. 136.

¹¹ *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 12 dicembre 2006.

¹² M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., p. 608.

¹³ S. MOTZ, *Situations of Risk and Humanitarian Emergencies*, in I. BANTEKAS, M. A. STEIN, D. ANASTASIOU (a cura di), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 320 ss.

In tale contesto, verrà altresì considerata la complementarità tra il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani, al fine di verificare la possibile interazione tra i due rami del diritto internazionale in materia di tutela della disabilità in guerra.

A tal proposito, il presente lavoro si concentrerà ulteriormente sulla protezione dei diritti dei bambini con disabilità durante un conflitto armato, per richiamare infine l'attenzione su una serie di problematiche connesse alla fornitura di aiuti umanitari in modo inclusivo e a beneficio (anche) delle persone con disabilità.

2. Disabilità: definizioni e approcci dottrinari

Dagli albori dell'interesse della comunità internazionale e della dottrina per il tema, sono stati proposti diversi modelli e teorie per spiegare la disabilità e per offrirne una risposta in termini di tutela giuridica internazionale. Nello specifico, quattro sono le visioni più rilevanti: il modello caritativo; l'approccio medico; la visione sociale e infine un orientamento basato sui diritti umani. Questi modelli hanno costituito il fondamento delle pratiche e delle politiche relative alla disabilità e hanno avuto risultati sia negativi che positivi per le persone con disabilità.¹⁴

Per decenni il modello caritativo ha rappresentato l'approccio più preminente e diffuso nel dibattito sulla tutela della disabilità. Secondo tale visione, le persone con disabilità sarebbero vittime dei propri handicap, nonché destinati ad un'esistenza tragica. Pertanto, essi meritano pietà e carità in quanto rappresenterebbero un peso sia per le loro famiglie, sia per l'intera società.¹⁵ L'approccio caritativo tende ad esacerbare i pregiudizi e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità, concependole come "inferiori" e bisognose di trattamenti speciali e separati, sostenendo dunque pratiche di segregazione e stereotipi negativi. A livello giuridico, il modello in oggetto non concepirebbe le persone con disabilità come titolari di diritti, bensì piuttosto come destinatari passivi di aiuto e carità provenienti dalla buona volontà altrui.¹⁶ Benché si tratti di un modello ormai ampiamente superato, alcuni studiosi riscontrano che Stati, organizzazioni umanitarie e non governative e i media tendano ancora ad impiegare un simile approccio e ad alimentare il presupposto che le persone con disabilità vivano una vita inferiore rispetto al resto degli individui.¹⁷ Il Comitato sui diritti delle persone con disabilità, istituito dalla CRPD in quanto organo responsabile del monitoraggio dell'implementazione della Convenzione, ha più volte

¹⁴ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, Academic Briefing n. 14, 2019, p. 18.

¹⁵ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., p. 607.

¹⁶ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 18.

¹⁷ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., pp. 3-4.

ammonito gli Stati parti per aver adottato un simile modello attraverso l'impiego di un linguaggio e di immagini che alimenterebbero una visione vittimistica della disabilità.¹⁸

Accanto al modello caritativo, l'approccio medico alla disabilità ha a lungo considerato gli individui come esseri bisognosi di cure e trattamenti medici al fine del raggiungimento della "normalità".¹⁹ In termini di pregiudizi e stereotipi sottostanti, tale visione non è del tutto dissimile a quella caritativa, in quanto tende a privare di autonomia le persone con disabilità e a rafforzare atteggiamenti discriminatori nei loro confronti.²⁰ Di conseguenza, l'adozione da parte degli Stati di un simile approccio basato sul presupposto che il problema e la soluzione alla disabilità risiedano esclusivamente nella persona affetta da divergenza o handicap ha portato a discriminazioni, disuguaglianze e, in alcuni casi, anche a violazioni dei diritti umani.²¹ Nonostante i suoi evidenti difetti, una molteplicità di Stati, organizzazioni umanitarie e le principali organizzazioni per i diritti umani continuano a interpretare la disabilità secondo la prospettiva medica,²² come riscontrabile nei rapporti statali presentati al Comitato sui diritti delle persone con disabilità.²³

Più recentemente, nel marzo 2021 il Segretariato della Conferenza degli Stati parti alla CRPD ha auspicato in una nota l'adozione di un approccio più sistematico e basato sui diritti umani nel corso di conflitti armati e altre emergenze umanitarie, rispetto all'attuale modello medico applicato dal diritto internazionale umanitario e ormai obsoleto.²⁴

¹⁸ In ordine cronologico, si vedano ad esempio le osservazioni conclusive del Comitato sul report sottomesso dal Paraguay e adottate nel corso della nona sessione tra il 15 e il 19 aprile 2013, CRPD/C/PRY/CO/1, disponibile sul sito delle [Nazioni Unite](#). Simili osservazioni sono state avanzate nel 2015 anche nei confronti della Croazia (CRPD/C/HRV/CO/1, consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](#)) e del Peru (CRPD/C/PER/CO/1, consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](#)).

¹⁹ UNICEF, *Children with disabilities in situations of armed conflicts*, Discussion paper, 2019, p.5.

²⁰ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., p. 3.

²¹ A questo proposito, Alice PRIDDY (cit., p. 19) sostiene che la più eclatante violazione dei diritti umani delle persone con disabilità sia da rintracciare in una serie di leggi e politiche che consentono alle persone con disabilità di essere curate senza il loro consenso, basandosi sul presupposto che una disabilità richieda sempre un trattamento medico. Seguendo la logica del modello medico, una persona con disabilità sarebbe da considerare incapace di vivere normalmente; pertanto, i professionisti medici sarebbero autorizzati e avrebbero il dovere di intervenire nonché di prendere decisioni per conto dell'individuo stesso. Il presupposto che una persona sia priva di capacità ha portato anche alla pratica comune di nominare tutori legali che agiscono per conto di un altro individuo, negando così alle persone con disabilità la loro capacità giuridica.

²² UNGA, *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*, UN Doc. A/70/297, 7 agosto 2015, paras 23, 56.

²³ Si vedano in merito le osservazioni conclusive del Comitato risalenti al 2018 e relative ai report presentati dalla Slovenia (CRPD/C/SVN/CO/1, para 26, consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](#)) e dall'Oman (CRPD/C/OMN/CO/1, para 7, consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](#)).

²⁴ Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Protecting the Rights of Persons with Disabilities in Armed Conflict and Humanitarian Emergencies*, UN Doc. CRPD/ CSP/2021/2, 30 marzo 2021, paras 6 and 11.

Sulla stessa linea, Marco Sassóli ha evidenziato che le norme e i trattati di diritto internazionale umanitario spesso riflettono un approccio puramente medico alla disabilità,²⁵ portando ad esempio la definizione di *feriti e malati* contenuta all'articolo 8 del Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 adottato nel 1977, che si riferisce a, *inter alia*, «persons [...] who, because of [...] mental disorder or disability, are in need of medical assistance or care».²⁶ In accordo con Sassóli, secondo Alexander Breitegger²⁷ l'abbondanza di termini come «infermo», «disabile», «cieco» o «malato mentale» all'interno della Convenzione (III) di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra²⁸ sarebbe da considerare come ulteriore prova del fatto che, al momento della stesura di tali regole, le persone con disabilità fossero considerate come meri oggetti di compassione o vittime passive bisognose di protezione. Tuttavia, già nel 1949 e successivamente nel 1977 un simile approccio ha permesso alle persone con disabilità di essere riconosciute come oggetto di particolare protezione ai sensi del DIU.²⁹ Per Andrew Begg,³⁰ prova della diffusione dell'approccio medico è altresì il report del Segretario Generale delle Nazioni Unite «*Social rehabilitation of the physically handicapped*» adottato il 22 marzo 1950,³¹ nel quale la terapia medica, occupazionale e fisica e l'erogazione di specifici servizi medici figurano tra le tematiche connesse alla disabilità. Eppure, una simile prospettiva si è rafforzata con la designazione del 1981 come anno internazionale delle persone con disabilità e, in seguito, all'adozione del programma mondiale sulle persone con disabilità,³² incentrato sulla prevenzione della disabilità e sulla riabilitazione degli individui interessati da tale condizione. In quanto ai conflitti armati, il programma mondiale si presentava coerente con l'attenzione di quell'epoca alla disabilità come questione medica e conteneva scarsi riferimenti alle condizioni delle persone con disabilità in un contesto di guerra.³³ Non veniva presa in considerazione la possibilità che le persone affette da disabilità dovessero beneficiare di ulteriore protezione durante i conflitti armati, né era presente un riferimento al loro status di civili o di non combattenti. Nonostante

²⁵ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., p. 608.

²⁶ *Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949*, 8 giugno 1977, art. 8.

²⁷ A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 111.

²⁸ Si vedano a titolo di esempio rispettivamente gli articoli 17(5), 30(1)(2) e 110 della Convenzione (III) di Ginevra del 1949.

²⁹ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., pp. 608 – 609. Secondo Sassóli, «The general requirement of humane treatment of different categories of persons obviously implies that the specific needs and conditions of people with disabilities have to be taken into account. The general and specific prohibition of adverse distinction in IHL corresponds to the prohibition of discrimination in IHRL and specifically of the CRPD. Although disability is not explicitly mentioned as a prohibited ground of adverse distinction in IHL treaty rules, it falls under 'any other similar' criteria».

³⁰ A. BEGG, *From invisibility to positive legal protection*, cit., p. 137.

³¹ UNECOSOC, *Social Rehabilitation of the Physically Handicapped*, Report of the Secretary-General to the Social Commission, UN Doc. E/CN.5/197 22 marzo 1950. Il documento è consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](#).

³² UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, *History of United Nations and Persons with Disabilities – The World Programme of Action Concerning Disabled Persons*, consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](#).

³³ *World Programme of Action Concerning Disabled Persons*, UN Doc. A/37/351/Add.1, 15 settembre 1982, Annex, recommendation 1, para. 40.

ciò, un breve capitolo del programma incentrato sui diritti umani delle persone con disabilità³⁴ aprì la strada all'emergere di nuove prospettive.

In effetti, a partire dagli anni Settanta con il rafforzamento del movimento per i diritti delle persone con disabilità, l'approccio del modello sociale è emerso nel dibattito internazionale come prospettiva volta a contrastare l'oppressione del modello medico.³⁵ In questa prospettiva, vi è una distinzione tra menomazione e disabilità, quest'ultima intesa come costruito socialmente creato piuttosto che prodotto di un insieme di attributi individuali.

Pertanto, il modello sociale è incentrato sulle barriere ambientali – la mancanza di accesso fisico ad edifici e trasporti, ad esempio – e sui pregiudizi della società tradotti in politiche spesso escludenti in termini sanitari, assistenziali ed educativi.³⁶ Sebbene il modello sociale sia ora ampiamente sostenuto dal movimento per i diritti delle persone con disabilità, esso non è tuttavia esente da critiche riguardanti soprattutto una mancata attenzione per le quotidiane difficoltà delle persone con disabilità, tra cui scarse capacità cognitive e deterioramento della qualità della vita.³⁷

Da ultimo, l'adozione della CRPD ha fornito un ulteriore stimolo allo sviluppo del modello sociale, riconoscendo che la disabilità degli individui e i possibili handicap devono essere considerati e affrontati adottando un approccio basato sulla tutela dei diritti umani.³⁸ Dunque, un simile orientamento cristallizza il passaggio dal trattamento delle persone con disabilità come oggetti di carità, cure mediche e protezione sociale, alla loro concezione come individui con diritti, in grado di rivendicarli e di essere membri attivi della società.³⁹

A riprova di ciò, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità non contiene volutamente una definizione di ciò che si intende per disabilità, ma riconosce all'articolo 1 che «Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others».⁴⁰

Inoltre, come evidenziato da Bonnie Docherty e Alicia Sanders-Zakre, all'interno della CRPD è presente il riferimento ad una serie di diritti umani delle persone con disabilità, compresi diritti civili e politici, tra cui il diritto alla vita, il diritto all'accesso alle informazioni e il diritto a partecipare alla vita politica e

³⁴ *Ibid.*, paras 162-169.

³⁵ UNICEF, *Children with disabilities in situations of armed conflicts*, cit., p. 5.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 20.

³⁸ B. DOCHERTY, A. SANDERS-ZAKRE, *The origins and influence of victim assistance: contributions of the Mine Ban Treaty*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p. 259.

³⁹ UNICEF, *Children with disabilities in situations of armed conflicts*, cit., p. 5.

⁴⁰ *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit., art. 1.

pubblica; e diritti economici, sociali e culturali, come il diritto all'istruzione, alla salute e al lavoro.⁴¹ Attualmente, l'approccio basato sui diritti umani rappresenta la base normativa per la tutela della disabilità.⁴²

3. Il quadro regolatorio internazionale a tutela della disabilità

3.1. La tutela della disabilità: evoluzione giuridica

Nella prospettiva del diritto internazionale, la tutela giuridica della disabilità risulta essere oggetto di studi, ricerche e normazione solo in epoca piuttosto recente.

A partire dal già menzionato programma mondiale sulle persone con disabilità, istituito dalle Nazioni Unite nel dicembre 1982, per decenni sono seguite iniziative di indirizzo generali, sporadiche e non vincolanti in seno all'Assemblea Generale, tra cui l'adozione, nel 1994, di una serie di *Standard Rules on the Equalisation of Opportunities for Persons with Disabilities*.⁴³

Se da un lato le regole sono risultate significative per via dell'adozione, in gran parte del testo, di un approccio basato sui diritti umani delle persone con disabilità e nello specifico sui diritti economici, sociali e culturali, dall'altro lato l'iniziativa onusiana ha attirato molteplici critiche a causa dell'assenza di una specifica menzione ai diritti civili e politici. Ad ogni modo, nel complesso il documento è stato ritenuto altrettanto carente a causa della mancanza di uno specifico riferimento al fatto che le persone con disabilità siano cittadini a pieno titolo, nonché titolari di diritti al pari di tutti gli altri esseri umani. Inoltre, le regole tacciono sulla situazione delle persone con disabilità nei conflitti armati e durante emergenze umanitarie.⁴⁴

Nella seconda metà degli anni Novanta, tuttavia, le organizzazioni di persone con disabilità iniziarono a fare pressione al fine di giungere ad una Convenzione specificamente incentrata sui propri diritti.

Un primo episodio di successo si verificò nel 2001, quando la delegazione del Messico alle Nazioni Unite redasse una risoluzione che istituiva un Comitato ad hoc dell'Assemblea Generale incaricato di esaminare la questione.⁴⁵ La prima riunione del Comitato si tenne nell'agosto 2002 e fu caratterizzata da una scarsa affluenza e da una generale mancanza di preparazione. Di fatto, la maggior parte dei delegati così come l'allora segretario delle Nazioni Unite avevano una conoscenza limitata delle necessità delle persone con disabilità, pertanto il dibattito si concluse in modo piuttosto deludente.⁴⁶ Solo la Nigeria suggerì l'adozione

⁴¹ B. DOCHERTY, A. SANDERS-ZAKRE, *The origins and influence of victim assistance*, cit., p. 259.

⁴² GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 20.

⁴³ *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, A/RES/48/96, 4 marzo 1994.

⁴⁴ A. BEGG, *From Invisibility to positive legal protection*, cit., p. 137.

⁴⁵ *Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities*, A/RES/56/168, 19 dicembre 2001.

⁴⁶ A. BEGG, *From Invisibility to positive legal protection*, cit., p. 141.

di una prospettiva più ampia, richiamando l'attenzione sul fatto che le persone con disabilità si trovano ad affrontare difficoltà esacerbate a causa di conflitti armati e catastrofi naturali.⁴⁷ Mentre la maggior parte delle delegazioni si è dimostrata poco preparata, il Messico si è presentato con un'ampia delegazione di esperti, proponendo inoltre il testo di una bozza di Convenzione nel tentativo di avviare le discussioni.⁴⁸ L'unico riferimento alla situazione delle persone con disabilità in situazioni di conflitto armato era presente nel preambolo: come nei casi precedenti, il contesto bellico è stato menzionato come parte di un elenco di condizioni che contribuiscono alla causa della disabilità, insieme a violenza e povertà estrema.⁴⁹

Quasi un anno dopo, nel giugno 2003, il dibattito nella seconda sessione del Comitato fu più mirato: i delegati accettarono la necessità di un trattato giuridicamente vincolante e la discussione si concentrò sul tipo di strumento più idoneo.⁵⁰ Al termine della seconda sessione fu creato un gruppo di lavoro inteso come meccanismo per l'elaborazione di una prima bozza che fungesse da base per i negoziati. Sebbene il Messico avesse già presentato una bozza nel corso della prima riunione e il Venezuela durante la seconda, queste non furono considerate possibili punti di partenza in quanto non emerse da processi aperti che includessero anche le organizzazioni delle persone con disabilità. L'istituzione del gruppo di lavoro comprese in seguito ventisette Stati membri, dodici organizzazioni delle persone con disabilità e un'istituzione nazionale per i diritti umani (NHRI).⁵¹

La risultante Convenzione sui diritti delle persone con disabilità fu adottata il 13 dicembre 2006 in quarta lettura, venne aperta alla firma il 30 marzo 2007 ed entrò in vigore il 3 maggio 2008, al raggiungimento della ventesima ratifica.⁵² Sebbene la Convenzione sarà oggetto di analisi nel prossimo paragrafo, rileva a questo punto che con 119 Stati parti al mese di aprile 2025⁵³ questa rappresenta il più ampio ed accettato strumento di tutela dei diritti delle persone con disabilità a livello internazionale, fornendo un innegabile riconoscimento della piena titolarità di diritti e autonomia da parte delle persone con disabilità. Inoltre, la CRPD si applica all'intero continuum pace-conflitto e non consente deroghe o sospensioni alle sue disposizioni nel corso di emergenze nazionali, occupazione straniera, disastri naturali o conflitti armati.⁵⁴ Inoltre, la Convenzione crea un quadro di principi che mirano a garantire uguaglianza, inclusione, partecipazione, non discriminazione e piena accessibilità per le persone con disabilità.

⁴⁷ UNGA AD HOC COMMITTEE, *Daily Summary of Discussions*, Vol. 1, No. 7, 6 agosto 2002.

⁴⁸ *Report of the Meeting of Experts on the Comprehensive and Integral International Convention to Promote and Protect the Rights and Dignity of Persons with Disabilities*, UN Doc. A/57/212, 15 luglio 2002.

⁴⁹ *Ibid.*, preambolo, para 1.

⁵⁰ A. BEGG, *From Invisibility to positive legal protection*, cit., p. 142.

⁵¹ *Ibid.*, p. 145.

⁵² *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit.

⁵³ OHCHR, *Convention on the rights of persons with disabilities*, status of ratification (dati consultabili sul sito dell'[OHCHR](https://www.ohchr.org/)).

⁵⁴ *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit., art. 11.

Negli anni successivi, la disabilità è divenuta anche oggetto di interesse per il Consiglio di Sicurezza (CdS) delle Nazioni Unite. In una risoluzione del 2013 su donne, pace e sicurezza, il CdS ha infatti richiesto che vengano eliminate le barriere all'accesso ai servizi per le vittime di violenza sessuale, includendo anche le donne con disabilità.⁵⁵

Nel 2015, lo stesso Consiglio di Sicurezza ha evidenziato una serie di preoccupazioni relative ai bambini e agli adulti con disabilità, compreso il rischio di abbandono, la violenza, la mancanza di servizi di base e l'esclusione. Nello stesso anno, il CdS ha richiesto alla missione delle Nazioni Unite nella Repubblica Centrafricana di segnalare gli abusi contro bambini e adulti con disabilità.⁵⁶

Più recentemente, la necessità di affrontare le esigenze di tutti i bambini, compresi quelli con disabilità, in ambiti quali l'accesso all'assistenza sanitaria, al sostegno psicosociale e ai programmi educativi è divenuto oggetto di una successiva risoluzione del 2018,⁵⁷ in concomitanza con il Commento Generale n.6 del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, il quale ha riconosciuto che le persone con disabilità sono soggette ad un livello più elevato di discriminazione rispetto ad altri individui in situazioni di rischio ed emergenze umanitarie.⁵⁸ Per questo motivo, il Comitato ha invitato gli Stati parti alla CRPD a garantire il principio di non discriminazione in situazioni di rischio ed emergenze umanitarie, anche sulla base degli obblighi previsti dal diritto internazionale umanitario.⁵⁹

Su questa stessa linea, sono seguite successive iniziative delle Nazioni Unite, tra cui rilevano la risoluzione 2475 del Consiglio di Sicurezza sull'impatto sproporzionato dei conflitti armati sulle persone con disabilità, la quale richiede maggiore protezione, migliore assistenza ed inclusione durante i conflitti armati, nonché la partecipazione significativa delle persone con disabilità nella fase di prevenzione dei conflitti, della riconciliazione, della ricostruzione e del consolidamento della pace;⁶⁰ e il lancio da parte del Segretario Generale della *Disability Inclusion Strategy* nel 2019, finalizzata all'accelerazione dei progressi fatti in materia di inclusione delle persone con disabilità all'interno dell'Organizzazione.⁶¹

⁵⁵ UNSC, S/RES/2106, 24 giugno 2013, para. 19.

⁵⁶ UNSC, S/RES/2217, 28 aprile 2015.

⁵⁷ UNSC, S/RES/2427, 9 luglio 2018.

⁵⁸ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *General Comment No. 6 on Equality and Non- Discrimination*, UN Doc. CRPD/C/GC/6, 26 aprile 2018, para. 43.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ UNSC, S/RES/2475, 20 giugno 2019.

⁶¹ *United Nations Disability Inclusion Strategy*, 2019. Documento consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](#). Sul tema si vedano anche G. MITRA, G. DOMINIK, *United Nations Disability Inclusion Strategy: A framework to accelerate transformative change for persons with disabilities in the peace and security pillar*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p. 461.

3.2. La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e i conflitti armati

La CRPD ha rappresentato un cambio di paradigma nella comprensione e nell'approccio alla disabilità,⁶² segnando un passaggio radicale dalla visione che le persone con disabilità debbano essere oggetto di beneficenza e cure mediche alla consapevolezza che esse sono titolari di diritti in modo eguale ad ogni altro essere umano. Prima dell'adozione della CRPD, i movimenti per i diritti umani avevano ampiamente ignorato le persone con disabilità. Al contempo, l'applicazione dei diritti umani alle persone con disabilità non era da considerarsi scontata.⁶³

In qualità di principale strumento di diritto internazionale dei diritti umani a tutela delle persone con disabilità,⁶⁴ la CRPD elenca una serie di principi generali che rappresentano la base normativa in materia di protezione dei diritti di bambini e adulti affetti da tale condizione. Essi sono elencati all'articolo 3, e comprendono «il rispetto della dignità umana, dell'autonomia individuale e dell'indipendenza dell'individuo con disabilità; la non discriminazione; la piena ed attiva partecipazione ed inclusione nella società; il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana; l'uguaglianza di opportunità; l'accessibilità; l'uguaglianza tra uomini e donne con disabilità; il rispetto per le capacità in evoluzione dei bambini con disabilità e il rispetto per la preservazione della loro identità».⁶⁵

La maggior parte dei commentatori, compresi quelli coinvolti nella stesura della Convenzione, nega che la Convenzione abbia creato nuovi diritti, sostenendo al contrario l'integrazione nella CRPD dei trattati fondamentali delle Nazioni Unite sui diritti umani senza riconoscere nuovi diritti umani per le persone con disabilità.⁶⁶

In effetti, durante la stesura della CRPD, il Comitato ad hoc ha ripetuto che la CRPD dovesse essere una convenzione di attuazione intesa a stabilire le modalità attraverso cui i diritti esistenti dovessero essere messi in pratica per le persone con disabilità, tanto che le stesse Nazioni Unite definiscono lo strumento come un documento «volto a identificare i diritti umani civili, culturali, economici, politici e sociali esistenti senza doverne creare di nuovi».⁶⁷

Un simile atteggiamento affonda le proprie ragioni nella retorica di uguaglianza da sempre portata avanti dalle comunità per i diritti delle persone con disabilità, secondo cui le persone affette da tale condizione

⁶² OHCHR, *General Assembly Ad Hoc Committee, Statement by Louise Arbour*, UN High Commissioner for Human Rights 8th Session, New York, 5 December 2006.

⁶³ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 22.

⁶⁴ *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit., art. 1.

⁶⁵ *Ibid.*, art. 3.

⁶⁶ V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A commentary*, Springer, 2017, p. 97.

⁶⁷ COMMITTEE NEGOTIATING CONVENTION ON RIGHTS OF DISABLED PERSONS CONCLUDES CURRENT SESSION, *Press release*, 12 agosto 2005. Il documento è consultabile sul sito delle [Nazioni Unite](https://www.un.org/).

sono eguali – né inferiori né superiori – agli altri esseri umani, e dunque non sarebbe necessaria la creazione di diritti aggiuntivi.⁶⁸

Rileva ulteriormente che la CRPD è applicabile, accanto al quadro regolatorio stabilito dal diritto internazionale dei diritti umani, in situazioni di conflitto armato, durante le quali gli Stati, in accordo con i propri obblighi ai sensi del DIU e della Convenzione, sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie a garantire la protezione e la sicurezza delle persone con disabilità. Ciò è espressamente previsto dalla Convenzione all'articolo 11, il quale afferma tale obbligo in capo agli Stati parti «In accordance with their obligations under international law, including IHL and IHRL, all necessary measures to ensure the protection and safety of persons with disabilities in situations of risk, including of armed conflict, humanitarian emergencies and the occurrence of natural disasters».⁶⁹

Ciononostante, la misura in cui la CRPD si applicherà alla condotta di un esercito dipenderà dal contesto e sarà influenzata da una serie di fattori, tra cui l'eventualità che un conflitto si svolga sul territorio dello Stato o all'interno dei confini di uno Stato straniero.⁷⁰ In quest'ultimo caso, gli obblighi previsti dalla CRPD troveranno applicazione extraterritoriale.⁷¹ Tuttavia, la misura in cui tali obblighi si applicheranno dipenderà da molteplici determinanti contestuali, tra cui il livello di controllo che le Forze armate esercitano sugli individui e/o sul territorio, la presenza di altri attori coinvolti nel conflitto armato, i diritti potenzialmente oggetto di violazione e il rapporto che intercorre tra gli obblighi previsti dalla CRPD in specifiche situazioni e il diritto internazionale umanitario.⁷²

Fondamentali per l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 11 sono i già menzionati principi generali della CRPD contenuti all'articolo 3, che guidano la comprensione delle tutele previste dal DIU. Essi trovano chiara applicazione nelle valutazioni di *targeting* e proporzionalità, nella presa di precauzioni, nelle procedure di evacuazione, nella creazione di corridoi umanitari e nella considerazione delle esigenze specifiche delle persone con disabilità in situazioni di detenzione e occupazione, tra gli altri aspetti.⁷³

Nella visione di Janet E. Lord, l'inclusione dell'articolo 11 nella CRPD sostiene l'idea che i decisori militari debbano valutare l'applicazione delle norme del DIU attraverso un'interpretazione della CRPD. La logica alla base dell'articolo 11 è che le persone con disabilità hanno diritto a essere protette in situazioni di

⁶⁸ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 25.

⁶⁹ *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit., art.11.

⁷⁰ Cfr. I. K. MUGABI, *An Analysis of the Adequacy of Protection Afforded by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) in Situations of Armed Conflict*, in *Societies*, vol. 8, n. 2, 2018.

⁷¹ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., pp. 35-38. Si veda anche M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., p. 609.

⁷² GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., p.8.

⁷³ J. E. LORD, *Accounting for disability in international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, n. 105, 2023, p.74.

rischio, indipendentemente dal regime giuridico internazionale applicabile o co-applicabile alla situazione di rischio a cui sono sottoposte.⁷⁴ Le implicazioni sono di vasta portata: l'articolo 11 si estende anche a garantire che eventuali perpetratori di violazioni del diritto internazionale a danni di persone con disabilità siano ritenuti responsabili in seno a procedimenti penali internazionali e che discriminazioni o persecuzioni basate sulla disabilità siano perseguite.⁷⁵

L'articolo 11 sostiene inoltre la protezione dei rifugiati con disabilità, ai quali devono essere riconosciuti i diritti previsti dal diritto internazionale dei rifugiati. In altre parole, come si vedrà nelle prossime sezioni, l'articolo 11 abbraccia un'interpretazione delle norme provenienti da ambiti distinti del diritto internazionale come complementari e co-applicabili. Tale interpretazione è rafforzata dalla Risoluzione 2475 del CdS delle Nazioni Unite, che esorta gli Stati membri ad «eliminare la discriminazione e la marginalizzazione degli individui sulla base della disabilità in situazioni di conflitto armato, specialmente nel caso di coloro che affrontano forme multiple e intersezionali di discriminazione».⁷⁶

4. La tutela della disabilità durante un conflitto armato

4.1. Le norme di diritto internazionale umanitario

Così come postulato da Marco Sassóli, l'approccio medico alla disabilità che è emerso ed è stato incorporato all'epoca della stesura delle Convenzioni di Ginevra - le quali costituiscono il fondamento giuridico del diritto internazionale umanitario - ha portato ad una mera menzione della tutela delle persone con disabilità all'interno della protezione garantita a feriti e malati (*wounded and sick*).⁷⁷ Nonostante ciò, sarebbe possibile ricostruire un regime di protezione olistico per le persone con disabilità riferendosi all'obbligo di trattamento umano e alla proibizione di distinzione avversa (*adverse distinction*), i quali devono tenere in considerazione gli attributi di una persona, compresa qualsiasi menomazione. Secondo Sassóli, entrambi i principi devono essere implementati secondo i concetti di diritto internazionale dei diritti umani della non discriminazione e della *reasonable accommodation*⁷⁸ dei bisogni specifici delle persone con disabilità, applicabili anche durante la condotta delle ostilità.⁷⁹

In questo quadro, è rilevante sottolineare che la protezione garantita dalle norme di diritto internazionale umanitario si applica in modo egualitario a tutti i civili. Pertanto, le persone con disabilità hanno diritto

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ A. AL-DAWOODY, W. I. PONS, *Protection of persons with disabilities in armed conflict under international humanitarian law and Islamic law*, in *International Review of the Red Cross*, n.105, 2023, p.354.

⁷⁶ UNSC, S/RES/2475, *op. cit.*

⁷⁷ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, *cit.*, p. 606.

⁷⁸ La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità definisce all'articolo 2 il principio di *reasonable accommodation* nei seguenti termini: «Necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms».

⁷⁹ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, *cit.*, p. 606.

alle stesse tutele garantite a tutti gli altri individui dal DIU, comprese le norme relative al trattamento dei civili e delle persone *hors de combat*, nonché le norme relative alla condotta delle ostilità.⁸⁰ Il DIU è stato oggetto di interpretazione per tenere conto di altre questioni e sviluppi impreveduti dai suoi redattori: un'interpretazione dinamica ed evolutiva del DIU è necessaria e possibile anche in relazione alla disabilità.⁸¹

A riprova di ciò, la dottrina concorda sul fatto che oltre a raffigurare una concezione ormai superata di disabilità, l'inclusione delle persone con disabilità nella categoria dei *wounded and sick*⁸² non riflette una corretta rappresentazione della varietà di casi che rientrano nel concetto di disabilità, con l'eventuale rischio di creare vuoti in termini di tutela.⁸³ In effetti, non necessariamente tutte le persone con disabilità rientrano tra i feriti o i malati. Al contempo, la protezione offerta a feriti e malati è garantita solo laddove l'individuo richieda assistenza medica: qualora una persona con disabilità non abbia necessità di un trattamento medico o i propri bisogni in termini di cure si siano esauriti, essa sarà esclusa dalla protezione garantita ai feriti e malati.⁸⁴

È quindi preferibile interpretare le norme di DIU adattandole alla vasta gamma di disabilità possibili e ai sensi dell'obbligo di trattamento umano,⁸⁵ combinato con il divieto di distinzione avversa,⁸⁶ che deve tenere conto delle caratteristiche di una persona, inclusa qualsiasi disabilità. Il trattamento umano non è definito esplicitamente nel DIU, poiché il suo significato è specifico del contesto; tuttavia, al suo interno implica il rispetto della dignità umana e dell'integrità fisica e mentale di una persona.⁸⁷

Entrambi i principi devono essere applicati secondo il principio di *reasonable accommodation* prescritto dalla CRPD, applicabile come evidenziato in precedenza anche nel corso di un conflitto armato.

⁸⁰ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., p.8.

⁸¹ *Ibid.*, p. 9.

⁸² L'articolo 8(a) del Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra considera che la protezione e la cura dovuta a feriti e malati è anche estendibile alle persone con disabilità e ad altre persone «who may be in need of immediate medical assistance or care, such as the infirm [...] and who refrain from any act of hostility».

⁸³ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p.53.

⁸⁴ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., p. 610; GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., pp. 10-11.

⁸⁵ Si vedano in merito *Convenzione I per il miglioramento della condizione dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna*, 1949, art. 12(1); *Convenzione II per il miglioramento della condizione dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare*, 1949, art. 12(2); *Convenzione III relativa al trattamento dei prigionieri di guerra*, 1949, art. 16; *Convenzione IV relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra*, 1949, art. 13; *Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra*, cit., art. 75(1); *Protocollo Aggiuntivo (II) alle Convenzioni di Ginevra*, 1977, art. 4(1); ICRC, *ICRC Study on Customary International Law*, rule 87.

⁸⁶ In merito al principio di distinzione avversa, si vedano *Convenzione I per il miglioramento della condizione dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna*, cit., art. 12(2); *Convenzione II per il miglioramento della condizione dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare*, cit., art. 12(2); *Convenzione III relativa al trattamento dei prigionieri di guerra*, cit., 1949, art. 16; *Convenzione IV relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra*, cit., art. 13; *Protocollo Aggiuntivo (I)*, cit., art. 75(1); *Protocollo Aggiuntivo (II)*, cit., art. 4(1); ICRC, *ICRC Study on Customary International Law*, cit., rule 87.

⁸⁷ A. PRIDDY, *Who is the civilian population?*, cit., p. 246.

La concezione alla base riguarda il fatto che, per consentire ad una determinata persona con disabilità di godere pienamente dei propri diritti umani, a volte risulta necessario un trattamento differenziato per garantire un'uguaglianza di fatto: la mancata garanzia della parità di accesso è a tutti gli effetti una forma di discriminazione e pertanto illegittima, e un trattamento differenziato può anche essere necessario per garantire che le norme di DIU siano applicate in modo non discriminatorio a tutte le persone con disabilità.⁸⁸ In termini pratici e a titolo di esempio, ciò significa che un trattamento che potrebbe non essere considerato disumano come il divieto agli animali di attraversare i posti di blocco, potrebbe comunque esserlo quando il suo impatto è considerato dal punto di vista di una persona con disabilità, ossia quando una persona con disabilità visiva dipende da un cane guida e desidera attraversare un posto di blocco per raggiungere una zona sicura.⁸⁹

Per quanto riguarda invece il principio di distinzione avversa, nelle disposizioni e nell'applicazione delle norme del DIU è vietata qualsiasi distinzione basata su razza, colore, religione, fede, sesso, o «qualsiasi altro criterio simile».⁹⁰ Sebbene la disabilità non sia esplicitamente menzionata, un approccio complementare all'interpretazione del DIU richiede che la disabilità sia trattata come se rientrasse in *qualsiasi altro criterio simile*,⁹¹ considerando che la CRPD, così come altri trattati di diritto internazionale dei diritti umani, vieta anche la distinzione avversa in base al principio equivalente di non discriminazione.⁹² Alla luce di quanto affermato, ad essere vietata è solamente la *distinzione avversa*: il *trattamento differenziato* necessario a rispondere alle specifiche esigenze di un particolare individuo o gruppo, comprese le persone con disabilità, è da considerarsi lecito.⁹³

Ciò rileva in modo particolare in presenza di individui privati della propria libertà: sebbene nella maggioranza dei casi alle persone con disabilità è preclusa la partecipazione alle Forze armate di uno Stato, non è da escludere l'eventualità che esse divengano prigionieri di guerra o internate per imperative ragioni di sicurezza. A fronte di tale eventualità, le autorità sono tenute a garantire non solo un trattamento umano e astenersi da distinzione avversa ai detenuti con disabilità,⁹⁴ bensì anche una piena

⁸⁸ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., p. 610.

⁸⁹ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., p.10. Si veda anche GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 54.

⁹⁰ Si veda in merito *supra*, nota 85.

⁹¹ A. PRIDDY, *Who is the civilian population?*, cit., p. 246; A. BREITTEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 116.

⁹² *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit, art. 5, 9, 11, 14(2).

⁹³ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 55.

⁹⁴ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., p. 13.

inclusione e partecipazione a tutti gli aspetti della vita all'interno del luogo di detenzione in modo eguale a ciò che sarebbe permesso ad altri detenuti.⁹⁵

Ciò si tradurrebbe, ad esempio, nell'ideazione o nell'adattamento di sanitari accessibili anche alle persone con disabilità; nella costruzione di rampe, corrimano o ampi corridoi lungo i quali i detenuti che si avvalgono di sedie a rotelle o che presentano impedimenti fisici o sensoriali possano muoversi in modo libero e indipendente; e nella fornitura di informazioni (compresi piani di evacuazione) in modo accessibile e comprensibile.⁹⁶ La mancata garanzia che gli internati e i prigionieri di guerra con disabilità abbiano pari accesso all'assistenza sanitaria e alle strutture e ai servizi di detenzione (anche attraverso la fornitura di alloggi ragionevoli) potrebbe costituire una discriminazione basata sulla menomazione e in taluni casi equivalere altresì a tortura, trattamento crudele, inumano o degradante, proibito sia dal diritto internazionale umanitario che dal diritto internazionale dei diritti umani.⁹⁷

In aggiunta, risulta essenziale analizzare l'applicazione di una serie di principi di DIU durante la condotta delle ostilità da una prospettiva inclusiva per le persone con disabilità. Le persone con disabilità, in particolare quando sono civili e a meno che non partecipino direttamente alle ostilità, godono di una protezione generale ai sensi delle norme sulla condotta delle ostilità. Sebbene siano generalmente incluse tra i civili, la sfida consiste nell'interpretare e attuare i principi del DIU di distinzione, proporzionalità e precauzione in modo tale da tenere conto dei rischi specifici per i civili con disabilità.

Ai sensi del DIU, le parti in un conflitto armato sono tenute a rispettare anzi tutto il principio di distinzione, ai sensi del quale è necessario valutare continuamente se un individuo si qualifica come civile o combattente. Ai sensi del diritto umanitario, gli attacchi possono essere diretti solo contro combattenti e, di conseguenza, questi non devono essere diretti contro civili, a meno che e per tutto il tempo in cui essi non partecipino direttamente alle ostilità.⁹⁸

Il principio di distinzione risulta essere particolarmente rilevante in relazione alle persone con disabilità: secondo la dottrina, infatti, le difficoltà connesse alla sua implementazione dovrebbero imporre una formazione militare in grado di riflettere il fatto che le persone con disabilità sensoriali, psicosociali o intellettive potrebbero non essere in grado di comprendere o reagire alle ostilità che si verificano intorno ad essi.⁹⁹ Una specifica consapevolezza del potenziale comportamento delle persone con disabilità

⁹⁵ ICRC, *Updated Commentary to the Geneva Convention (III)*, 2020, para 1761: «To ensure equal treatment of prisoners with disabilities in relation to prisoners without disabilities, specific measures may be required to make camp services and facilities accessible for them, such as presenting information about those services and facilities in accessible formats or making adjustment to infrastructure».

⁹⁶ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., p. 611; GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Military Briefing*, cit., pp. 13-14; A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 119.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra*, cit., art. 48.

⁹⁹ A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 105.

sensoriali, psicosociali e intellettive dovrebbe pertanto contribuire all'analisi delle caratteristiche del target, e dunque concorrere ad evitare qualsiasi presunzione errata che queste persone, a causa del loro comportamento, possano essere dei bersagli.¹⁰⁰

Accanto a questi aspetti, è da considerare altresì l'obbligo generale di cura costante (*constant care*), il quale integra il principio fondamentale di distinzione e si applica all'intera gamma di operazioni militari. La cura costante è intesa alla mitigazione dei rischi e alla prevenzione dei danni ed è da applicarsi sia nella pianificazione, sia nell'esecuzione di qualsiasi operazione militare. In via generale, maggiore è il rischio per la popolazione civile in una determinata operazione militare, maggiore sarà la richiesta in termini di attenzione. Ad esempio, nei movimenti di truppe volti ad attaccare obiettivi militari in una città o in un villaggio, vi è un rischio elevato che le persone con disabilità sensoriali non siano in grado di percepire la presenza delle Forze armate. Le parti in conflitto armato dovrebbero prestare attenzione ai tentativi delle persone con disabilità sensoriali di comunicare loro di non essere un bersaglio legittimo.¹⁰¹

Rileva altresì il principio di proporzionalità, secondo il quale durante lo svolgimento delle ostilità le parti in conflitto devono valutare l'impatto di un attacco sui civili. Un attacco non deve pertanto essere lanciato se si prevede che causi incidentalmente perdite di vite umane tra i civili, lesioni a civili, danni a beni di carattere civile, o una combinazione di questi, che sarebbero eccessivi rispetto al concreto e diretto vantaggio militare previsto.¹⁰² Oltre ad essere un principio di diritto internazionale consuetudinario, il principio di precauzione è sancito agli articoli 51(5)(b), 57(2)(a)(ii) e (b) del Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra.

Nonostante ciò, effettuare una valutazione in termini di proporzionalità non è una scienza esatta, in quanto si tratta di una questione di equilibrio del danno civile rispetto al beneficio militare atteso, sulla base di tutte le informazioni disponibili ai comandanti militari in quel momento preciso.¹⁰³ La valutazione fattuale delle informazioni provenienti da tutte le fonti disponibili al momento rilevante dovrebbe inoltre essere basata anche sulle pratiche passate e su dati empirici, nonché sulle informazioni relative alla presenza di popolazione con disabilità.¹⁰⁴

A questo proposito, particolare attenzione dovrebbe essere posta sulle necessità delle persone con disabilità durante l'implementazione dell'obbligo di avvisare la popolazione civile prima di un attacco. Per essere effettivo, tale avviso dovrebbe essere accessibile anche alle persone con disabilità: ciò include la

¹⁰⁰ J.E. LORD, *Accounting for disability*, cit., pp. 75-76.

¹⁰¹ A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 108.

¹⁰² ICRC, *ICRC Study on Customary International Law*, cit., Rule 14. Inoltre, lanciare un attacco che sarebbe eccessivo in relazione al concreto e diretto vantaggio militare anticipato ammonterebbe altresì a crimine di guerra secondo l'art. 8(2)(b)(iv) dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale.

¹⁰³ A. PRIDDY, *Who is the civilian population?*, cit., p. 249.

¹⁰⁴ J.E. LORD, *Accounting for disability*, cit., p. 78; M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., pp. 612-613; A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 105.

diffusione di volantini, allarmi attraverso applicazioni e dispositivi di assistenza, annunci radio e televisivi, con un linguaggio chiaro e comprensibile anche per gli individui con disabilità.¹⁰⁵

Le persone con disabilità visive potrebbero infatti aver bisogno del supporto di altri individui per fuggire da un attacco imminente; gli individui affetti da disabilità uditive spesso hanno difficoltà a sentire annunci o istruzioni relative ad un'operazione militare; le persone con disabilità intellettive faticano a comprendere complesse istruzioni di evacuazione, avvertimenti di attacchi imminenti o ciò che accade durante un'operazione militare.¹⁰⁶ Tali misure risultano essere in conformità con la CRPD, la quale richiede che gli Stati «adottino misure appropriate per garantire che le persone con disabilità abbiano pari accesso all'informazione, alla comunicazione e all'ambiente fisico, nonché che l'informazione sia intesa da tutti e fornita in un formato accessibile».¹⁰⁷ Considerando il fatto che spesso il difensore si trova in una posizione di maggiore conoscenza della presenza di persone con disabilità sul proprio territorio, tali misure specifiche dovrebbero essere poste in capo ad esso, accanto alla verifica dell'accessibilità dei rifugi antiaerei e dei piani di evacuazione anche per persone con menomazioni fisiche, mentali o intellettive.¹⁰⁸

La valutazione della proporzionalità dovrebbe ulteriormente tenere in considerazione l'aspetto della ragionevole prevedibilità: a titolo di esempio, danni accidentali a infrastrutture critiche come impianti idrici ed elettrici e reti di approvvigionamento comporteranno probabilmente conseguenze negative su altri servizi essenziali, come i servizi sanitari, la distribuzione idrica e l'approvvigionamento energetico.

Questo a sua volta potrebbe causare ulteriori effetti collaterali per i civili: ciò è particolarmente rilevante nel caso della guerra urbana, dove gli obiettivi militari sono mescolati ad obiettivi civili e dove le infrastrutture critiche e i sistemi di servizi essenziali sono ampiamente interconnessi e interdipendenti.¹⁰⁹

Da ultimo, le parti coinvolte in un conflitto armato sono tenute ad adottare una serie di precauzioni durante gli attacchi: ai sensi del principio di precauzione, infatti, devono essere adottate tutte le misure possibili per evitare o almeno ridurre al minimo i danni accidentali ai civili.¹¹⁰ Ciò significa, nella pratica, tenere conto di tutte le circostanze del momento, comprese le considerazioni umanitarie e militari: di fatto, ciascuna parte in conflitto deve fare tutto il possibile per verificare che i bersagli siano obiettivi militari in un momento antecedente all'attacco.

Al contempo, è necessario adottare tutte le precauzioni possibili nella scelta dei mezzi e metodi di guerra, al fine di evitare o comunque ridurre al minimo le perdite accidentali di vite umane tra i civili, i feriti e i

¹⁰⁵ A. AL-DAWOODY, W. I. PONS, *Protection of persons with disabilities*, cit., p. 361.

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 358. Si veda anche GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., pp.59-64.

¹⁰⁷ *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit., art. 9, 21.

¹⁰⁸ M. SASSÓLI, *International Humanitarian Law*, cit., pp. 613-614.

¹⁰⁹ A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 106.

¹¹⁰ *Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra*, cit., art. 57(2); ICRC, *ICRC Study on Customary International Law*, cit., rule 15.

danni ai beni civili. In relazione al tema oggetto del presente lavoro, le parti potrebbero ottemperare a tale obbligo valutando l'impatto degli armamenti da utilizzare e utilizzando armi alternative che riducano il rischio di danni ai beni civili da cui dipendono le persone con disabilità, come strutture di riabilitazione, centri di salute mentale e strutture di trasporto paramilitare specificamente destinate alle persone con disabilità. Ogni qualvolta sia fattibile, dovrebbero essere effettuate valutazioni preventive del potenziale impatto di un attacco, comprese le conseguenze delle armi e delle munizioni utilizzate.¹¹¹

Nuovamente, la capacità di adottare precauzioni per ridurre al minimo i danni ai civili si basa sulla comprensione, da parte degli operatori militari, del tipo di danno che potrebbe derivare da un attacco. Un'analisi basata su dati relativi alle persone con disabilità, secondo Janet E. Lord, offrirebbe una possibilità concreta di migliorare le misure precauzionali adottate con l'obiettivo di ridurre al minimo i danni ai civili ed in particolare agli individui affetti da disabilità.¹¹² La conoscenza da parte del comandante di come diversi gruppi, comprese le persone con disabilità, utilizzano uno spazio e quindi sono esposti a effetti differenziati da un attacco, potrebbe infatti contribuire a determinare le migliori precauzioni attuabili per ridurre tali danni. In questo contesto, a risultare fondamentale sarebbe il dialogo e il coordinamento tra Forze armate e organizzazioni di persone con disabilità.¹¹³

Dall'altro lato, la necessità di comunicare in modo effettivo ed inclusivo eventuali avvisi di attacchi imminenti o evacuazioni per le persone con disabilità può essere interpretato anche sotto la lente del principio di precauzione: in tal senso, le considerazioni generali di pianificazione che i comandanti devono tenere in considerazione per attuare allerte preventive efficaci includono vari tipi di comunicazione, la garanzia che il contenuto dei messaggi sia chiaro e facilmente comprensibile, e un preavviso sufficiente affinché la popolazione civile – incluse le persone con disabilità – reagisca all'allerta.¹¹⁴

4.2. L'interazione tra il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani

Come affermato dall'articolo 11 della CRPD, il diritto internazionale dei diritti umani si applica parallelamente al diritto internazionale umanitario in situazioni di conflitto armato. Nonostante ciò, il rapporto tra questi corpi di diritto e le relative modalità di applicazione reciproca sono complessi e devono ancora essere definiti con precisione nell'ambito del diritto internazionale.¹¹⁵

¹¹¹ J.E. LORD, *Accounting for disability*, cit., pp. 78-79.

¹¹² *Ibid.*, p. 79.

¹¹³ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., pp. 64-65.

¹¹⁴ A. BREITEGGER, *Increasing visibility of persons with disabilities in armed conflict*, cit., p. 109.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 101. Si veda inoltre GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 38.

Lo sforzo del Comitato Internazionale della Croce Rossa per contribuire ad un'interpretazione e all'attuazione del DIU includendo la disabilità, in complementarità con la CRPD, sono parte della Vision 2030 sulla disabilità, definita al fine di rendere l'Organizzazione più inclusiva nelle sue attività di protezione ed assistenza dei civili in tempo di guerra.¹¹⁶ A tale fine, complementarità significa che, sebbene le norme del DIU e della CRPD possano rivelare alcune differenze, esse possono generalmente essere interpretate in vista della loro armonizzazione.

Come anticipato nei paragrafi precedenti, la relazione dipenderà sempre dal contesto. Pertanto, si possono prevedere quattro scenari che avranno un impatto su questa relazione: in primo luogo, quando il DIU e il diritto internazionale dei diritti umani, in questo caso la CRPD, sono allineati.

In secondo luogo, quando i due corpi di leggi si completano a vicenda, incluso il caso in cui un *corpus* legislativo fornisce maggiori dettagli sulla portata o sul contenuto di una norma. In terzo luogo, quando un *corpus* legislativo tace su una questione che l'altro *corpus* affronta espressamente. In quarto luogo, quando i due corpi di leggi sono in contrasto tra loro su una questione specifica.¹¹⁷ In questa prospettiva, la CRPD affronta espressamente la situazione in cui un altro corpo di leggi, nazionale o internazionale, prevede norme più favorevoli all'implementazione dei diritti delle persone con disabilità rispetto a quelle contenute nella Convenzione.¹¹⁸ In tale situazione, nulla nella CRPD pregiudica l'attuazione della norma più favorevole. In altre parole, il corpo di leggi più favorevole avrà la precedenza sulla CRPD:¹¹⁹ si tratta di un approccio più ampio ed evolutivo di quello previsto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che richiede che ogni trattato venga interpretato in armonia con le altre norme applicabili del diritto internazionale.¹²⁰

Nel considerare il rapporto tra il DIU e la CRPD, è necessario poi tenere conto della realtà della situazione concreta di un conflitto armato. La CRPD non si applicherà in tempo di pace allo stesso modo in cui si applica in un contesto bellico: bisognerà valutare la fattibilità e l'efficacia di ogni possibile applicazione, e l'interpretazione degli obblighi degli Stati parti ai sensi della CRPD dovrà essere adattata alle realtà del contesto del conflitto armato, purché tale interpretazione rimanga conforme allo scopo fondamentale del trattato in questione. I principi della CRPD elencati all'articolo 3 avranno pertanto particolare importanza in qualità di strumento interpretativo.¹²¹

¹¹⁶ ICRC, *The ICRC'S Vision 2030 on Disability*, 2020. Il documento è consultabile sul sito del [Comitato Internazionale della Croce Rossa](#).

¹¹⁷ Si veda inoltre GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 40.

¹¹⁸ *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit., art. 4(4).

¹¹⁹ UNICEF, *Children with disabilities in situations of armed conflicts*, cit., pp. 6-7.

¹²⁰ *Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati*, 1969, art. 31(3)(c).

¹²¹ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict*, cit., p. 41.

In sintesi, se si considera la relazione tra il DIU e la CRPD, è indubbio che la CRPD continui ad applicarsi in situazioni di conflitto armato; la misura in cui essa si applicherà dipenderà dal contesto.

Tornando ai quattro scenari descritti, nel caso in cui il DIU e la CRPD sono chiaramente allineati non vi è particolare difficoltà circa l'interpretazione di queste norme. In secondo luogo, quando i due corpi di leggi si completano a vicenda (anche quando un corpo di leggi estende o fornisce maggiori dettagli sulla portata o sul contenuto di una norma), ancora una volta la situazione è relativamente semplice: il corpo di leggi più specifico fornirà il quadro di riferimento primario, ma il secondo corpo di leggi fornirà comunque un contributo significativo. Tuttavia, in alcune circostanze la CRPD potrebbe essere il *corpus* normativo primario da interpretare alla luce del diritto internazionale umanitario, concepito per affrontare la situazione specifica di un conflitto armato.¹²²

Nel terzo scenario, qualora un *corpus* di leggi tacesse su una questione che l'altro *corpus* di leggi affronta espressamente, si potrebbe supporre che quest'ultimo colmi automaticamente questa lacuna. Tuttavia, questo non sarà sempre il caso, in quanto certe lacune nel diritto dei conflitti armati potrebbero essere un'omissione deliberata, che riflette la realtà del conflitto armato.¹²³ Pertanto, la norma sui diritti umani sarà determinata caso per caso. A titolo di esempio, le parti coinvolte in un conflitto armato devono dare un preavviso efficace di attacchi che potrebbero colpire la popolazione civile.¹²⁴ Il DIU non fornisce indicazioni sui mezzi da impiegare per dare tale preavviso, ma l'articolo 21 della CRPD delinea le misure che devono essere adottate per garantire che le informazioni destinate al pubblico generale siano accessibili a tutte le persone con disabilità. Sebbene la CRPD sia chiara su questo tema, su cui il DIU tace, la prima dovrà comunque essere interpretata alla luce del contesto del conflitto armato e quindi potrebbe non applicarsi allo stesso modo come in tempo di pace.¹²⁵

Nell'ultimo scenario, i due corpi di leggi sono in conflitto tra loro su una questione specifica. Laddove questo accada, si dovrà valutare quale dei due offra la maggiore protezione e se uno dei due sia stato sostituito da una norma più recente. Ne è un esempio la disposizione del DIU che consente ai prigionieri di guerra di essere tenuti in isolamento in base alla loro menomazione, la quale è stata presumibilmente sostituita dal divieto di discriminazione basato sulla menomazione previsto dalla CRPD.¹²⁶

¹²² *Convention on the rights of persons with disabilities, cit.*, art. 9, 25.

¹²³ GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Disability and Armed Conflict, cit.*, p. 42.

¹²⁴ ICRC, *ICRC Study on Customary International Law, cit.*, rule 20.

¹²⁵ *Supra*, nota 124.

¹²⁶ Il riferimento è all'art. 30 della Convenzione (III) di Ginevra, la quale permette ai prigionieri di guerra che presentano malattie mentali di essere tenuti in isolamento. Tale norma si porrebbe in contrasto con l'art. 5 della CRPD, la quale prevede il divieto di discriminazione sulla base di una menomazione.

Ad ogni modo, è ragionevole affermare che la CRPD, in quanto trattato ampiamente ratificato che sancisce i diritti umani delle persone con disabilità, svolge una funzione di ampliamento delle norme del DIU e ne rafforza l'interpretazione inclusiva.¹²⁷

5. La tutela dei bambini con disabilità durante un conflitto armato

Secondo i dati più recenti dell'UNICEF, i bambini con disabilità a livello globale sono circa 240 milioni.¹²⁸ Nonostante gli sforzi per garantire il rispetto dei loro diritti, essi continuano a far parte della fascia più emarginata ed esclusa della popolazione. Questa situazione è amplificata durante i conflitti armati.¹²⁹

Di fatto, la guerra ha effetti negativi sui bambini in molteplici modi: i loro legami affettivi sono spesso compromessi dalla perdita di familiari; rischiano di perdere anni di istruzione; rimangono sfollati in luoghi poco sicuri; l'accesso all'assistenza sanitaria o ad un'igiene adeguata non è garantito.¹³⁰

Per i bambini con disabilità, questi impatti si moltiplicano: essi potrebbero infatti avere difficoltà a sfuggire agli attacchi, soprattutto se lasciati privi di aiuto o se con accesso nullo o limitato ai dispositivi di assistenza; rischiano di essere abbandonati; faticano ad accedere ai beni di prima necessità, nonché ai servizi e agli strumenti essenziali di cui hanno bisogno per via della loro disabilità.¹³¹ Al contempo, persistono maggiori ostacoli nell'accesso alle scuole pubbliche, ai servizi educativi forniti dalle organizzazioni umanitarie, così come difficoltà connesse all'accessibilità delle strutture e all'assistenza.¹³² Per i bambini affetti da disabilità sensoriali, intellettive e psicosociali, gli ostacoli possono includere lo stigma, la mancanza di insegnanti qualificati e di programmi di studio inclusivi.¹³³

Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha identificato sei gravi violazioni che interessano i bambini, inclusi quelli con disabilità, in situazioni di conflitto armato: (1) uccisioni e mutilazioni; (2) reclutamento e impiego in guerra; (3) stupri e violenze sessuali; (4) rapimenti; (5) attacchi a scuole o ospedali; (6) diniego di accesso umanitario.¹³⁴ Al fine di monitorare tali violazioni, nel 2005 il Consiglio di Sicurezza ha stabilito uno specifico meccanismo di monitoraggio e segnalazione (*Monitoring and Reporting Mechanism*, MRM), attivo in oltre 20 situazioni di conflitto armato.¹³⁵

Le prime iniziative a tutela dei diritti dei bambini emersero dopo la prima guerra mondiale e in seno alla Società delle Nazioni, in cui nel 1919 venne creato un Comitato per la protezione dell'infanzia. Nel 1924,

¹²⁷ A. PRIDDY, *Who is the civilian population?*, cit., p.247.

¹²⁸ UNICEF, *Children with disabilities*, 2023. I dati sono consultabili sul sito dell' [UNICEF](https://www.unicef.org/).

¹²⁹ UNICEF, *Children with disabilities in situations of armed conflict*, cit., p. 4.

¹³⁰ S. C. RATHORE, *Introductory Remarks on the Protection of Children in Armed Conflict*, cit., p.183.

¹³¹ UNICEF, *Children with disabilities in situations of armed conflict*, cit., pp. 8-9.

¹³² J.E. LORD, *Accounting for disability*, cit., pp. 69-70.

¹³³ E. ČERIMOVIĆ, *At risk and overlooked*, cit., p. 193.

¹³⁴ UNSC, S/RES/1539, 2004.

¹³⁵ UNSC, S/RES/1612, 2005.

la Società delle Nazioni adottò su proposta di Eglantyne Jebb, fondatrice di *Save the Children*, la Dichiarazione di Ginevra sui diritti dei bambini, il primo strumento internazionale esplicitamente atto a riconoscere i diritti dei bambini e la necessità della loro protezione.¹³⁶

Solo nel 1946 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite creò l'UNICEF al fine di affrontare la crisi umanitaria del secondo dopoguerra e fornire cibo, vestiti ed assistenza sanitaria ai bambini colpiti in molteplici Paesi. Successivamente, accanto ad una serie di strumenti giuridici e dichiarazioni dell'Assemblea Generale specificatamente diretti alla promozione dei diritti dei bambini, nel 1989 venne adottata la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei bambini (CRC), la quale stabilisce i diritti sostanziali dei bambini ed enuncia una serie di principi fondamentali tra cui la non discriminazione; la dedizione al superiore interesse del bambino; il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo; e la protezione da danni e sfruttamento.¹³⁷

Per quanto riguarda il coinvolgimento dei bambini in un conflitto armato, l'articolo 38(4) della Convenzione afferma chiaramente l'obbligo degli Stati parti di «adottare misure praticabili per garantire protezione e assistenza ai bambini in teatri di guerra, in conformità con gli obblighi derivanti dal diritto internazionale umanitario di proteggere la popolazione civile».¹³⁸ Inoltre, il protocollo opzionale alla Convenzione stabilisce che i bambini di età inferiore ai 18 anni non devono essere reclutati, inviati sul campo o arruolati, e che gli Stati devono garantire che il reclutamento o il coinvolgimento di bambini di età inferiore a 15 anni nelle ostilità sia punibile come crimine di guerra.¹³⁹

In materia di diritto internazionale umanitario, la base giuridica della tutela dei bambini durante un conflitto armato è l'articolo 77 del Protocollo Aggiuntivo (I), il quale postula che i bambini «shall be the object of special respect and shall be protected against any form of indecent assault. The parties to the conflict shall provide them with the care and aid they require, whether because of their age or for any other reason».¹⁴⁰ In aggiunta, ulteriore protezione è offerta all'articolo 8(a) dello stesso Protocollo, il quale inserisce i neonati tra i feriti e i malati; e all'articolo 78 sull'evacuazione temporanea dei bambini durante il conflitto, «qualora vi siano impellenti motivi di salute o cure mediche o per la loro sicurezza».¹⁴¹ Analogamente, l'articolo 17 della Convenzione di Ginevra (IV) prevede l'evacuazione dei bambini da aree assediate o circondate,¹⁴² facilitando inoltre l'accoglienza di bambini di età inferiore ai 15 anni e madri di

¹³⁶ *Geneva Declaration of the Rights of the Child*, 26 settembre 1924.

¹³⁷ *Convention on the Rights of the Child*, 1577 UNTS 3, 20 novembre 1989.

¹³⁸ *Ibid.*, art. 38(4).

¹³⁹ *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict*, 25 maggio 2000. Sulla stessa linea, lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale riconosce che l'arruolamento o il reclutamento di un bambino di età inferiore ai 15 anni e il suo impiego attivo nelle ostilità ammonta a crimine di guerra.

¹⁴⁰ *Protocollo Aggiuntivo (I) alle Convenzioni di Ginevra*, cit., art. 77. Una simile disposizione è contenuta all'articolo 4 del Protocollo Aggiuntivo (II), in riferimento ai conflitti armati non internazionali.

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 78.

¹⁴² *Convenzione (IV) relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra*, cit., art. 17.

bambini di età inferiore ai 7 anni in ospedali o zone di sicurezza istituiti dalle parti di un conflitto armato.¹⁴³ Da ultimo, ai sensi dell'articolo 89, i bambini di età inferiore ai 15 anni e le madri che allattano, internati per motivi di sicurezza dalle parti in conflitto, devono ricevere cibo supplementare in proporzione alle loro esigenze fisiologiche;¹⁴⁴ mentre l'articolo 24 impone alle parti in conflitto di provvedere all'identificazione di tutti i bambini di età inferiore ai 12 anni, al fine di promuovere la permanenza dei bambini con le loro famiglie durante le ostilità.¹⁴⁵

Nel caso specifico dei bambini con disabilità, la dottrina concorda sul fatto che la Convenzione sui diritti dei bambini impone esplicitamente agli Stati obblighi di garantire la sicurezza e la cura dei bambini coinvolti nei conflitti armati, mentre la CRPD rafforza e specifica tali obblighi ai sensi del DIU di garantire la protezione e la sicurezza delle persone con disabilità in contesti di guerra.¹⁴⁶

La CRC si applica infatti a tutti i bambini, compresi quelli con disabilità, e garantisce il loro diritto alla sopravvivenza, allo sviluppo del loro pieno potenziale, alla protezione da abusi e sfruttamento e alla piena partecipazione alla vita familiare e sociale. Fa inoltre specifico riferimento ai bambini con disabilità, menzionando il principio di non discriminazione e gli sforzi specifici che gli Stati Parti dovrebbero compiere per realizzare i diritti dei bambini con disabilità. Come anticipato, in situazioni di conflitto armato è nuovamente possibile riscontrare un'armonizzazione e una complementarità tra il diritto internazionale dei diritti umani e il DIU, in quanto la CRC impone agli Stati Parte di impegnarsi a rispettare e garantire il rispetto delle norme del diritto internazionale umanitario che riguardano i minori e ad assicurare protezione e cura ai minori coinvolti in conflitti armati.¹⁴⁷ Questo vale innanzitutto per la protezione generale dei civili che non prendono parte alle ostilità, in particolare per la loro protezione dagli attacchi e per il loro diritto alla vita e a un trattamento umano. Sulla stessa linea, come analizzato nei paragrafi precedenti, la CRPD afferma i diritti delle persone con disabilità all'uguaglianza e alla non discriminazione; alla libertà da sfruttamento, violenza e abusi; alla salute; all'istruzione; a un adeguato standard di vita e alla protezione sociale.¹⁴⁸

In quanto applicabile anche durante i conflitti armati, la CRPD invita gli Stati Parte ad adottare tutte le misure necessarie per garantire la protezione e la sicurezza delle persone con disabilità in situazioni di rischio, in conformità con i loro obblighi ai sensi del DIU e del diritto internazionale dei diritti umani.¹⁴⁹

¹⁴³ *Ibid.* art. 41.

¹⁴⁴ *Ibid.*, art. 89.

¹⁴⁵ *Ibid.*, art. 24.

¹⁴⁶ E. ČERIMOVIĆ, *At risk and overlooked*, cit., p. 195.

¹⁴⁷ *Convention on the Rights of the Child*, cit., art. 38(1), 38(4).

¹⁴⁸ *Convention on the rights of persons with disabilities*, cit., art. 7, 11, 25.

¹⁴⁹ *Ibid.*, art. 11.

Ciò significa che in materia di tutela dei bambini con disabilità durante un conflitto armato, non solo gli Stati devono conformarsi al diritto internazionale umanitario, ma applicare anche le disposizioni in materia di diritti umani a cui hanno aderito.

Ciononostante, è da riscontrare nella pratica una tendenza da parte di Stati ed Organizzazioni Internazionali a menzionare sì gli impatti sproporzionati dei conflitti armati sui bambini e sui disabili all'interno di report e risoluzioni, ma a tralasciare spesso la specifica situazione dei bambini con disabilità, con il rischio di aumentarne la marginalizzazione ed evaderne la specifica tutela.

A questo proposito, Emina Ćerimović ha individuato alcune aree in cui le agenzie delle Nazioni Unite e gli Stati stessi potrebbero implementare iniziative al fine di pendere in considerazione le criticità connesse alla tutela dei diritti dei bambini con disabilità nel corso di un conflitto armato: inclusione; protezione; raccolta di dati; assistenza umanitaria mirata; consultazioni; interpretazione evolutiva del DIU.¹⁵⁰

6. L'accesso all'aiuto umanitario per le persone con disabilità

Al fine di soddisfare le esigenze umanitarie senza discriminazioni, il principio fondamentale di imparzialità richiede che le persone con disabilità siano specificamente ospitate e/o considerate una priorità durante la fornitura di assistenza umanitaria.¹⁵¹

La mancanza di riconoscimento della vasta gamma di disabilità esistenti e la scarsa comprensione delle esigenze di sostegno a lungo termine spesso contribuiscono ad una maggiore vulnerabilità delle persone con disabilità, anche in seguito alla fuga da zone di conflitto attivo. Pertanto, l'assistenza umanitaria dovrebbe perseguire l'obiettivo di agevolare il reinserimento delle persone con disabilità all'interno delle proprie abitudini di vita secondo un approccio inclusivo che comprende l'assistenza medica, i programmi socioeconomici, la riabilitazione, l'istruzione e il supporto psicologico per superare non solo le nuove barriere imposte dai conflitti armati, ma anche molte di quelle esistenti in tempo di pace.¹⁵² In effetti, la disabilità è una forma di diversità umana e solitamente è una condizione permanente o prolungata. Dunque, un approccio inclusivo della disabilità che tenga conto dell'assistenza a lungo termine e dei bisogni specifici delle persone con disabilità durante la fornitura di aiuto umanitario diviene fondamentale per rispondere a tali bisogni sia durante i conflitti armati che in tempo di pace.¹⁵³

Per rafforzare l'inclusione e la partecipazione di bambini e adulti con disabilità, la maggior parte degli attori umanitari concorda sulla necessità di un approccio a doppio binario alla risposta umanitaria: questa

¹⁵⁰ E. ĆERIMOVIĆ, *At risk and overlooked*, cit., pp. 214-216.

¹⁵¹ R. MARDINI, *Persons with disabilities in armed conflicts*, cit., p.3.

¹⁵² M.H. SHAH, D.K. WAYN, N. ALI, *Disability in Humanitarian and Conflict Settings*, in *The Palgrave Encyclopedia of Disability*, 2025, pp. 1-13.

¹⁵³ A. AL-DAWOODY, W. I. PONS, *Protection of persons with disabilities*, cit., pp.369-370.

dovrebbe comprendere sia interventi inclusivi per le persone con disabilità, sia interventi mirati.¹⁵⁴ In altre parole, gli attori umanitari dovrebbero progettare e adattare i programmi e gli interventi umanitari tradizionali per garantire che siano inclusivi e accessibili a tutti gli individui, compresi coloro che presentano tratti di disabilità, e, parallelamente, sviluppare interventi per rispondere direttamente ai bisogni delle persone con disabilità.¹⁵⁵ Tuttavia, l'impegno per un approccio a doppio binario all'azione umanitaria non si è sempre tradotto in pratica.¹⁵⁶

Nonostante ciò, sono stati compiuti sforzi significativi al fine di rendere più inclusiva l'assistenza umanitaria per bambini e adulti con disabilità. A titolo di esempio, nel 2016 è stata adottata una Carta sull'inclusione delle persone con disabilità nell'azione umanitaria in seno al *World Humanitarian Summit*, nota anche come *Humanitarian Disability Charter*.¹⁵⁷ Prendendo atto dei rischi sproporzionati e le molteplici e interconnesse forme di discriminazione che devono affrontare, la Carta riconosce l'urgente necessità di un'azione umanitaria che includa bambini e adulti con disabilità. Tra le altre misure, i firmatari si impegnano ad eliminare la discriminazione nelle politiche umanitarie, a promuovere la partecipazione delle persone con disabilità e delle loro organizzazioni rappresentative e a sviluppare politiche e servizi inclusivi.¹⁵⁸

A seguito del vertice mondiale umanitario e del lancio della Carta, il Comitato permanente interagenzia (*Inter-Agency Standing Committee*, IASC) ha istituito un gruppo di lavoro per elaborare linee guida sull'inclusione delle persone con disabilità nell'azione umanitaria.¹⁵⁹ Approvate nel 2019, le linee guida forniscono – tra i vari aspetti – indicazioni dettagliate in materia di azioni umanitarie, al fine di orientare il processo decisionale militare e fornire gli strumenti ai comandati e agli ufficiali durante la formazione dei soldati in materia di questioni di tutela della disabilità e fornitura di assistenza umanitaria inclusiva.¹⁶⁰ Nella pratica, tali indicazioni offrirebbero un'opportunità per la pianificazione dell'assistenza umanitaria al fine di soddisfare le esigenze delle persone con disabilità, nonché faciliterebbero la considerazione dei beni e delle infrastrutture civili in relazione al loro utilizzo da parte delle persone con disabilità, identificando e contrassegnando quelle essenziali.¹⁶¹ L'attuazione di questo approccio a doppio binario richiede – come previsto dalla CRPD – che le persone con disabilità e le loro organizzazioni rappresentative siano direttamente coinvolte in tutte le fasi di sviluppo, pianificazione e attuazione dei

¹⁵⁴ M. BERGHS, N. KABBARA, *Disabled people in conflicts and wars*, in S. GRECH, K. SOLDATICS (a cura di), *Disability in the Global South*, Springer, 2016, pp. 269-283.

¹⁵⁵ UNICEF, *Children with disabilities in situations of armed conflict*, cit., p. 13.

¹⁵⁶ Si veda in questo senso lo studio pubblicato nel 2015 da SAVE THE CHILDREN, *Disability in Humanitarian Context: Views from affected people and field organisations*. Lo studio è consultabile sul sito di [Save the Children](https://www.savethechildren.org).

¹⁵⁷ *Charter on inclusion of persons with disabilities in humanitarian action*, 2016.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ IASC, *Guidelines: Inclusion of Persons with Disabilities in Humanitarian Action*, 19 novembre 2019.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ J.E. LORD, *Accounting for disability*, cit., p.83.

programmi di aiuto umanitario. Per conformarsi al DIU, gli Stati, gli attori umanitari, i donatori e le parti in conflitto sarebbero dunque tenuti ad adattare il proprio approccio all'assistenza umanitaria, considerando e includendo le persone con disabilità come parte della popolazione, ma anche elaborando programmi specifici per rispondere direttamente ai loro bisogni.¹⁶²

Da ultimo, con specifico riferimento ai bambini con disabilità, nel 2017 l'UNICEF ha promosso l'adozione di linee guida sull'inclusione dei bambini con disabilità nell'azione umanitaria, pubblicate sotto forma di una serie di opuscoli che forniscono raccomandazioni concrete per lo sviluppo di programmi che includono la disabilità nei settori dell'istruzione, della protezione dell'infanzia, della salute, della nutrizione, dell'accesso all'acqua e ai servizi igienico-sanitari.¹⁶³

7. Considerazioni conclusive

In un contesto di conflitto armato, individui e bambini con disabilità sono affetti in modo sproporzionato da molteplici rischi connessi all'accesso a beni di necessità per la sopravvivenza, aiuti umanitari, assistenza sanitaria e dispositivi di supporto, con notevoli conseguenze sulla possibilità di queste persone di vivere una vita dignitosa nonché di godere dei diritti umani fondamentali.

Il riconoscimento della realtà sul campo e la necessità di garantire un'adeguata protezione dei civili e dei beni civili al fine di mitigare l'impatto di un conflitto armato sono un pilastro del diritto internazionale umanitario: prima e durante lo svolgimento delle ostilità, il DIU richiede che le parti in conflitto distinguano tra civili e obiettivi militari e adottino tutte le precauzioni possibili per ridurre al minimo i danni ai civili, le perdite accidentali di vite umane tra i civili e i danni ai beni civili durante le operazioni militari. Ciò si applica altresì alle persone con disabilità, le quali – sebbene siano incluse tra i *feriti e malati* all'interno delle Convenzioni di Ginevra a riflettere un approccio medico alla disabilità ormai obsoleto – godono di una specifica tutela ai sensi del DIU. Di fatto, come emerso nel corso del presente lavoro, la tutela dei diritti delle persone con disabilità comporta molteplici obblighi in capo agli Stati relativi all'adozione di specifiche misure di natura precauzionale, così come divieti di discriminazione e di distinzione avversa sulla base della disabilità, con l'obiettivo di fornire tutela alle persone con disabilità durante le operazioni belliche.

Allo stesso tempo, accanto al quadro regolatorio internazionale relativo alla tutela della disabilità e basato in via principale sulla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità adottata nel 2006, il lavoro ha altresì mostrato come l'applicabilità della CRPD in un contesto di conflitto armato ai sensi dell'articolo

¹⁶² A. AL-DAWOODY, W. I. PONS, *Protection of persons with disabilities*, cit., p. 365.

¹⁶³ UNICEF, *Guidance on Including children with disabilities in humanitarian action*, 2017.

11 configuri la possibilità di un'interazione con il diritto dei conflitti armati, favorendo dunque l'armonizzazione tra il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto internazionale umanitario.

Non meno importante, il presente articolo ha fornito un quadro della tutela specifica dei bambini con disabilità in contesti di guerra, mostrando come tuttavia il tema rimanga ancora piuttosto inesplorato. A questo proposito, rileva nuovamente l'applicabilità del diritto internazionale dei diritti umani – nella fattispecie la Convenzione sui diritti dei bambini – durante un conflitto armato, a riprova di un rafforzamento e di una complementarità delle norme di diritto internazionale umanitario a tutela dei bambini con disabilità.

Nella panoramica fornita, emerge la necessità di una specifica sensibilizzazione delle forze armate sui rischi specifici a cui sono esposti i civili con disabilità, anche nell'ambito della regolare formazione sul DIU, al fine di garantire un'attuazione delle norme del diritto della guerra che tenga conto della disabilità.

A piccoli passi verso una nuova rete pubblica di infrastrutture per le telecomunicazioni?*

di Francesco Dalla Balla

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e pubblico
Università di Trento

Abstract [It]: Sicurezza e concorrenza rimangono le parole chiave nella disciplina dell'ecosistema delle telecomunicazioni, in un contesto di mercato dominato dalla crisi degli operatori tradizionali, dall'avvento delle connessioni satellitari e dall'interesse degli *Internet Giants* per il controllo delle infrastrutture. La scelta del legislatore di strumentalizzare la disciplina dei canoni concessori per attrarre gli impianti sul demanio e sul patrimonio indisponibile ha finito favorire gli operatori storicamente insediati, con esiti costituzionalmente opinabili, anche alla luce del diritto UE. Per converso, il d.l. n. 108/2021 consente di estendere l'imposizione comunale (CUP) agli impianti di rete ubicati su beni privati. Nel frattempo, si gettano le basi per il ritorno delle dorsali infrastrutturali in mano pubblica.

Title: Small steps towards a new public network infrastructure?

Abstract [En]: *Security and competition remain the key words in the regulation of the telecommunications ecosystem, in a market context dominated by the crisis of traditional operators, the advent of satellite connections, and the interest of internet giants in controlling infrastructure. The legislator's choice to instrumentalize the regulation of concession fees to favor historically established operators has led to constitutionally questionable results. Conversely, Decree-Law No. 108/2021 allows for the extension of municipal taxation to network facilities located on private property. Meanwhile, the groundwork is being laid for the return of backbone infrastructure to public ownership.*

Parole chiave: telecomunicazioni, concorrenza, beni pubblici, enti locali, canoni concessori

Keywords: *telecommunications, competition, public assets, local powers, concession fees*

Sommario: 1. Premessa: l'integrazione verticale delle telecomunicazioni. – 2. Macro o micro-economie? – 3. Terra, telecomunicazioni e concorrenza, tre snodi chiave. – 3.1. La disciplina vigente per i canoni maturati fino al 12 febbraio 2019: spazio all'autonomia privata. – 3.2. Le legge n. 12/2019 conculca ogni libertà negoziale, ridando centralità ai parametri impositivi COSAP e TOSAP. – 3.3. La nuova disciplina, vigente dal 1° gennaio 2022, crea più problemi di quanti non ne risolva. – 3.4. (...segue) Il limite ai profitti. – 4. Perché tanto interesse per una questione apparentemente tecnico-operativa? – 4.1. Potenzialità e ambiguità interpretative dei commi 831 e 831-bis della legge n. 160/2019. – 4.2. I beni in regime di diritto pubblico come strumenti di politica economica. – 5. Dalle spiagge alle antenne: gli incessanti ostacoli alla valorizzazione del patrimonio pubblico. – 6. Spunti operativi... – 6.1. (...) per le Amministrazioni. – 6.2. (...) per il legislatore. – 7. Conclusioni: verso un surrettizio ritorno ad un sistema pubblico di infrastrutture di rete ed opere correlate?

* Articolo sottoposto a referaggio. In apertura corre l'obbligo di ringraziare le Amministrazioni che hanno gentilmente collaborato alla raccolta dei materiali e degli atti variamente citati nel presente studio e, in particolare, la Provincia Autonoma di Trento, i Comuni di Alessandria, Asti, Biella, Bologna, Bolzano, Borgo Valsugana, Brescia, Cuneo, Genova, Imperia, Ivrea, Livorno, Mantova, Massa, Padova, Pergine, Pistoia, Rovereto, Rovigo, Savona, Sondrio, Torino, Trento, Treviso, Venezia, Verona, Vicenza.

1. Premessa: l'integrazione verticale delle telecomunicazioni.

La caratura costituzionale dell'accesso alla rete di telecomunicazioni va progressivamente consolidandosi secondo la fisionomia caratteristica dei diritti sociali¹, coniugando – secondo la giurisprudenza della Consulta – la salvaguardia dei livelli essenziali delle prestazioni alla “sussidiarietà orizzontale”². Su questa premessa, è inevitabile che il settore viva in una costante ripermimetrazione del confine tra lo spazio dei *players* privati³ e quello dell'investitore pubblico⁴.

¹ A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 11 ss.; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2010, pp. 348 ss.; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso a Internet come diritto umano*, in *La Comunità internazionale*, n. 3, 2010, pp. 395 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Munus*, n. 1, 2011, pp. 121 ss.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2011, 6 ottobre 2011; E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2011, pp. 213 ss.; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in S. MERLINI (a cura di), *L'informazione: il percorso di una libertà*, Passigli, 2012, p. 9; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *L'informazione il percorso di una libertà – Volume II*, Passigli, Firenze, 2013, pp. 9 ss.; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in P. PASSAGLIA – M. NISTICÒ (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1 ss.; A.L. VALVO, *Diritto di accesso e neutralità di Internet nel diritto internazionale*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2014, pp. 97 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2015, p. 275; M. PIETRANGELO, *Accesso a Internet: un diritto ancora diseguale?*, in M.R. ALLEGRI – G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Aracne, Canterano, 2017, pp. 25 ss.; A. BUSACCA, *Il “Diritto di accesso” alla rete Internet*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 345; A. PIROZZOLI, *Il libero accesso alla rete: un diritto in espansione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2018, p. 213; C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e digital divide*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020, pp. 61 ss.; M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in *Media Laws*, n. 1, 2021, pp. 57 ss.; G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21-bis al 34-bis*, in *Media Laws*, n. 1, 2021, pp. 81 ss.; P. OTRANTO, *La garanzia di accesso alla rete e la “città connessa”*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 3, 2021, pp. 77 ss.; A. ALÙ, *Il doppio volto di internet tra l'accesso e l'uscita e il paradosso della “trappola” digitale*, in *Dir. fam. pers.*, n. 2, 2023, pp. 626 ss.; D. DE RADA, *Il diritto all'accesso ad Internet tra valori costituzionali e difficoltà di esercizio*, in *Giustizia civile.com*, 10 maggio 2023, pp. 3 ss. Sul crescente ricorso al sostegno finanziario pubblico, cfr. M. MINOZZI, *La situazione del mercato italiano delle comunicazioni elettroniche e gli interventi di policy di breve termine*, in F. BASSANINI – A. PERRUCCI (a cura di), *Telecomunicazioni: una politica industriale per la doppia transizione*, il Mulino, Bologna, 2024, pp. 88 ss.

² Corte cost. n. 163/2012; cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2002, pp. 31-32, mette in luce l'inidoneità del principio di sussidiarietà orizzontale a vincolare le scelte legislative o a fungere da parametro per l'avocazione del servizio pubblico all'Amministrazione: “nella comparazione tra attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) privati, e attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) poteri pubblici, soprattutto quando si debbono valutare costi e risultati (perché una viene già svolta e l'altra si propone di svolgerla al posto o ad integrazione della prima), gli elementi da valutare sono così numerosi, gli apprezzamenti possibili così ampi, le ponderazioni dei diversi elementi così necessariamente convenzionali, gli accertamenti così difficili e approssimativi, che in pratica, tranne casi semplici ed evidenti, la conclusione non è mai predeterminabile, e gli unici vincoli nei confronti del potere pubblico, prima di decidere in un senso o nell'altro, stanno nell'onere di argomentare ragionevolmente e di seguire eventualmente le procedure previste, cosicché alla fin fine ogni decisione è politica e spetta alla maggioranza del momento (con scarse o nulle possibilità di riconsiderazione da parte dei giudici, Corte costituzionale compresa)”.

³ T.E. FROSINI, voce *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. - Annali II*, t. 2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1136.

⁴ Sul punto, L. SALTARI, *La rete fissa di comunicazioni elettronica unica. Il nodo degli investimenti e della capacità realizzativa*, in F. DALLA BALLA (a cura di), *Sicurezza e concorrenza nelle telecomunicazioni*, Franco Angeli, 2025, analizza i recenti sommovimenti di mercato relativi allo scorporo e alla cessione della rete dell'ex *incumbent*, le prospettive dell'incorporazione di Open Fiber in Fiberco e gli sviluppi legati all'ingresso di Poste Italiane quale primo azionista nella compagine di TIM.

Da tempo, tuttavia, gli operatori telefonici registrano una strutturale crisi della redditività⁵, derivante dal fatto che gli *Internet Giants*⁶ (fornitori di contenuti e servizi *online*) non compartecipano ai costi sostenuti dai gestori per il mantenimento ed aggiornamento delle reti⁷. Questa dinamica, in letteratura⁸, è stata equiparata ad un vero e proprio fallimento del mercato⁹, che ha mostrato il *dark side* della concorrenza¹⁰ e, alla lunga, ha pregiudicato la capacità di promuovere gli investimenti necessari alla riqualificazione tecnologica degli impianti¹¹, evocando la necessità dell'intervento pubblico¹². Per converso, in controtendenza rispetto agli operatori "tradizionali" (gestori dei servizi all'utenza), il settore dei servizi all'ingrosso (*wholesale-only*) è stato fortemente incentivato dal diritto europeo¹³ e dalle politiche governative¹⁴, acquisendo un significativo potere di mercato.

⁵ ASSTEL, *Rapporto sulla filiera delle telecomunicazioni in Italia*, ed. 2022, p. 15, mette in luce la contrazione dei ricavi dal 2008 al 2021 da 44,8 mld a 27,9 mld, con un impatto più accentuato nel settore della telefonia mobile, da 23,2 mld a 12,6 mld.

⁶ Con riferimento alla necessità che i poteri pubblici si facciano garanti di una diversa redistribuzione del valore lungo tutta la filiera industriale delle telecomunicazioni si rinvia a F. DALLA BALLA, *Connessione e Costituzione*, in *Id.* (a cura di), *Sicurezza e concorrenza nelle telecomunicazioni*, Franco Angeli, Milano, 2025.

⁷ Come nota A. OLIVIERI, *Giganti del web: ricavi in crescita, utili da record e tasse in calo*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 dicembre 2023, a seguito della pandemia "i primi 25 gruppi mondiali del settore hanno allargato il loro giro d'affari del 10,6%, realizzando margini stellari: la redditività operativa è cresciuta del 31,5% e gli utili netti sono balzati del 46,4%", dati che spiccano ancor più se si considera che – nei fatti – soltanto "tre player – Amazon, Alphabet e Microsoft – pesano per la metà del campione".

⁸ F. BASSANINI, *Introduzione*, in F. BASSANINI – A. PERRUCCI (a cura di), *Telecomunicazioni: una politica industriale per la doppia transizione*, il Mulino, Bologna, 2024, p. 12.

⁹ Sulla inefficienza del concetto di fallimento del mercato quale condizione legittimante l'intervento pubblico nell'economia si rinvia a F. DALLA BALLA, *La "costituzione materiale" dell'economia dall'IRI al PNRR. Politica e business judgement rule nelle holding di Stato*, in *Munus*, n. 2, 2024, pp. 631 ss.

¹⁰ Cfr. *Il futuro della competitività europea – Parte B* (c.d. Rapporto Draghi), settembre 2024, consultabile sul [sito della Commissione europea](#), p. 74, secondo cui "l'UE conta decine di operatori di telecomunicazioni che servono circa 450 milioni di consumatori, contro una manciata di operatori negli Stati Uniti e in Cina. Le aziende dell'UE non hanno le dimensioni necessarie per fornire ai cittadini un accesso capillare alla fibra e alla banda larga 5G e per dotare le imprese di piattaforme avanzate per l'innovazione. L'UE ha un totale di 34 operatori di rete mobile (MNO) e 351 operatori virtuali di rete mobile non basati su investimenti (MVNO), rispetto ai tre MNO degli Stati Uniti (più 70 MVNO) e ai quattro MNO della Cina (più 16 MVNO). Inoltre, il mercato della banda larga fissa nell'UE (dove i primi tre operatori detengono una quota congiunta del 35% in tutta Europa) è meno concentrato di quello degli Stati Uniti (con una quota congiunta del 66%) o della Cina (con una quota congiunta del 95%). I prezzi più bassi in Europa hanno indubbiamente portato benefici ai cittadini e alle imprese ma, nel tempo, hanno anche ridotto la redditività del settore e, di conseguenza, i livelli di investimento in Europa, compresa l'innovazione delle aziende dell'UE in nuove tecnologie oltre alla connettività di base".

¹¹ M. MINOZZI, *La situazione del mercato italiano delle comunicazioni elettroniche e gli interventi di policy di breve termine*, cit., pp. 87-88.

¹² Per effetto, ad esempio, dello stimolo impresso dal PNRR attraverso il *Piano Italia 5G*, la copertura in tecnologia 5G è stata incrementata dal 7,3% del 2021 al 71,7% del 2024 (Infratel Italia, *Mappatura 2024 reti a banda ultralarga - connessioni mobili*, 8 gennaio 2025, p. 17, pubblicato sul [sito istituzionale](#)), anche se nessun operatore dispone sul territorio nazionale della più efficiente tecnologia *stand-alone*, con conseguente maggiore latenza, sovraconsumo delle batterie dei terminali e, in generale, minore efficacia per i servizi evoluti all'utenza *business* o industriale (C. FOTINA, *Per il 5G copertura al 90% solo nel 2026 ma non sarà una rete autonoma*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2025, p. 14).

¹³ F. DALLE NOGARE, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 54, in merito alla scelta della direttiva UE 2018/1972 di promuovere il modello d'investimento *wholesale-only* attraverso un alleggerimento degli obblighi SMP; sul punto, critici F. SARZANA di S. IPPOLITO – F. MARINI BALESTRA, *Comunicazioni elettroniche europee*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 158 e ss.

¹⁴ Con riferimento ai criteri preferenziali inizialmente riservati agli operatori *wholesale-only* nel piano "BUL Aree Bianche", cfr. A. MANGANELLI, *Co-investimento, Wholesale-only e "Reteunica": un'analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle Telecomunicazioni*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1, 2022, p. 161.

Nel complesso, ne deriva che, da un lato, “rispetto alle controparti statunitensi e asiatiche, gli operatori tecnologici dell’UE non hanno attualmente le dimensioni necessarie per sostenere” gli investimenti necessari all’implementazione delle reti satellitari, dei servizi *cloud*, dei dell’IA¹⁵. Per altro verso – nelle more dell’attivazione delle politiche auspiccate dal c.d. *Rapporto Draghi*, sul presupposto “*ingenti finanziamenti pubblici e privati*”¹⁶ – il claudicante mercato domestico è costretto a misurarsi con operatori *extra*-UE che vanno acquisendo una crescente posizione forza in virtù, ad esempio, della superiorità tecnologica sulle reti satellitari, dell’integrazione verticale con le imprese della *web economy*¹⁷ o del preponderante controllo sull’infrastruttura fisica che consente il trasporto dei dati¹⁸.

Nemmeno le telecomunicazioni, tuttavia, sfuggono al principio secondo cui, sulle orme di Carl Schmitt, “non vi è ordine giuridico che non sia preceduto da questo atto primigenio: ovvero impossessamento del suolo e delimitazione dei confini”¹⁹. Alla “narrativa globalista e liquida del cibernazio”²⁰ fa infatti da contraltare la dimensione solidamente infrastrutturale del “diritto di accesso alla rete”, fatto “di penetrazioni nella terra per posare cavidotti [...], di [...] fibra ottica, di antenne che presidiano il territorio come il reticolo di una ragnatela”²¹. Perciò, per l’operatore, la Pubblica Amministrazione è innanzitutto un importante possidente immobiliare²², con cui interloquire per svilupparne l’estensione e la capacità degli asset. Anche con riferimento alla crescente – ma controversa – affermazione delle comunicazioni satellitari realizzate attraverso le costellazioni in orbita terrestre bassa (c.d. LEO) di Starlink, Eutelsat, OneWeb, Amazon *etc.*, l’Agenzia dell’Unione Europea per il Programma Spaziale (Euspa) ha sottolineato come il pieno sviluppo delle relative

¹⁵ Cfr. *Il futuro della competitività europea* – Parte B, cit., p. 80.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Sull’interesse degli “Internet Giants” per il controllo delle reti tradizionali, V. LOBIANCO, *L’ecosistema delle comunicazioni elettroniche*, in F. BASSANINI – A. PERRUCCI (a cura di), *Telecomunicazioni: una politica industriale per la doppia transizione*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 43.

¹⁸ ASSTEL, *Rapporto sulla filiera delle telecomunicazioni in Italia*, cit., p. 163, evidenzia “dal 2012 al 2021 il valore dei ricavi dei fornitori delle torri è cresciuto del 287%, soprattutto per effetto di alcune discontinuità dovute a fenomeni di M&A e alla nascita di società rivolte specificatamente a questo mercato. Questo è legato principalmente al settore delle telecomunicazioni, che ha visto il suo valore decuplicarsi negli ultimi 8 anni, per via soprattutto di spin-off/cessione di rami d’azienda da parte delle Telco di società dedicate a questo mercato”.

¹⁹ S. MANNONI – E. PAGLIA, *Comunicazioni elettroniche. Italian Style*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 71.

²⁰ T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Munus*, n. 1, 2011, p. 123, rileva la “naturale vocazione alla extraterritorialità” di internet, quale “catalizzatore essenziale della globalizzazione contemporanea”, che “travalica i confini degli Stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali fra i popoli” (parafrasando T.W. GOLDSMITH, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 179).

²¹ S. MANNONI – E. PAGLIA, *Comunicazioni elettroniche*, cit., p. 72.

²² Come riassume G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 36, ciò vale soprattutto per Comuni, Province e Regioni, considerato che le unità immobiliari delle amministrazioni centrali ammontano a 36.600 (per una superficie complessiva di circa il 13,3%), rispetto alle 686.262 degli enti locali (MEF, *Rapporto sui beni immobili delle amministrazioni pubbliche*, 2018, consultabile sul [sito del Ministero](#)).

potenzialità non possa prescindere dall'interconnettività²³ con l'ecosistema terrestre²⁴ (c.d. architetture di rete ibride o Ntn+²⁵). La concorrenza delle reti satellitari, specie nel caso degli operatori che già offrono servizi individuali in abbonamento ai privati, ambisce – per ora – a porsi quale potenziale antagonista dei piani governativi per la copertura delle c.d. *zone bianche* (suscitando i legittimi interrogativi degli operatori rispetto alla futura redditività delle infrastrutture fisiche installate, grazie al sostegno pubblico, nelle aree di scarso interesse per il mercato), ma non esautora l'infrastruttura terrestre²⁶. Perciò, proprio nel momento in cui gli Stati nazionali sembrano più in affanno nell'inseguire lo sviluppo del 5G Ntn (*non-terrestrial networks*), l'integrazione sul modello delle c.d. *reti ibride*²⁷ potrebbe forse offrire una rinnovata centralità ai beni pubblici, le cui condizioni d'accesso continuano a rivestire una certa influenza quale strumento di monitoraggio e governo del settore, aiutando il legislatore nell'affannosa ricerca di nuovi mezzi di controllo del mercato e dei suoi *players*.

2. Macro o micro-economie?

Secondo ISPRA²⁸, in Italia nell'anno 2023 erano attivi all'incirca 85.000 impianti SRB a servizio della telefonia mobile, con un *trend* in costante crescita²⁹. A subire un forte incremento sono stati, in particolare, i *siti* SRB, per effetto della progressiva estensione della rete 5G³⁰, che – utilizzando bande di frequenza

²³ P. LICATA, *Tlc, le reti satellitari soppianderanno quelle mobili?*, in [CorCom](#), 29 gennaio 2025 (con riferimento allo studio a cura di Strand Consult, *Will Leo satellite Direct-to-Cellular networks make traditional mobile networks obsolete?*, Copenhagen, 2025), secondo cui “la premessa secondo cui i servizi D2C satellitari Leo renderebbero le reti cellulari terrestri ridondanti ovunque offrendo la parità di servizio appare molto improbabile, e certamente non con l'attuale generazione di satelliti Leo in fase di lancio. L'altitudine dei satelliti Leo (300 – 1200 km) e le bande di frequenza utilizzate per la maggior parte dei servizi cellulari terrestri (da 600 MHz a 5 GHz) rendono molto difficile e persino poco pratico raggiungere la parità di qualità e capacità con le reti cellulari terrestri esistenti”.

²⁴ EUSPA, *GNSS and Secure SATCOM. User Technology Report*, 2025, consultabile sul [portale istituzionale EUSPA](#).

²⁵ D. DI LABIO, *Tlc ibride: i vantaggi di reti terrestri e satellitari integrate*, in *Agenda Digitale*, 5 marzo 2025.

²⁶ STRAND CONSULT, *Will Leo satellite Direct-to-Cellular networks make traditional mobile networks obsolete?*, cit., p. 28, secondo cui “l'idea delle reti satellitari D2C che rendono obsolete le reti cellulari terrestri è ambiziosa ma irta di limitazioni pratiche. Mentre i satelliti LEO offrono una portata senza pari in aree remote e poco servite, hanno difficoltà a eguagliare la capacità, l'affidabilità e la bassa latenza delle reti terrestri in ambienti urbani e suburbani. L'elevata densità di stazioni base nelle reti terrestri consente loro di gestire volumi di traffico molto maggiori, in particolare per applicazioni ad alta intensità di dati”, sicché “D2C networks are better suited as an extension to terrestrial networks, filling coverage gaps rather than replacing them entirely”.

²⁷ F. BASSANINI, *L'industria italiana dello spazio nella competizione internazionale: lo stato dell'arte*, in *Astrid Rassegna*, n. 11, 2023, p. 8.

²⁸ Gli artt. 4 e 7 della legge n. 36/2001 affidano al Ministro dell'Ambiente l'istituzione del “catasto nazionale delle sorgenti fisse e mobili dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici e delle zone territoriali interessate”, che opera mediante integrazione dei dati dei singoli catasti regionali ai sensi del successivo art. 8, comma 1, lett. d). Il d.m. 13 febbraio 2014 ha posto in capo all'ISPRA la competenza per l'aggregazione e la pubblicazione dei dati sul portale unico nazionale, disponendo che “l'informazione contenuta nel Catasto Nazionale deve essere messa a disposizione del pubblico e diffusa in formati facilmente consultabili ed accessibili, anche attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici”.

²⁹ I dati sono estratti dall' [portale dell'ISPRA](#).

³⁰ ASSTEL, *Rapporto sulla filiera delle telecomunicazioni in Italia*, cit., p. 167, secondo cui “la crescita del numero di siti è legata principalmente alla costruzione di nuovi siti per rispondere alle esigenze dei clienti e per lo sviluppo del 5G e ai piani dei fornitori per la costruzione di micro-coperture nei luoghi a maggior intensità di clienti e traffico”.

più alte³¹ – richiede una maggiore prossimità dell’utente alla sorgente e dunque impone una maggiore capillarità dell’infrastruttura fisica³². Dei circa 58.000 siti SRB censiti dall’Istituto, la gran parte (circa 49.000) sono di proprietà delle *tower companies* (ovverosia di imprese del segmento *wholesale-only*)³³, sicché – perlomeno con riferimento alla rete mobile – solo una porzione marginale dell’infrastruttura fisica è ancora effettivamente controllata dai gestori della rete. Il dato che desta maggior curiosità, tuttavia, è l’impegno che il legislatore ha profuso con riferimento ad un tema apparentemente marginale rispetto alle “macro-dinamiche”³⁴ dell’«ecosistema» delle telecomunicazioni³⁵, vale a dire l’aggiudicazione delle concessioni amministrative per l’uso del suolo pubblico (ed i relativi canoni), con una frenetica successione di interventi normativi (oltre, naturalmente, all’abrogato art. 93 del d.lgs. n. 259/2003, la materia è stata successivamente riformata con l’art. 68 del d.lgs. n. 70/2012, l’art. 64 della legge n. 221/2015, gli artt. 12 e 15 del d.lgs. n. 33/2016, l’art. 12 del d.l. 135/2018, la legge n. 12/2019, la legge n. 160/2019, il d.lgs. n. 207/2021, l’art. 40 del d.l. n. 77/2021, la legge n. 108/2021, il d.l. n. 36/2022, il d.l. n. 13/2023, il d.lgs. n. 48/2024). A livello europeo, il medesimo ambito è stato dapprima specificamente oggetto della direttiva 2014/61/UE e, successivamente, ha trovato collocazione organica nella direttiva 2018/1972/UE (*Codice europeo delle comunicazioni elettroniche*).

La legislazione primaria ed europea non esauriscono peraltro il novero delle fonti che concorrono a plasmare la materia, che interferisce con l’autonomia regolamentare ed impositiva dei Comuni, delle Province e delle Regioni, cui spetta definire l’entità delle tariffe locali, amministrando altresì le procedure (e le condizioni) di scelta del contraente privato (locatario, superficiario o concessionario), sulle quali a tutt’oggi manca un’univoca cornice legislativa.

A questo complesso intreccio normativo ha fatto seguito la germinazione di atti e formanti di varia specie, che – nel comune obiettivo di uniformare ed indirizzare l’interpretazione delle norme – hanno formalizzato soluzioni spesso discordi, coinvolgendo il Presidente del Consiglio dei Ministri³⁶,

³¹ R. MARINO, *Tutela precauzionale dall’inquinamento elettromagnetico e nuova tecnologia 5G*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2022, p. 6.

³² G. CHILI, *Il 5G in dieci punti*, in *il Mulino*, n. 5, 2020, p. 882 e 886, secondo cui “il 5G [...] può funzionare anche con le mini antenne ad alta frequenza (*mmWave*), operanti nella fascia dei 28 GHz, le quali, poiché consentono un’alta velocità e d’altro canto hanno un segnale più soggetto agli ostacoli e alle interferenze, dovranno essere molto diffuse sul territorio, soprattutto in città, spesso con campi d’azione sovrapposti per dare continuità al segnale”.

³³ ASSTEL, *Rapporto sulla filiera delle telecomunicazioni in Italia*, cit., p. 167.

³⁴ Su cui Agcom, *Piattaforme digitali e TELCO «worldwide» Evidenze consolidate economiche patrimoniali e reddituali*, nel [sito istituzionale dell’Autorità](#); F. BASSANINI – A. PERRUCCI, *Tutela della concorrenza e regolazione dei mercati digitali*, in *Rivista di Politica Economica*, n. 1, 2020, p. 137.

³⁵ Con tale suggestiva espressione – come puntualizza V. LOBIANCO, *L’ecosistema delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 23 – si rappresenta “l’insieme delle componenti infrastrutturali” della digitalizzazione.

³⁶ Direttiva 2 novembre 2023, in G.U. Serie Generale, 30 novembre 2023, n. n. 280, *Linee di azione nei procedimenti amministrativi in materia di realizzazione di reti pubbliche di comunicazione relative agli interventi da realizzare per l’attuazione del PNRR*.

l'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani³⁷, l'Agcom³⁸, il Dipartimento per la trasformazione digitale e gli operatori privati³⁹. Da ultimo, le difficoltà ermeneutiche hanno suscitato l'attenzione della Corte costituzionale⁴⁰, oltre che – ovviamente – della Magistratura amministrativa e di quella ordinaria. Nonostante questo collettivo ed intenso lavoro, tuttavia, il settore ancora arranca alla ricerca di uno stabile equilibrio⁴¹.

3. Terra, telecomunicazioni e concorrenza, tre snodi chiave.

Non è possibile riepilogare in questa sede il complesso decalogo di misure che hanno trovato applicazione negli ultimi anni⁴². Al fine di una ricomposizione sistematica della materia, tuttavia, è possibile fissare tre snodi chiave: la disciplina vigente sino al 12 febbraio 2019, la caotica fase transitoria intercorsa tra il 2019 e il 31 dicembre 2021, sino all'introduzione dell'attuale apparato legislativo, applicabile – nonostante qualche ambiguità – dal 1° gennaio 2022⁴³.

3.1. La disciplina vigente per i canoni maturati fino al 12 febbraio 2019: spazio all'autonomia privata.

Fino al giorno 12 febbraio 2019, il mercato “faceva il prezzo” mediante l'incontro di domanda ed offerta⁴⁴. Tanto sulla proprietà demaniale quanto su quella patrimoniale indisponibile (cd. *beni pubblici*)⁴⁵

³⁷ ANCI – IFEL, *Nota interpretativa. L'applicazione della nuova disciplina del canone “reti ed infrastrutture di comunicazione elettronica”*, 2 novembre 2021, testo consultabile sul [sito della Fondazione](#).

³⁸ Agcom, delib. nn. 510/10/Cons. e n. 622/11/Cons.

³⁹ Cfr. *Convenzione reti ultraveloci tra la Presidenza del Consiglio – Dipartimento per la trasformazione digitale, ANCI, Infratel Italia S.p.A., INWIT S.p.A., Open Fiber S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., FiberCop S.p.A.*, consultabile sul [sito dell'ANCI](#).

⁴⁰ Cons. Stato, sez. I, 3 luglio 2024, parere n. 1061; Corte cost. sent. n. 246/2020.

⁴¹ In letteratura, recentemente, A. D'ALESSANDRO, *Territorio, Stato e mercato: il caso della localizzazione degli impianti di telefonia mobile*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2024, pp. 11 ss.

⁴² Sulla successione dei regimi incentivanti per l'uso del suolo pubblico si rinvia a M. DÈCINA – A. MANGANELLI – A. PERRUCCI, *Le politiche di medio-lungo termine per sostenere gli investimenti infrastrutturali*, in F. BASSANINI – A. PERRUCCI (a cura di), *Telecomunicazioni: una politica industriale per la doppia transizione*, il Mulino, Bologna, 2024, pp. 73 ss.; M. MINOZZI, *La situazione del mercato italiano delle comunicazioni elettroniche e gli interventi di policy di breve termine*, ivi, pp. 95 ss.; A. MANGANELLI, *Co-investimento, Wholesale-only e “Rete unica”: un'analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle Telecomunicazioni*, cit., pp. 127 ss.; F. DALLA BALLA, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica*, in *Munus*, n. 3, 2022, pp. 586-597; con riferimento al profilo tributario dell'esenzione IMU, Cass. civ., sez. V, ordinanza 23 maggio 2024, n. 14518.

⁴³ C.G.A.R.S., 31 maggio 2023, parere n. 292; T.A.R. Emilia-Romagna (Parma), sez. I, 29 novembre 2024, n. 352; Trib. Treviso, sez. I, 25 febbraio 2025, n. 277.

⁴⁴ In continuità con l'evoluzione generale dell'istituto concessorio sul modello giuridico della concessione-contratto, nell'ambito del quale “è evidente [...] una separazione progressiva del contratto dal provvedimento, con un graduale accrescersi del ruolo del contratto e con sempre più larga penetrazione del diritto comune nei rapporti concessori” (A. ALTIERI, *Le concessioni amministrative*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2020, p. 7).

⁴⁵ Con la locuzione “*beni pubblici*” la letteratura tradizionale (A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V, p. 280) intende quella parte della proprietà pubblica caratterizzata da una specialità del regime giuridico, con riferimento alla quale l'Amministrazione dispone di particolari poteri autoritativi, con esclusione dunque

erano infatti applicate TOSAP e COSAP, ma nulla vietava agli operatori di offrire prestazioni o perequazioni ulteriori rispetto agli obblighi previsti dalla normativa tributaria⁴⁶. Le infrastrutture di telecomunicazione mobile, infatti, sono *asset* produttivi di grande rilevanza⁴⁷, che possono favorire una importante valorizzazione dei cespiti immobiliari⁴⁸. D'altronde, la tariffazione locale (T-COSAP) si limitava a prendere in considerazione la metratura della sezione orizzontale di sedime pubblico occupata dal basamento del palo e dalle opere correlate, assolutamente non rappresentativi dell'appetibilità commerciale del sito, né dell'ingombro volumetrico dell'impianto. In linea con le sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale⁴⁹, si considerava perciò irragionevole perseguire la massima valorizzazione della proprietà pubblica affidandosi al solo dato della superficie, posto che il traliccio telefonico sviluppa in altezza il proprio potenziale di reddito (in proporzione alla capacità di supportare una pluralità di antenne/operatori), può essere collocato a prescindere dalla destinazione urbanistica⁵⁰ dell'area (dunque su sedimi di diverso valore) e, anzi, può talvolta sfruttare infrastrutture già presenti (es. una torre di illuminazione o antincendio), con conseguente labile collegamento rispetto all'asservimento e/o occupazione del suolo. Fino all'entrata in vigore della legge n. 12/2019, perciò, nella materia dei canoni si era assistito ad un "arretramento" del potere autoritativo pubblico, surrogato da moduli negoziali⁵¹. Gli

dei cespiti gestiti in regime di diritto comune (*"cosiddetto patrimonio disponibile"*); cfr. sul punto anche L. RIPA, *Demanialità e interessi dei privati*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2023, p. 22, nota 41).

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2020, n. 3467; Corte app. Trento, sez. Bolzano, 13 novembre 2024, n. 121.

⁴⁷ Allorché i prezzi sono definiti dal mercato, la casistica riferisce di canoni locatizi annuali che, per ciascun impianto, ammontano ad € 50.000 (Comune di Venezia, determ. dir., 7 settembre 2021, n. 1728); € 30.000 (T.A.R. Lombardia-Milano, 10 ottobre 2024, n. 2628); € 24.000 (Trib. Pisa, 4 ottobre 2024, n. 1181); € 23.000 (Trib. Torino, 5 novembre 2024, n. 5539); € 19.000 (T.R.G.A. Trento, 5 giugno 2023, n. 85; Trib. Belluno, 26 settembre 2024, n. 315); € 18.000 (Trib. Monza, 25 novembre 2024; Comune di Brescia, det. dir., 23 dicembre 2015, n. 3125; Comune di Rovereto, delib. Giunta, 30 luglio 2004, n. 173; Corte app. Napoli, sez. IV, 12 gennaio 2025, n. 37); € 17.000 (Corte app. Napoli, 13 gennaio 2025, n. 37); € 16.000 (Corte app. Firenze, sez. III, 27 gennaio 2025, n. 124; Trib. Pescara, 3 aprile 2025, n. 394); € 16.650 (contratto del 12 ottobre 2015, n. 623); € 15.000 (Trib. Ancona, 28 ottobre 2024, n. 1824; Trib. Reggio Emilia, 5 giugno 2024, n. 647; Comune di Pistoia, atto rep. n. 138/2016); € 14.000 (T.A.R. Lombardia, 10 dicembre 2018, n. 2770); € 13.000 (Trib. Bolzano, sez. II, 13 dicembre 2024, n. 1067; Trib. Ragusa, 6 dicembre 2024, n. 1863; C.G.A.R.S., 31 maggio 2023, parere n. 292; Comune di Padova, delib. Giunta, 10 aprile 2018, n. 148); € 12.000 (Trib. Vicenza, 4 dicembre 2024, n. 466; Comune di Padova, delib. Giunta, 15 ottobre 2024, n. 578); € 10.500 (Corte app. Ancona, 25 gennaio 2025, n. 139); € 6.500 (Trib. Bergamo, 20 gennaio 2025, n. 77; Trib. Alessandria, 21 gennaio 2025, n. 38).

⁴⁸ Cfr. Corte app. Napoli, 13 gennaio 2025, n. 37, nell'ordine di € 1000 mq/anno di valore locatizio; Comune di Venezia, determ. dir., 7 settembre 2021, n. 1728, dal € 800 a € 1.700 mq/anno di canone concessorio.

⁴⁹ In questo senso, sembra utile richiamare le considerazioni espresse da Corte cost. n. 65/2001, secondo cui *"il solo criterio superficario può in concreto risultare sproporzionato per difetto rispetto al beneficio economico che il concessionario trae dallo sfruttamento della risorsa pubblica. [...] Ne consegue che il canone di proporzionalità alla superficie [...] deve essere considerato nulla più che una norma nella quale si concretizza, senza che in essa se ne esaurisca il contenuto, il principio di più ampia potenzialità qualificatoria – da assumere, questo sì, come fondamentale – di onerosità della concessione e di proporzionalità del canone all'effettiva entità dello sfruttamento delle risorse pubbliche che la concessione comporta e all'utilità economica che il concessionario ne ricava"*.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3575; sez. IV, 3 agosto 2017, n. 3891; sez. VI, 3 agosto 2018, n. 4794.

⁵¹ Nella letteratura storica, solo i beni patrimoniali erano considerati produttivi di reddito (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1957, vol. V, p. 407), mentre l'evoluzione più recente dimostra una chiara attenzione per le tecniche di valorizzazione economica dei beni in regime di diritto pubblico (V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in AA.VV., *Titolarità e regolazione pubblica dei beni*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 5; G. TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 246; L. MERCATI, *Pubblico*

impianti TLC erano esenti IMU e TASI⁵², nonché oggetto di uno sconto COSAP⁵³, ma – in relazione alle potenzialità di guadagno della singola infrastruttura – ciascuna Amministrazione locatrice poteva concordare (benché mai imporre⁵⁴) un canone di mercato. Ciò consentiva all'autonomia privata di plasmare le clausole contrattuali per adattare le condizioni economiche al singolo mercato territoriale, prevedendo – ad esempio – un incremento della tariffazione in misura proporzionale al *co-siting* di più operatori o l'assunzione da parte dell'ente pubblico di un ruolo di garante-intermediario tra l'interesse dei locatori privati e gli operatori, al fine di una pianificata distribuzione degli impianti⁵⁵.

A maggior ragione la libertà negoziale valeva (a tutt'oggi vale) per i contratti siglati con riferimento al patrimonio disponibile⁵⁶, che – rimanendo estranei al perimetro applicativo dell'imposizione pubblica (T-COSAP) – erano (e rimangono) soggetti al diritto comune delle locazioni e della proprietà superficaria, salvo che singole disposizioni, su specifiche categorie di beni, si pongano in deroga al codice civile⁵⁷.

3.2. Le legge n. 12/2019 conculca ogni libertà negoziale, restituendo centralità ai parametri impositivi COSAP e TOSAP.

La legge n. 12/2019, in sede di conversione del decreto legge n. 135/2018, ha rovesciato la prospettiva, escludendo qualunque spazio per l'autonomia contrattuale⁵⁸ sulla proprietà pubblica demaniale⁵⁹ o

e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare, Giappichelli, Torino, 2009; G. NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro. Verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in AA.VV., *Titolarità e regolazione pubblica dei beni*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 251).

⁵² Cass. civ., sez. V, ord. 23 maggio 2024, n. 14518.

⁵³ Previsto dal combinato disposto degli abrogati art. 93 del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, e art. 63, comma 2, lettera e), del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, come interpretato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Veneto, sez. III, 13 novembre 2024, n. 2682; T.R.G.A., 5 giugno 2023, n. 85; T.A.R. Firenze, sez. I, 27 dicembre 2022, n. 1537; T.A.R. Bologna, 20 luglio 2022, n. 562; 10 febbraio 2022, n. 145).

⁵⁴ T.A.R. Firenze, sez. I, 27 dicembre 2022, n. 1537.

⁵⁵ Comune di Treviso, delib. Cons., 13 ottobre 2020, n. 266, con riferimento all'acquisizione dei diritti d'uso dei campanili da parte dell'ente locale, al fine della loro ripartizione tra gli operatori nell'ambito di un “programma e progetto generale delle reti del servizio pubblico di telefonia mobile”.

⁵⁶ Fanno parte del patrimonio disponibile “i beni per i quali deve escludersi l'attuale ed effettiva destinazione a servizio pubblico e, viceversa, siano utilizzati dall'amministrazione proprietaria come beni economici concessi in godimento a privati al fine del semplice procacciamento di proventi patrimoniali” (M. ARSI, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. II, p. 1308); G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, cit., p. 36, riassume che i beni delle amministrazioni centrali sono per il 47% di natura demaniale, per il 38,68% di natura patrimoniale indisponibile e solo per il 9,26% afferiscono al patrimonio disponibile; viceversa, nel caso degli enti locali, solo il 3,64% ha natura demaniale, il 56,51% ha natura indisponibile e il 38,16% è classificato nell'ambito del patrimonio disponibile.

⁵⁷ V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, p. 20; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 1973, n. 670, in *Cons. Stato*, 1973, I, p. 1317.

⁵⁸ La legge n. 12/2019, in sede di conversione, inserì un nuovo art. 8-bis nel testo del d.l. n. 135/2018, che modificava l'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 33/2016, il quale recava l'interpretazione autentica dell'art. 93 del d.lgs. n. 259/2003.

⁵⁹ Trib. Ivrea, 16 aprile 2019, n. 394; Trib. Pavia, sez. III, 10 marzo 2023, n. 324; giurisprudenza definita “maggioritaria” da Trib. Pescara, 3 aprile 2025, n. 394.

indisponibile⁶⁰ (mentre sono rimaste salde le pattuizioni stipulate per l'uso del patrimonio disponibile)⁶¹. In estrema sintesi, sotto le “mentite spoglie” dell'interpretazione autentica⁶², il legislatore ha vietato alle Pubbliche Amministrazioni di incassare i corrispettivi già offerti dagli operatori, imponendo un riallineamento *ex lege* dei canoni concessori ai valori previsti in materia di tassa (o canone) per l'occupazione del suolo pubblico⁶³. La riforma ha sortito effetti alquanto afflittivi per le Amministrazioni, determinando l'improvviso venir meno di entrate già allocate a bilancio per l'intera vigenza della concessione⁶⁴. Ne è scaturita una fase di grandissima problematicità interpretativa (con riferimento alla retroattività⁶⁵, all'obbligo di prevedere “speciali agevolazioni”⁶⁶, all'imponibilità separata del *co-siting*⁶⁷), che si è ripercossa in un crescente volume di contenzioso⁶⁸ e, soprattutto, in un panorama della tariffazione locale irragionevolmente frastagliato. I regolamenti degli enti territoriali, infatti, dopo un ventennio di esautorazione delle prestazioni impositive⁶⁹ a favore accordi contrattuali integrativi o sostituiti delle

⁶⁰ Sulla sostanziale assimilazione del regime giuridico del patrimonio indisponibile a quello del demanio, S. AVANZI, *I corrispettivi per l'uso dei beni pubblici nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2004, p. 127.

⁶¹ In questo senso, si è ormai consolidato l'uniforme orientamento della magistratura ordinaria di secondo grado: Corte app. Trieste, sez. I, 25 febbraio 2021, n. 48; Trib. Modena, 10 ottobre 2022, n. 1192; Corte App. Venezia, 23 gennaio 2023, n. 2488; Corte app. Milano, sez. III, 19 ottobre 2024, n. 2799; Corte app. Napoli, sez. IV, 12 gennaio 2025, n. 37; Corte app. Ancona, 25 gennaio 2025, n. 139; Corte app. Firenze, sez. III, 27 gennaio 2025, n. 124; Corte app. Brescia, 24 marzo 2025, n. 284.

⁶² Tale qualificazione fu veicolata dal legislatore al fine di favorire l'interpretazione retroattiva della norma, che avrebbe determinato *ab origine* la nullità *ex art.* 1418 c.c. dei canoni concessori concordati dalle parti, con diritto del concessionario alla restituzione dell'intero indebitato versato nei precedenti dieci anni (per quanto non prescritto dall'art. 2935 c.c.). Tuttavia, Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2020, n. 3467, ritenne che la qualificazione in termini di interpretazione autentica fosse prettamente strumentale, trattandosi di un precetto di contenuto (*contra* T.R.G.A. Bolzano, 29 maggio 2019, p. 125).

⁶³ *Contra*, nella giurisprudenza costituzionale e in letteratura è stato sottolineato che “*in assenza di tale divieto*” sancito dall'interpretazione autentica dell'art. 93 del d.lgs. n. 259/2003 ad opera della legge n. 12/2019, “*ciascuna amministrazione potrebbe liberamente imporre obblighi pecuniari con l'inevitabile conseguenza di cagionare ingiustificate discriminazioni rispetto ad operatori che agiscono in altre realtà territoriali*” (E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, in *Giustamm.it*, par. 6). In realtà, il divieto di imporre oneri e canoni era già operante nell'art. 93 del d.lgs. 259/2003, sicché a venir meno furono soltanto gli importi pattuiti liberamente dall'accordo tra concedente e concessionario.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Comune di Pistoia, 6 giugno 2022, rep. n. 385, testimonia il repentino passaggio da un canone annuale di € 15.000 (per ciascun impianto), ad € 800.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2020, n. 3467; *contra* T.R.G.A. Bolzano, 29 maggio 2019, p. 125.

⁶⁶ T.A.R. Veneto, 10 settembre 2024, n. 2124; T.R.G.A. Trento, 5 giugno 2023, n. 85; T.A.R. Emilia-Romagna, 28 ottobre 2021, n. 890.

⁶⁷ Comune di Padova, delib. Giunta, 15 ottobre 2024, n. 578; Comune di Asti, delib. Giunta, 10 marzo 2015, n. 96; Comune di Livorno, delib. Giunta, 29 dicembre 2014, n. 564.

⁶⁸ E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, cit., par. 6; sul rilievo che le carenze regolatorie nel settore dei beni pubblici rovesciano “*con malagrazia le questioni ingarbugliate sul tavolo operatorio del giudice*”, M. DI BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4, 2017, p. 1567; sulla frequente deriva contenziosa del rapporto tra operatori ed enti locali, S. DEL GATTO – E. GIARDINO – G. SCIASCIA – S. SCREPANTI – F.V. VIRZÌ, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso “Telecom-Comune di Aggins”*, in L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2016, p. 127.

⁶⁹ Com'è noto, solo la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche era considerata un tributo, mentre il canone aveva natura di corrispettivo (Cass. civ., sez. trib., 2 ottobre 2019, n. 24541; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2022, n. 4660; Cass. civ., sez. un., 26 dicembre 2024, n. 34495).

imposte, non erano spesso pronti, aggiornati e coerenti alle necessità di una rapida ed ordinata transizione, presupponendo un'attenta opera di riordino, mediata dagli organi consiliari (*ex art. 52 del d.lgs. n. 446/1997*) e condizionata dalle relative priorità politico-amministrative⁷⁰. L'opera di faticoso ripristino delle tariffe regolamentari era peraltro destinata ad una breve applicazione interinale. La novella di cui alla legge n. 12/2019, infatti, è sopravvenuta nel pieno di una complessa transizione dai vecchi istituti di tariffazione risalenti agli anni '90 (T-COSAP) al nuovo canone unico patrimoniale (CUP), istituito dalla legge n. 160/2019, con decorrenza dall'esercizio di bilancio 2021.

Proprio in materia di impianti TLC, peraltro, l'iniziale disciplina legislativa del CUP si appalesava alquanto deficitaria, dedicando una sintetica menzione alla rete fissa (art. 1, comma 831), che però trascurava del tutto l'esistenza delle infrastrutture a servizio della rete mobile⁷¹.

A complicare le cose si è successivamente aggiunta l'interpretazione costituzionalmente orientata dei commi 816 e 817 della legge n. 160/2019, con cui la giurisprudenza ha fissato un limite alla discrezionalità del Consiglio comunale nella definizione delle tariffe CUP. In particolare, secondo numerosi arresti, per effetto dell'art. 23 Cost., l'Amministrazione non può in linea di principio utilizzare i nuovi istituti di tariffazione per imporre importi superiori a quelli riscossi dal singolo ente nell'esercizio di bilancio 2020⁷², in applicazione di istituti tributari ormai abrogati (c.d. principio di *invarianza del gettito*), determinando un curioso incastro di vincoli tra il nuovo CUP ed una serie di tariffe regolamentari locali non più esistenti. Ne è scaturito, in estrema sintesi, un ritratto caleidoscopico di prassi territoriali, singole vicende giurisprudenziali, regolamenti non aggiornati, regolamenti illegittimi inoppugnati⁷³, speciali agevolazioni, moltiplicatori⁷⁴, sovra-tariffazioni o immotivate esenzioni⁷⁵.

⁷⁰ In proposito, il ripristino della tariffazione TOSAP e COSAP in sostituzione degli accordi contrattuali ottenne spesso l'esito opposto, inducendo la politica locale a supplire all'improvviso disavanzo con l'introduzione di coefficienti e moltiplicatori (in questo caso sì, oggetto di imposizione unilaterale) e costringendo gli operatori all'instaurazione di complessi e delicati contenziosi (T.A.R. Firenze, sez. I, 27 dicembre 2022, n. 1537; T.A.R. Veneto, 22 giugno 2023, n. 885).

⁷¹ T.R.G.A. Trento, 5 giugno 2023, n. 85, ha colmato la lacuna soppesando "retroattivamente" la proporzionalità degli importi dovuti per l'anno 2021 in relazione ai coefficienti introdotti dal successivo gennaio 2022.

⁷² T.A.R. Toscana, 16 gennaio 2025, n. 40; T.A.R. Emilia-Romagna – Parma, sez. I, 29 novembre 2024, n. 352; Cons. Stato, sez. I, parere 20 agosto 2024, n. 1061; C.G.A.R.S., 31 maggio 2023, parere n. 292; T.A.R. Lazio, sez. II, 21 marzo 2022, n. 3248; T.A.R. Veneto, sez. III, 29 novembre 2021, n. 1427-1428.

⁷³ Cons. Stato, sez. I, parere 20 agosto 2024, n. 1061.

⁷⁴ T.R.G.A. Trento, 5 giugno 2023, n. 85; Comune di Venezia, det. dir., 7 settembre 2021, n. 1728.

⁷⁵ Nell'anno di riferimento per le aliquote CUP, perciò, alcuni Enti non avevano ancora aggiornato la propria contabilità al venir meno dei contratti; altri avevano applicato una tariffazione maggiorata anche di 100 volte per supplire alle minori entrate (subendo – in seguito – l'annullamento retroattivo dei relativi regolamenti da parte della giurisprudenza amministrativa); altri ancora, pur avendo introdotto identici aggravii, non erano stati destinatari di ricorsi per l'annullamento avanti al T.A.R., con perdurante vigenza delle relative disposizioni e tariffe illegittime; le Amministrazioni che avevano optato per il COSAP anziché per la TOSAP, avevano invece subito un'ulteriore compressione della potestà impositiva, dopo che la giurisprudenza amministrativa ritenne obbligatorie le "speciali agevolazioni" di cui all'art. 63, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 446/1997.

3.3. La nuova disciplina, vigente dal 1° gennaio 2022, crea più problemi di quanti non ne risolva.

Ciò ha spinto il legislatore a riformare nuovamente la materia, scolpendo – a poche settimane l’uno dall’altro – due nuovi principi cardine del settore. La legge n. 108/2021, in sede di conversione del d.l. n. 77/2021, ha introdotto un nuovo comma 831-*bis* nell’art. 1 della legge n. 160/2019, secondo cui gli operatori di rete mobile *“sono soggetti a un canone pari a 800 euro per ogni impianto insistente sul territorio di ciascun ente. Il canone non è modificabile ai sensi del comma 817 e ad esso non è applicabile alcun altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o a qualsiasi titolo richiesto, ai sensi dell’articolo 93 del decreto legislativo n. 259 del 2003 [...]”*.

Successivamente, il d.lgs. n. 207/2021 ha introdotto un nuovo art. 54 nel d.lgs. n. 259/2003, che riprende e parzialmente modifica il tenore letterale del previgente art. 93: *“le Pubbliche Amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni, i consorzi, gli enti pubblici economici, i concessionari di pubblici servizi, di aree e beni pubblici o demaniali, gli enti pubblici non economici nonché ogni altro soggetto preposto alla cura di interessi pubblici non possono imporre per l’impianto di reti o per l’esercizio dei servizi di comunicazione elettronica [...] oneri di qualsiasi natura o canoni ulteriori a quelli stabiliti nel presente decreto, fatta salva l’applicazione del canone previsto dall’articolo 1, comma 816, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, [...]*. Resta escluso ogni altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o titolo richiesto, come da art. 12 del decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 33, come integrato dall’art. 8 bis, comma 1, lettera c) del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, coordinato con la legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 12”.

Siffatta normativa trova eco coerente nella disciplina dell’autorizzazione unica, ove si precisa che - nel caso di impianti destinati ad essere installati sul suolo pubblico demaniale o indisponibile – il rilascio del titolo autorizzativo edilizio incorpora e sostituisce *“la concessione del suolo o sottosuolo pubblico necessario all’installazione delle infrastrutture”* (art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 259/2003). In questo modo, in continuità con quanto previsto dalla legge n. 12/2019, il legislatore ha equiparato con un’unica cifra forfettaria l’imposizione applicabile nelle più redditizie zone ad alta densità abitativa e quella prevista nelle aree a sostanziale fallimento del mercato⁷⁶.

Questo articolato, applicabile dal 1° gennaio 2022⁷⁷, introduce il terzo snodo temporale, con cui il legislatore ha provato ad escludere dalla materia delle concessioni ogni elemento di discrezionalità amministrativa⁷⁸. Perciò, secondo la prevalente giurisprudenza, sul patrimonio pubblico demaniale o

⁷⁶ E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, cit., par. 6, rimarca la *ratio legis* con riferimento all’obiettivo di evitare differenziazioni tra diverse “*realità territoriali*”; contra, G. TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, cit., p. 250, secondo cui “*in caso di utilizzazione esclusiva del bene demaniale*”, la valorizzazione economica dev’essere proporzionata “*in ragione dell’utilità economica che il concessionario ne ricava*”, posto che “*la vocazione reddituale del bene*” manifesta quantomeno “*un indice di capacità contributiva dell’utilizzatore*”.

⁷⁷ Il punto è stato, anche in questo caso, tutt’altro che pacifico (cfr. Cons. Stato, sez. I, parere 20 agosto, 2024, n. 1061).

⁷⁸ Disciplina “di favore per gli operatori”, come sottolinea C.G.A.R.S., 31 maggio 2023, parere n. 292.

indisponibile⁷⁹, la forfettizzazione di un “*canone uniforme, stabilito ex lege*” pari ad € 800, in combinato disposto con l’art. 54 del d.lgs. n. 259/2003, non lascia spazio per ad ulteriori imposizioni, pattuizioni⁸⁰ o prestazioni⁸¹ integrative.

In linea di principio, la giurisprudenza ha tracciato un bilancio positivo della nuova disciplina⁸², perlomeno per quanto concerne la chiarezza normativa sul breve periodo⁸³. Tuttavia – sul medio periodo, in parallelo alla progressiva scadenza dei titoli concessori – la nuova opzione legislativa sembra aver sostanzialmente aggravato le criticità ordinamentali, lasciando alla frammentata discrezionalità degli enti locali la soluzione di innumerevoli ambiguità ermeneutiche (cfr. *infra* 4.1 e 5).

Non minori perplessità desta il meccanismo impositivo previsto dal comma 831 con riferimento alla rete cablata. La norma impone al proprietario della rete un tributo in base al numero di utenze (fissato in € 1 o € 1,5 cadauna, rispettivamente per i comuni con popolazione superiore o inferiore a ventimila abitanti). L’imposizione è estesa *ex lege* anche agli operatori non concessionari del suolo pubblico, che tuttavia si avvalgono delle infrastrutture di concessionari terzi, in regime di interoperabilità o condivisione. Innanzitutto, tale disciplina aggancia il presupposto impositivo ad un dato difficilmente riscontrabile alle singole Amministrazioni locali, anche in virtù del fatto che l’eventuale inottemperanza non è corredata da un realistico apparato sanzionatorio. In secondo luogo, la rigida dicotomia normativa tra apparati radio (antenne) e infrastrutture cablate (rete fissa) recepisce un archetipo tecnologico ormai inattuale: anche le SRB della rete mobile funzionano efficientemente solo se connesse attraverso un cablaggio in fibra o, comunque, entro una prossimità non superiore a 50 m di distanza da una stazione dotata di allaccio ottico (cd. *backhauling*)⁸⁴. Infine, tali misure impositive lasciano sostanzialmente esenti gli operatori delle reti cablate *wholesale only* (privi, cioè, di un segmento *retail*), il cui *business* – quand’anche lucrativo – non riguarda l’erogazione di servizi diretti all’utenza, ma opera esclusivamente nel “mercato all’ingrosso” verso altri gestori. In carico a questi speciali concessionari residua infatti la sola imposizione quantificata nella misura minima inderogabile di € 800 all’anno, a prescindere dall’entità e redditività dell’infrastruttura di cavi e condutture effettivamente posseduta.

⁷⁹ Trib. Ivrea, 17 febbraio 2025, n. 261, secondo cui – al pari del previgente art. 93 – l’ambito applicativo dell’art. 54 deve ritenersi circoscritto al solo patrimonio indisponibile o demaniale.

⁸⁰ T.A.R. Veneto, 10 settembre 2024, n. 2124.

⁸¹ T.A.R. Lazio, 4 settembre 2023, n. 13580 (con riferimento a depositi cauzionali o diritti di istruttoria); T.R.G.A. Trento, 5 giugno 2023, n. 85.

⁸² T.A.R. Toscana, 26 febbraio 2024, n. 224; T.R.G.A. Trento, 5 giugno 2023, n. 85.

⁸³ Così, con riferimento all’analoga disciplina introdotta dalla legge n. 12/2019, E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, cit.

⁸⁴ C. FOTINA, *Per il 5G copertura al 90% solo nel 2026 ma non sarà una rete autonoma*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2025, p. 14, segnala che senza il rilegamento in fibra le SRB sono meno performanti, in termini di latenza, congestione e velocità. Secondo la mappatura di Infratel, “al 2026 le stazioni radio base prive di fibra saranno 23.702 su 76.323”, ma di queste solo “5.700 saranno in condizioni critiche perché lontane più di 50 metri da altre stazioni dotate di allaccio ottico”.

3.4. (...segue) Il limite ai profitti delle *tower companies*.

Il d.lgs. n. 207/2021, nell'ambito di una complessiva operazione di riordino del Codice delle comunicazioni elettroniche, ha traslato il testo del previgente art. 93 nell'attuale art. 54, con alcune importanti modifiche. In particolare, il divieto di riscuotere “*per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica*” canoni e corrispettivi “*di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o titolo*” è stato esteso anche ai “*concessionari [...] di aree e beni pubblici o demaniali*”.

In buona sostanza, laddove il traliccio privato sia insediato sul suolo pubblico demaniale o patrimoniale indisponibile, il proprietario beneficia della possibilità di versare all'ente concedente soltanto l'esigua tassa prevista dall'art. 831-*bis* per tutti gli impianti insediati nel territorio comunale. A sua volta, tuttavia, non può riscuotere canoni e corrispettivi da operatori terzi per l'uso della propria infrastruttura, che accede alla proprietà pubblica in regime agevolato. Il nuovo tenore letterale dell'art. 54 ha dunque applicato alle imprese private concessionarie lo stesso pesante divieto che la legge n. 12/2019 aveva imposto alle Pubbliche Amministrazioni⁸⁵.

Sennonché, per ragioni economiche e giuridiche, il settore delle telecomunicazioni è stato recentemente attraversato, nell'ultimo decennio, da profondi processi di destrutturazione degli operatori, ad esito dei quali oltre l'80% delle infrastrutture a servizio della rete mobile non sono più controllate dai gestori delle reti, ma da società terze, che sviluppano il proprio *business* sul controllo delle opere civili⁸⁶. Con un'addenda molto succinta al nuovo art. 54 del d.lgs. n. 259/2003, il d.lgs. 207/2021 ha vietato che l'infrastruttura insediata sul suolo pubblico (demaniale o patrimoniale indisponibile) possa essere utilizzata dal privato concessionario per ricavarne un profitto a scapito dei gestori delle reti, gettando il settore delle *tower companies* nell'incertezza.

La norma fatica tuttavia a trovare implementazione. Da un lato, infatti, gli enti proprietari – cui spetterebbe vigilare sulle condizioni che il concessionario applica ai terzi per l'accesso al suolo pubblico⁸⁷ – non dispongono di strumenti e competenze adeguati per supervisionare il mercato dei servizi all'ingrosso. Per altro verso, concedente e *tower company* si trovano paradossalmente accomunati dal consonante interesse alla traslazione dei cespiti nell'ambito del patrimonio disponibile e alla riqualificazione del rapporto concessorio in termini prettamente privatistici (locazione o diritto di superficie) al fine di sottrarsi – entrambi – all'applicazione al divieto di riscuotere canoni e corrispettivi derivante dall'art. 54.

⁸⁵ F. DALLA BALLA, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica*, cit., p. 602; recentemente, in giurisprudenza, Trib. Ivrea, 17 febbraio 2025, n. 261.

⁸⁶ ASSTEL, *Rapporto sulla filiera delle telecomunicazioni in Italia*, cit., p. 167.

⁸⁷ C. LONGO, *La valorizzazione dei beni demaniali e il codice dei contratti pubblici*, Tangram, Trento, 2020, p. 128.

4. Perché tanto interesse per una questione apparentemente tecnico-operativa?

4.1. Potenzialità e ambiguità interpretative dei commi 831 e 831-*bis* della legge n. 160/2019.

Nonostante alcune ambiguità giurisprudenziali, il canone unico patrimoniale prevede un meccanismo tributario del tutto diverso da quello previgente nell'ambito della disciplina T-COSAP. A seguito del correttivo introdotto dall'art. 40, comma 5-*ter*, della legge n. 108/2021, onerati del pagamento del canone di € 800 sono infatti “*gli operatori che forniscono i servizi di pubblica utilità di reti e infrastrutture di comunicazione elettronica [...] per ogni impianto insistente sul territorio di ciascun ente*”. Il presupposto impositivo è perciò l'insistenza dell'impianto di rete mobile (alla rete fissa è invece dedicato il comma 831) sul “*territorio comunale*”, nozione che non ha nulla a che vedere con quella di proprietà pubblica (o meglio, di “*demanio o patrimonio indisponibile*”), recata dai previgenti art. 38 del d.lgs. n. 507/1993 e art. 63 del d.lgs. n. 446/1997. La norma introduce un'imposta, benché di modesta entità, che grava in maniera paritaria tutti gli impianti della rete mobile, comunque ubicati entro i confini amministrativi dell'Ente locale, replicando un meccanismo impositivo simile a quello che, nel medesimo ambito del CUP, il comma 819 riserva alle affissioni. In precedenza, l'imposizione pubblica colpiva gli operatori in modo discontinuo, posto che gli impianti ubicati sulla proprietà privata e quelli agganciati sul traliccio esistente da un soggetto terzo rispetto al concessionario del suolo pubblico erano esenti dall'IMU, dalla TOSAP e dal COSAP.

D'altronde, la distinzione tra la nozione di “*territorio comunale*” e quella di “*proprietà pubblica*” ai fini delle imposte locali è espressamente rimarcata dalla legge n. 160/2019, nell'ambito della disciplina dell'IMU per gli immobili privati (comma 741) e dello stesso CUP (comma 819), laddove estende l'imposizione tributaria locale alla “*diffusione di messaggi pubblicitari, anche abusiva, mediante impianti [...] visibili da luogo pubblico o aperto al pubblico del territorio comunale*”. Il legislatore ha utilizzato un identico frasario con riferimento alle infrastrutture a servizio della rete mobile, allo scopo di applicare una tassazione uniforme tutti gli impianti TLC, in considerazione del fatto che le infrastrutture insediate sulla proprietà privata diramano il segnale sull'intero territorio comunale, sfuggendo ad ogni genere di imposizione pubblica, non essendo soggette ad IMU né alla tariffazione per l'uso del suolo pubblico. Come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, il legislatore ha voluto imprimere al CUP una *ratio* indennitaria relativamente all'aggressione del paesaggio⁸⁸, che slega l'imposizione dal mero presupposto dell'uso della proprietà pubblica, consentendo – ad esempio – la fiscalizzazione delle affissioni.

Tale disposizione risponde anche ad una necessità di parità di trattamento rispetto al disposto del comma 831, che applica agli operatori della rete fissa un'imposizione proporzionale alle utenze connesse sul

⁸⁸ T.A.R. Lombardia (Brescia), sez. II, 10 luglio 2023, n. 576.

territorio comunale. Per la rete mobile, il computo delle utenze⁸⁹ è sostituito da un importo forfettario, che – onde evitare evidenti dinamiche elusive – grava oggi indistintamente tutti gli impianti situati all'interno del *territorio* comunale, quand'anche sulla proprietà privata. In vigenza del previgente art. 93 del d.lgs. n. 259/2003, invece, l'infrastruttura insediata su un cespite di proprietà privata diramava la rete pubblica sfuggendo del tutto alla tariffazione locale (finendo peraltro per vanificare lo sforzo del legislatore nel favorire l'insediamento della rete sul demanio).

Benché, quindi, come anticipato, il combinato disposto dell'art. 54 del d.lgs. n. 259/2003 e del comma 831-*bis* della legge n. 160/2019 abbia ridotto considerevolmente i poteri impositivi e gli introiti della finanza pubblica locale, ha al contempo ampliato il novero dei soggetti passivi, applicando l'imposizione degli € 800 a due ulteriori categorie: a) gli operatori di rete mobile insediati sulla proprietà privata, b) gli operatori di rete mobile i cui impianti sono insediati non direttamente sulla proprietà pubblica, bensì su tralicci appartenenti ad altri operatori.

Il paradosso è che questa opportunità è stata spesso ingiustamente marginalizzata dagli enti locali⁹⁰, che hanno applicato il tributo in analogia a quanto già avveniva in vigenza del regime giuridico abrogato di TOSAP e COSAP⁹¹, trascurando che il comma 831-*bis* si applica *anche* – ma non soltanto – agli utilizzatori dei beni pubblici.

4.2. I beni in regime di diritto pubblico come strumenti di politica economica.

Non solo, dunque, il legislatore mostra una particolare sensibilità verso un tema apparentemente tecnico-operativo, ma – ed è questa l'annotazione più curiosa – focalizza questa massiccia attenzione su un singolo aspetto, speciale rispetto alla stessa disciplina dei canoni. L'art. 54 del d.lgs. n. 259/2003 vale esclusivamente per i beni riconducibili al patrimonio indisponibile o demaniale, sicché nel caso dei beni appartenenti al patrimonio disponibile delle Pubbliche Amministrazioni, devono essere applicati i canoni

⁸⁹ T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 luglio 2020, n. 481, secondo cui “*il criterio di calcolo [...] commisurato al numero complessivo delle utenze servite sul territorio comunale [...] non [è] applicabile alle stazioni radio base per telefonia mobile, stante l'assenza di un collegamento stabile tra l'utente e l'impianto, a differenza di quanto viene per altri servizi a rete*”.

⁹⁰ In proposito ANCI – IFEL, *Nota interpretativa. L'applicazione della nuova disciplina del canone “reti ed infrastrutture di comunicazione elettronica*, cit., secondo cui “*relativamente all'ambito di applicazione della norma in oggetto, si evidenzia come essa sia da considerarsi rivolta esclusivamente agli impianti localizzati in aree ricadenti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dell'Ente*”.

⁹¹ Decisivo, per il consolidamento di un'interpretazione svalutativa della riforma, il ruolo svolto dalla giurisprudenza: cfr., ad es., con riferimento all'applicazione del comma 831-*bis* alle sole “*occupazioni*”, T.A.R. Sicilia – Palermo, 21 febbraio 2025, n. 439-440; Trib. Udine, 29 gennaio 2025, n. 79; Trib. Bergamo, 20 gennaio 2025, n. 77; Cons. Stato, sez. I, parere 28 agosto 2024, n. 1061; C.G.A.R.S., 31 maggio 2023, parere n. 292.

localizzati liberamente negoziati dalle parti⁹², specie laddove scaturenti da una procedura competitiva tra più operatori⁹³.

I corrispettivi pattuiti dagli operatori per la locazione o l'acquisto di diritti su beni privati o riconducibili al patrimonio disponibile⁹⁴ delle Amministrazioni rimangono perciò oggetto dell'ordinaria disciplina privatistica delle obbligazioni⁹⁵. Al punto che, in quest'ultimo caso, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto occasione di statuire che l'Amministrazione può – anzi, deve⁹⁶ – bandire una selezione pubblica per aggiudicare il contratto di locazione all'operatore che offre un corrispettivo proporzionato al valore imprenditoriale dell'investimento⁹⁷.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore a focalizzare la propria attenzione sulle concessioni amministrative del suolo pubblico sono: 1) l'uso della leva pubblica per deprimere il prezzo di mercato; 2) l'affidamento riposto dagli operatori sulla stabilità degli investimenti realizzati sulla proprietà demaniale o patrimoniale indisponibile, già intrinsecamente destinata ad un fine pubblico o ad un pubblico servizio; 3) la possibilità di riservare in questo modo ai poteri pubblici una forma di controllo sull'infrastruttura fisica di rete e le condizioni di accesso alla stessa; 4) la possibilità acquisizione gratuita delle opere infrastrutturali alla scadenza della concessione, in caso di inerzia dell'operatore⁹⁸.

Andando per ordine. A partire dal d.lgs. n. 70/2012⁹⁹, il legislatore statale ha univocamente manifestato l'intenzione di limitare gli esborsi delle compagnie telefoniche per l'acquisto dei diritti necessari all'installazione e mantenimento delle infrastrutture di rete¹⁰⁰, come peraltro auspicato dalla direttiva 2014/61/UE. A tal fine, si è scelto di sfruttare la riserva di legge di cui agli artt. 23 e 97 Cost. per

⁹² Il legislatore ha infatti progressivamente limitato il potere impositivo degli enti locali, sicché tutti i vincoli alla riscossione di canoni e corrispettivi investono unicamente le categorie di beni soggette, un tempo, a TOSAP e COSAP, oggi al CUP, cfr. Corte app. Venezia, 23 gennaio 2023, n. 2488.

⁹³ T.A.R. Lombardia, 10 ottobre 2024, n. 2628.

⁹⁴ Trib. Vercelli, 14 febbraio 2025, n. 824; Trib. Udine, 29 gennaio 2025, n. 79; Corte app. Firenze, sez. III, 27 gennaio 2025, n. 124; Trib. Bergamo, 20 gennaio 2025, n. 77; 4 gennaio 2025, n. 1124; Trib. Salerno, 19 novembre 2024, n. 5500; Trib. Como, 4 settembre 2023, n. 947; Trib. Pavia, 13 marzo 2023, n. 324; *contra*, alcune isolate pronunce, tra cui Trib. Torino, sez. VIII, 27 novembre 2024, n. 5989; Corte app. Venezia, sez. II, 7 novembre 2024, n. 1957; Trib. Torino, 5 novembre 2024, n. 5539; *contra* Trib. Cuneo, 20 gennaio 2022.

⁹⁵ D'altronde, come sostenuto da Corte app. Ancona, 25 gennaio 2025, n. 139, “*ritenere che solo ai contratti di locazione stipulati dagli enti locali e non a quelli stipulati dai privati cittadini (si pensi ai ripetitori installati nei tetti dei condomini) si applichi imperativamente la riduzione del canone a quello pari al canone unico (di importo irrisorio rispetto al canone liberamente contrattato, come nella specie) comporterebbe conseguenze inammissibilmente discriminatorie*”.

⁹⁶ T.A.R. Lombardia, 10 ottobre 2024, n. 2628.

⁹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7535.

⁹⁸ Sul punto *infra* par. 7.

⁹⁹ L'art. 68 del d.lgs. n. 70/2012 ha introdotto l'obbligo per le Province ed i Comuni di introdurre, a favore degli operatori di telefonia mobile, “*speciali agevolazioni*” nei propri regolamenti COSAP, “*a fronte dell'interesse pubblico connesso all'erogazione dei servizi di rete*” (così T.A.R. Veneto, sez. III, 13 novembre 2024, n. 2682; T.A.R. Trento, 5 giugno 2023, n. 85; T.A.R. Bologna, 21 febbraio 2022, sez. II, n. 203).

¹⁰⁰ E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, cit., par. 6; sulla “*crisi strutturale delle Telco europee*” M. DECINA – A. MANGANELLI – A. PERRUCCI, *Le politiche di medio-lungo termine per sostenere gli investimenti infrastrutturali*, cit., p. 45.

comprimere il potere impositivo unilaterale degli enti locali (nei soli casi in cui questo sussiste, ovverosia per le installazioni di antenne realizzate sul patrimonio demaniale o indisponibile). La “concorrenza” di un concedente pubblico particolarmente vantaggioso (che – oggi, a seguito dell’introduzione del comma 831-*bis* nell’art. 1 della legge n. 160/2019 – mette a disposizione i propri cespiti previo il pagamento di un importo forfettario di € 800 all’anno¹⁰¹) ha sortito l’effetto di deprimere trasversalmente il mercato, ivi compreso quello delle locazioni private¹⁰².

In secondo luogo, il contraente pubblico offre maggiori garanzie di affidabilità all’impresa interessata ad investire in opere di utilità collettiva. Viceversa, il proprietario privato non è necessariamente interprete della stessa sensibilità dell’Amministrazione rispetto alle infrastrutture di servizio pubblico, ben potendo riservarsi la discrezionalità di ridestinare, alla naturale scadenza del contratto, i propri beni ad un uso alternativo o comunque cederne la proprietà a terzi interessati a svolgervi attività incompatibili. Per questo, nella scelta dei sedimi su cui far valere la leva finanziaria, il legislatore ha prediletto cespiti su cui – a norma degli artt. 822, 824 e 826 – è stata già impressa qualche destinazione pubblica. Su questa premessa si è talvolta allineata anche la regolamentazione locale¹⁰³, utilizzando gli strumenti urbanistici o regolatori per indirizzare gli operatori verso l’uso dei beni pubblici in senso tecnico¹⁰⁴, ovverosia appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile.

C’è infine una terza ragione per cui il legislatore ha ritenuto di incentivare soltanto l’uso del demanio. Le c.d. risorse correlate, ovvero l’insieme delle infrastrutture fisiche di supporto alla rete, costituiscono infatti un bene strategico per assicurare la copertura¹⁰⁵. Nella disciplina della concessione amministrativa, l’ente proprietario conserva un penetrante controllo¹⁰⁶ sulle condizioni che il concessionario applica ai terzi per

¹⁰¹ T.A.R. Veneto, 10 settembre 2024, n. 2124, secondo cui tale “*canone [...] risulta posto del tutto al di fuori dell’autonomia negoziale, con la conseguenza che, allorquando le parti convengano di rinnovare il titolo concessorio (e a prescindere dalla forma che possa assumere il rinnovo), l’importo dovuto resta qualificato secondo i parametri legali*”.

¹⁰² Sulla rinegoziazione del canone privato da € 18.000 ad € 1.500, cfr. Trib. Monza, 25 novembre 2024.

¹⁰³ Così, ad es., decreto del Presidente della Provincia autonoma di Trento, 20 dicembre 2012, n. 25-100/Leg, art. 3: “*anche al fine di tutelare l’ambiente e il paesaggio, la realizzazione di tali strutture deve soddisfare, nel rispetto delle normative di settore, i seguenti criteri generali di localizzazione: collocazione preferibilmente [...] in aree o su edifici di proprietà pubblica*”.

¹⁰⁴ I beni pubblici in senso tecnico (ovverosia quelle demaniali ed indisponibili; cfr. A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., p. 280) trovano base giuridica nell’art. 42 Cost., secondo cui la riserva di proprietà in capo agli enti pubblici “può avvenire solo per perseguimento di fini collettivi” (M. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit., p. 1279), anche se la distinzione “interna” ai beni pubblici, tra demanio e patrimonio indisponibile ha destato numerose perplessità in letteratura, posto che “*sia quelli dell’una che quelli dell’altra categoria servono [...] alla immediata soddisfazione di bisogni considerati d’importanza sociale*”, ma ad un criterio prettamente formale (A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., p. 280); M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 17, riepiloga la comprovata impossibilità di distinguere concettualmente il demanio dal patrimonio indisponibile.

¹⁰⁵ Direttiva 2018/1972, art. 2, n. 10.

¹⁰⁶ A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., p. 289, secondo cui nell’ambito della concessione del bene pubblico “*non può ammettersi che vi siano rapporti tra l’ente e il singolo, attinenti all’uso del bene pubblico, i quali siano retti esclusivamente dalle norme del diritto privato*”. La costituzione di diritti privati su beni pubblici, infatti, comporta “*un incremento fisiologico del numero e della complessità delle relazioni intersoggettive [...] in ragione della moltiplicazione dei soggetti coinvolti nella gestione e nella tutela dei beni e della contestuale «scomposizione» del tradizionale regime giuridico della proprietà pubblica*”, richiamando l’amministrazione all’obbligo di “*vigilare in maniera attenta e completa sulle loro vicende e, se necessario, intervenire tempestivamente a proteggerli da qualsiasi*

l'accesso all'infrastruttura fisica di rete¹⁰⁷, posto che il subingresso di terzi “*a titolo oneroso e dietro corrispettivo*” è condizionato all'autorizzazione e al gradimento dell'autorità¹⁰⁸ (anche se, in proposito, rimane difficile dire se i singoli enti – comuni, province, aziende sanitarie, società pubbliche *etc.* – posseggano davvero la capacità tecnica necessaria ad allestire una simile attività di programmazione e controllo, o – piuttosto – si limitino a riscuotere i proventi economici nell'ambito della gestione ordinaria)¹⁰⁹.

Molteplici ragioni hanno dunque indotto il legislatore a non agevolare in egual misura tutto il patrimonio pubblico, ma soltanto quello amministrato in regime di diritto pubblico.

A differenza di quanto avvenuto con le *tower companies* (cfr. *supra* 4.1), la *summa divisio* tra la disciplina dei canoni applicabile alle concessioni dei beni pubblici, rispetto a quanto previsto per i beni patrimoniali disponibili ha favorito la conflittualità tra i gestori delle reti e le Amministrazioni¹¹⁰, intenzionati a sussumere le relative concessioni-contratto nell'ambito della disciplina rispettivamente più conveniente, anche a prescindere al *nomen iuris* rubricato nelle scritture negoziali. Questo esito ermeneutico incorpora tuttavia un positivo paradosso: l'affrancazione dei contratti stipulati su beni disponibili dall'ambito di applicazione dell'art. 54 del d.lgs. n. 259/2003 ha preservato un'ampissima sezione del patrimonio pubblico – proprio quella che il legislatore ha, in linea di principio, disincentivato, prestandovi minore attenzione – dalle irrisolte problematiche di compatibilità con il diritto UE¹¹¹.

attentato alla loro destinazione pubblica e alla loro funzionalità”. Di questa “*trama di rapporti*” fanno parte anche quelli intercorrenti tra i concessionari dei beni, proprietari dell'infrastruttura privata edificata sulla proprietà pubblica, e “*i soggetti terzi che ne abbiano ottenuto l'utilizzazione economica, ovvero aspirino ad ottenerla*”, con riferimento – ad esempio – “*alle condizioni economiche e contrattuali previste per l'utilizzazione dei beni*” (M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., pp. 309 ss.).

¹⁰⁷ Cass. civ., sez. un., 3 luglio 2008, n. 18192; T.A.R. Puglia, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1167.

¹⁰⁸ Con riferimento a Cass. civ., sez. III, 26 aprile 2000, n. 5346, cfr. T.S. MUSUMECI, *Le subconcessioni dei beni demaniali*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 9, 2019, p. 1428.

¹⁰⁹ G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, cit., p. 243, in merito alle difficoltà incontrate delle amministrazioni nella valorizzazione del patrimonio pubblico, che “*spesso*” non è nemmeno “*esattamente conosciuto nei numeri*”.

¹¹⁰ Dipende anche da questo l'esacerbata conflittualità tra gli operatori e gli enti locali, descritta da S. DEL GATTO – E. GIARDINO – G. SCIASCIA – S. SCREPANTI – F.V. VIRZÌ, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso “Telecom-Comune di Aggus”*, cit., p. 127 ss.

¹¹¹ M. DI BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., p. 1547, rammenta che “*l'approccio sostanzialistico della concorrenza insegna a guardare i fatti prima delle tassonomie*”.

5. Dalle spiagge alle antenne¹¹²: gli incessanti ostacoli alla valorizzazione del patrimonio pubblico

Il legislatore ha trascurato che quello delle telecomunicazioni rimane indiscutibilmente un mercato concorrenziale¹¹³ e che l'efficiente competizione tra gli operatori si dispiega non soltanto con riguardo alla prestazione dei servizi agli utenti, ma anche rispetto all'accaparramento delle cd. *risorse correlate*, che costituiscono un "fattore di produzione" strategico nell'ecosistema delle telecomunicazioni¹¹⁴.

In linea generale, il mercato delle TLC non è soggetto alla direttiva 2006/123/CE (c.d. *direttiva Bolkestein*)¹¹⁵, dalla cui applicazione sono esplicitamente esclusi "*i servizi e le reti di comunicazione elettronica nonché le risorse e i servizi associati in relazione alle materie disciplinate dalle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE e 2002/58/CE*" (art. 2). Ciò, tuttavia, non esime le Amministrazioni dalla necessità di avvalersi di procedure e strumenti che consentano una regolare competizione tra gli operatori economici eventualmente interessati ad accaparrarsi l'uso della proprietà pubblica¹¹⁶ per il tramite di un contratto attivo¹¹⁷ (categoria che abbraccia indifferentemente il titolo concessorio¹¹⁸ o negoziale). Vengono infatti in rilievo gli artt. 49 e 56 TFUE¹¹⁹, nonché – nell'ambito del diritto derivato – la direttiva 2018/1972, che introducono vincoli per molti aspetti ancor più stringenti rispetto alla "direttiva servizi"¹²⁰.

¹¹² L'analogia è offerta dalla recente Corte cost. n. 246/2020, che – facendo seguito ad una lunga tradizione giurisprudenziale volta a conformare le concessioni balneari al diritto della concorrenza (Corte cost. nn. 109/2024, 112/2022, 108/2022, 139/2021, 10/2021, 222/2020, 221/2018, 118/2018, 109/2018, 40/2017, 117/2015, 171/2013, 213/2011, 233/2010, 180/2010) – ha affrontato il tema dell'occupazione di beni del demanio marittimo "*per l'esercizio di servizi di comunicazione elettronica*" (sul punto, A. LUCARELLI, *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2020, p. 2906 ss.).

¹¹³ La questione del rapporto tra beni pubblici e concorrenza è oggetto di vari contributi di tagli generale, tra cui M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004; A. LALLI, *I beni pubblici*, Napoli, 2015; M. DI BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., p. 1547.

¹¹⁴ L. SALTARI, *A che serve la "rete unica" di comunicazioni elettroniche in Italia?*, in *Munus*, n. 2, 2022, p. V, posto che – a differenza degli altri servizi di rete (ferrovie, gas, distribuzione dell'energia elettrica) – l'infrastruttura di trasporto dei dati è duplicabile, generando non solo una concorrenza nel mercato dei servizi, ma anche in quello parallelo delle infrastrutture.

¹¹⁵ CGUE, G.S., 30 gennaio 2018, cause riunite C-360/15 e C-31/16, *Visser*, par. 81, 82, 83.

¹¹⁶ CGUE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cit., par. 64.

¹¹⁷ P.M. ROSA SALVA, *I beni immobili pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, p. 108, sulla tendenziale convergenza verso una "disciplina unitaria" in materia di affidamento dei beni pubblici, sul presupposto che – secondo gli standard imposti dal diritto UE – tanto la concessione del patrimonio indisponibile/demaniale quanto la stipulazione di negozi privatistici sul patrimonio disponibile risultano riconducibili alla comune nozione di contratti attivi.

¹¹⁸ Cons. Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 579; 9 dicembre 2022, n. 10806.

¹¹⁹ M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, cit., 207.

¹²⁰ M. GNES, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole*, Franco Angeli, Milano, 2023, p. 18, secondo cui il più mite regime giuridico dell'art. 12 della direttiva Bolkestein prevede l'obbligo di una procedura di selezione pubblica e trasparente solamente nel caso in cui "*il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità di risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*", mentre tale presupposto non ricorre nell'art. 49 TFUE.

Innanzitutto, in presenza di contratti con la Pubblica Amministrazione che suscitino “*un interesse transfrontaliero certo*”, l’obbligo della gara (o comunque di una procedura competitiva trasparente¹²¹) discende direttamente dal Trattato¹²². L’interesse transfrontaliero non è necessariamente correlato all’entità economica del singolo affare aggiudicato dalla P.A.¹²³, ma sussiste “*nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un’impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello*” cui appartiene l’Amministrazione aggiudicatrice¹²⁴. Tali vincoli sussistono a prescindere dal fatto che “*il numero di autorizzazioni disponibili [...] sia limitato per via della scarsità di risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*”¹²⁵. Peraltro, nel caso delle autorizzazioni presupposte all’installazione della rete mobile¹²⁶, può ben accadere che – pur in assenza di una “scarsità” naturalistica del suolo¹²⁷ – sussistano ragioni, di ordine giuridico o pianificatorio, che rendono quel diritto d’uso potenzialmente unico e non replicabile da operatori terzi¹²⁸.

¹²¹ CGUE, G.S., 21 luglio 2005, causa C-231/2003, *Coname*, par. 21, secondo cui “*l’affidamento della concessione da parte del Comune*” deve rispondere “*a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un’impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione*”.

¹²² Come sottolinea CGUE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cit., “*le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell’ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 57 e 58 nonché giurisprudenza ivi citata)*”. Per questo “*una normativa [...] che*” non necessariamente esclude, ma anche solo “*ritarda il rilascio delle concessioni mediante una procedura trasparente di gara*” introduce “*a danno delle imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tali concessioni, una disparità di trattamento, vietata in linea di principio dall’articolo 49 TFUE*”.

¹²³ CGUE, sez. IV, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *Secap e Santorso*, par. 31.

¹²⁴ CGUE, G.S., 21 luglio 2005, causa C-231/2003, *Coname*. Su queste basi, ad esempio, la giurisprudenza ha valorizzato il luogo di esecuzione del contratto in prossimità del confine (CGUE, sez. IV, 15 maggio 2008, cit., par. 31), la “*natura*” della concessione demaniale finalizzata a consentire lo “*sfruttamento economico*” del bene pubblico (CGUE, 14 luglio 2016, cit., par. 63).

¹²⁵ CGUE, sez. III, 20 aprile 2023, causa C-348/2022, *AGCM c. Ginosa*, par. 42; sull’applicazione dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE ai casi che non presentano un interesse transfrontaliero, CGUE, G.S., 30 gennaio 2018, cause riunite C-360/15 e C-31/16, *Visser*, par. 99, 100, 101, 102; M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, cit., 212.

¹²⁶ Sull’assimilazione delle concessioni dei beni pubblici alla nozione europea di “autorizzazioni”, anziché a quella di concessioni, cfr. CGUE, 11 giugno 2009, causa C-300/07, *Hans*, par. 71.

¹²⁷ A differenza di quanto previsto dagli artt. 49 e 56 TFUE in materia di interesse transfrontaliero, l’ambito applicativo della direttiva 2006/123/CE è legato al diverso presupposto della scarsità della risorsa perché la *Bolkestein* è “*pacificamente applicabile anche alle situazioni puramente interne*” (così M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI – R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 219); sulla trasformazione dell’istituto concessorio in un’ottica escludente M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, Napoli, 2023, p. 193.

¹²⁸ È il caso, ad esempio, in cui nelle aree sottoposte a vincolo *ex lege* n. 42/2004 la soprintendenza acconsenta all’installazione di un solo impianto, posto che l’interesse pubblico alla connessione è assicurato dal primo operatore insediatosi e le esigenze della concorrenza nel mercato delle TLC non sono sufficientemente robuste da prevaricare la tutela paesaggistica (Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2024, n. 6515); in letteratura P. NASINI, *L’autorizzazione all’installazione delle “stazioni radio base”, tra necessità di implementazione tecnologica, tutela delle prerogative degli Enti competenti, bilanciamento degli interessi pubblici e privati e semplificazioni procedurali*, in F. DALLA BALLA (a cura di), *Sicurezza e concorrenza nelle telecomunicazioni*, Franco Angeli, Milano, 2025.

Il legislatore può agevolare le Amministrazioni nell'implementazione delle procedure, indicando “*criteri oggettivi*” in presenza dei quali l'affare sortisce presuntivamente un interesse transfrontaliero¹²⁹. Viceversa, la legislazione nazionale non può escludere a priori, in maniera automatica, una determinata categoria di beni dall'applicazione dell'art. 49 TFUE¹³⁰.

La Corte costituzionale¹³¹, la Corte dei conti¹³² e il Consiglio di Stato¹³³ hanno profuso particolare impegno nel censurare la logica *first come first serve*¹³⁴, in attuazione del principio secondo cui lo Stato membro ha il divieto di disciplinare ed amministrare le concessioni con modalità che, anche indirettamente¹³⁵, finiscano per favorire l'operatore nazionale¹³⁶ o quello storicamente consolidato¹³⁷. In estrema sintesi, la giurisprudenza interna ha maturato un generale consenso attorno ad alcuni snodi fondamentali: a) l'obbligo di affidamento della concessione “*con procedura di evidenza pubblica*”¹³⁸; b) l'estensione dei “*principi*” ricavabili dalle “*direttive comunitarie in materia di appalti*”¹³⁹, dalla normativa interna in materia di contratti attivi (d.lgs. n. 36/2023, art. 13, comma 5)¹⁴⁰ e contabilità pubblica (r.d. n. 2240/1923 e r.d. 827/1924¹⁴¹); c) la *durata* limitata (e non eccessivamente lunga¹⁴²) della concessione; d) il divieto di proroga o rinnovo

¹²⁹ CGUE, sez. IV, 15 maggio 2008, cit., par. 32.

¹³⁰ Tocca eventualmente all'ente pubblico concedente dimostrare al giudice nazionale quali “*circostanze obiettive*” lo abbiano indotto a dedurre l'inesistenza di un interesse transfrontaliero e dunque a rinunciare al coinvolgimento di più concorrenti (CGUE, *Coname*, cit., par. 19-20).

¹³¹ *Ex multis*, Corte cost. nn. 1/2019, 221/2018, 118/2018, 157/2017, 213/2011, 180/2010; in letteratura S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in *Munus*, n. 1, 2018, p. 373.

¹³² Corte conti, sez. giur. Lazio, 30 marzo 2009, n. 486.

¹³³ Cons. Stato, sez. VII, 24 giugno 2024, n. 5588.

¹³⁴ E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11, 2016, p. 1225; CGUE, *Coname*, cit., par. 19-20; *contra*, in passato, S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4, 2003, p. 356.

¹³⁵ CGUE, *Coname*, cit., par. 19.

¹³⁶ CGUE, *Coname*, cit., par. 17-18: “*L'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro [...]. Infatti, in mancanza di qualsiasi trasparenza, quest'ultima impresa non ha alcuna reale possibilità di manifestare il suo interesse ad ottenere la detta concessione*”; CGUE, 14 luglio 2016, cit.

¹³⁷ Corte cost. n. 109/2024 considera costituzionalmente illegittima “*la sostanziale chiusura del mercato di riferimento, a danno degli operatori economici che, per non aver in precedenza gestito il demanio marittimo, si vedevano ex lege preclusa la possibilità, alla scadenza delle concessioni in essere, di prendere il posto dei precedenti gestori. Ne derivava «un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo», con violazione dei parametri interposti (allora evocati dal ricorrente) del principio di parità di trattamento discendente dagli artt. 49 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento*”.

¹³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 1986, n. 805, in *Cons. Stato*, 1994, II, p. 455; sez. VII, 24 giugno 2024, n. 5588; M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. II, p. 1284; M. DE BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., p. 1553; P.M. ROSA SALVA, *I beni immobili pubblici*, Editoriale scientifica, cit., p. 121.

¹³⁹ Cons. Stato, sez. VII, 24 giugno 2024, n. 5588.

¹⁴⁰ P.M. ROSA SALVA, *I beni immobili pubblici*, cit. 109.

¹⁴¹ Cons. Stato, sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2662; 16 luglio 2024, n. 6380; in passato le norme in materia di contabilità dello Stato erano ritenute estranee al diritto delle concessioni di beni pubblici Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 1992, n. 441; CGARS, 21 giugno 1996, n. 215; in letteratura S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, cit., p. 356.

¹⁴² M. DE BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., p. 1554.

automatico¹⁴³ (salve le cd. *proroghe tecniche*, nelle more del completamento delle procedure di assegnazione¹⁴⁴); e) il divieto di riservare un “*diritto di insistenza*” al concessionario in scadenza¹⁴⁵, che sancirebbe un vantaggio per “*i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi*”¹⁴⁶.

D'altronde, anche l'art. 3 della direttiva 2018/1972 chiarisce che il *Codice europeo delle comunicazioni elettroniche* si prefigge proprio l'obiettivo di “*promuovere la concorrenza nella fornitura [...] delle risorse correlate*”¹⁴⁷. Tali s'intendono – secondo il c.e.c.e. – “*gli edifici o gli accessi agli edifici, il cablaggio degli edifici, le antenne, le torri e le altre strutture di supporto*”. Infine, la direttiva 2014/61/UE “*recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*” fa salvi i diritti del proprietario immobiliare (pubblico o privato) su cui l'infrastruttura è posta, rimarcando piuttosto la necessità che le autorizzazioni amministrative (categoria nell'ambito della quale, secondo il diritto europeo, devono essere sussunte le concessioni demaniali¹⁴⁸) siano rilasciate “*secondo criteri e condizioni oggettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*”¹⁴⁹.

Tuttavia, se – come sottolineato dalla giurisprudenza – il combinato disposto dell'831-*bis* e dell'art. 54 del d.lgs. n. 259/2003 vieta alle Amministrazioni di pattuire qualsivoglia onere aggiuntivo rispetto all'imposizione del CUP di cui all'art. 831-*bis* (€ 800 all'anno, rivalutati all'inflazione), su quali criteri oggettivi le Amministrazioni sono chiamate ad aggiudicare la procedura selettiva¹⁵⁰?

¹⁴³ Corte cost. n. 205/2011; Cons. Stato, sez. VII, 24 giugno 2024, n. 5588.

¹⁴⁴ P.M. ROSA SALVA, *I beni immobili pubblici*, cit., p. 121.

¹⁴⁵ T.A.R. Lombardia, 10 dicembre 2018, n. 2770; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764; con riferimento agli effetti distorsivi del diritto di insistenza sulle concessioni demaniali marittime AGCM, 20 ottobre 2008, AS481; E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 1224; tuttavia P.M. ROSA SALVA, *I beni immobili pubblici*, cit., p. 128, ritiene applicabile alle locazioni di beni disponibili il diritto di prelazione di cui all'art. 38 della legge n. 392/1978; in passato “*il cosiddetto «diritto di insistenza»*” era ritenuto “*principio generale [...] che si applica, in quanto principio, a tutti i beni*” (S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, cit., p. 357).

¹⁴⁶ Corte cost. n. 180/2010.

¹⁴⁷ La direttiva 2018/1972 mantiene forte l'accento sul tema della concorrenza: “*un efficiente livello di concorrenza basata sulle infrastrutture è il grado di duplicazione infrastrutturale in cui gli investitori possono ragionevolmente attendersi di ottenere un equo utile sulla base di ragionevoli aspettative circa l'evoluzione delle quote di mercato*” (considerando 27); “*la presente direttiva si prefigge di ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato e, in ultima istanza, di garantire che le comunicazioni elettroniche siano disciplinate esclusivamente dal diritto della concorrenza. Tenuto conto del fatto che i mercati delle comunicazioni elettroniche hanno mostrato una forte dinamica competitiva negli ultimi anni, è essenziale che gli obblighi regolamentari ex ante siano imposti unicamente in assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile sui mercati interessati*” (considerando 29).

¹⁴⁸ CGUE, 11 giugno 2009, causa C-300/07, *Hans*, par. 71.

¹⁴⁹ Come nota F. DALLE NOGARE, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 83, la tutela della concorrenza non è compito esclusivo della disciplina *antitrust*, ma quest'ultima presuppone una “*complementarietà*” con la disciplina settoriale: l'una provvede alla “*costruzione di un contesto di regole «a monte»*” per conformare ed indirizzare il mercato, l'altra interviene *ex post* per la repressione delle condotte delle imprese che ostacolano l'efficienza del settore.

¹⁵⁰ Il contrasto è evidente in T.A.R. Lombardia, 10 dicembre 2018, n. 2770, che dopo aver lungamente dissertato sull'obbligo di una riassegnazione del bene mediante una procedura ad evidenza pubblica, accoglie il motivo di ricorso volto a far valere la nullità dei canoni pattuiti; in letteratura G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 649, censura “*l'irrazionalità di modelli concessori a elevata discrezionalità nella selezione del concessionario, relativi alla utilizzazione di beni pubblici per lo svolgimento di un'attività produttiva*”.

Attraverso il calmier pubblico, i canoni finiscono per essere completamente slegati dai risultati economici attesi o conseguiti dai concessionari¹⁵¹, lasciando le Amministrazioni prive di strumenti per dialogare con il mercato, selezionare l'offerente ed esplorare la “*redditività del rispettivo progetto di sfruttamento*”¹⁵² (cd. *funzione segnaletica del sistema dei prezzi*¹⁵³), pregiudicando una proporzionata valorizzazione al bene pubblico¹⁵⁴. Ciò, d'altronde, in difformità dalle stesse previsioni della direttiva 2018/1972/UE, il cui art. 42 richiama esplicitamente i principi di proporzionalità e trasparenza, nel ribadire che “*gli Stati membri possono consentire [...] contributi per il rilascio [...] di diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse, usate per fornire reti o servizi di comunicazione elettronica e strutture correlate, che garantiscano l'impiego ottimale di tali risorse*”.

Emerge così in chiaroscuro la strada su cui il rinnovato regime dei corrispettivi sta pericolosamente incanalando il settore delle infrastrutture TLC¹⁵⁵. La forfettizzazione del canone ha reso problematico per le Amministrazioni assegnare il suolo destinato alle trasmissioni mediante una procedura ad evidenza pubblica con rilanci sul prezzo, posto che gli enti proprietari non possono incamerare nemmeno le somme che gli stessi operatori si erano resi disponibili a corrispondere per accaparrarsi l'uso del demanio

¹⁵¹ Già critico sul punto, A. LUCARELLI, *La concorrenza principio tiranno?*, cit., p. 2911: “*ci si domanda come lo Stato possa stabilire un generale divieto di intervento delle Regioni nella determinazione di canoni aggiuntivi per l'utilizzo di tratti di demanio idrico, a tutela della concorrenza, senza valutare caso per caso (e territorio per territorio) la funzione sociale di un simile intervento dell'ente pubblico. Senza consentire la possibilità di valutare sui territori le esigenze ed i bisogni concreti delle comunità, in particolare rispetto all'erogazione di servizi di natura sociale*”.

¹⁵² E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 1225; con riferimento all'obbligo di allestire una procedura selettiva per il rinnovo delle concessioni del suolo pubblico finalizzata posa di impianti di telecomunicazione, cfr. T.A.R. Lombardia, 10 dicembre 2018, n. 2770.

¹⁵³ G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 73.

¹⁵⁴ Tale esigenza di elasticità diviene a maggior ragione pressante con riferimento all'eterogeneità materiale e giuridica dei beni pubblici. Il patrimonio indisponibile – come nota G. FALZONE, *I beni del “patrimonio indisponibile”*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 244 ss. – “*risulta costituito da beni assolutamente diversi che, tra loro, presentano caratteristiche differenti*” e rendono impossibile “*tentare la riduzione ad un concetto unico dei beni indisponibili*” ai fini dell'assoggettamento ad un regime giuridico unitario. Con riferimento al demanio, la letteratura ha messo in luce l'eterogeneità delle molte discipline settoriali che recano il regime specifico delle singole categorie di beni (demanio idraulico, marittimo, militare *etc.*), rispetto alle quali la disciplina codicistica si pone in “*larga parte come disciplina residuale, anche per la ampiezza, la numerosità e la minuziosità della legislazione speciale*” (G. PALMA – P. FORTE, *I beni pubblici in appartenenza individuale*, in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario AIPDA 2003*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 277); sulla proporzionalità tra il canone ed il valore che il concessionario può trarre dall'uso del sedime pubblico, si rinvia a G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, cit., p. 52.

¹⁵⁵ Anche la letteratura più diffidente rispetto all'emarginazione dei poteri locali dalla possibilità di incidere sulla pianificazione della rete riferisce l'esistenza di un apparato di “*convenzioni*” stipulate dalle amministrazioni “*con gli operatori del settore per semplificare ulteriormente taluni aspetti procedurali amministrativi*”, a seguito di “*contatti informali o un'interlocuzione tecnica*” (S. DEL GATTO – E. GIARDINO – G. SCIASCIA – S. SCREPANTI – F.V. VIRZÌ, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso “Telecom-Comune di Aggus”*, cit., p. 145), richiamando implicitamente l'opportunità che la negoziazione avvenga con ricorso a procedure pubbliche idonee a salvaguardare i principi di trasparenza e parità di trattamento tra tutti i *players* interessati.

e del patrimonio indisponibile¹⁵⁶, a pena di nullità delle clausole del contratto accessivo alla concessione¹⁵⁷, in applicazione dell'art. 1339 cod. civ.

Ciò ha favorito la germinazione di prassi assai discutibili alla luce del diritto dell'Unione¹⁵⁸. Innanzitutto, viene in evidenza la pattuizione dei rinnovi automatici¹⁵⁹. Molte Amministrazioni (talvolta con il conforto dell'autorità giudiziaria¹⁶⁰), considerate le difficoltà di celebrare una procedura ad evidenza pubblica sulla scorta di criteri oggettivi¹⁶¹, provvedono alla mera prosecuzione titoli in essere¹⁶², sovente – per effetto della disciplina codicistica – senza poter garantire la contendibilità dei diritti d'uso del suolo pubblico¹⁶³. Più recentemente, va emergendo una terza dinamica di mercato, per certi aspetti ancor più controversa¹⁶⁴,

¹⁵⁶ Secondo T.R.G.A. Bolzano, 29 maggio 2019, n. 125, qualsivoglia “diverso assetto convenzionale, che preveda il pagamento di canoni concessori eccedenti il limite legale” si tradurrebbe “in uno strumento elusivo del paradigma normativo che, posto a tutela di interessi primari, limita l'onere economico del concessionario”; cfr. altresì T.A.R. Veneto, sez. III, 29 novembre 2021, n. 1427.

¹⁵⁷ Questo perché il disciplinare di concessione non ha la natura di atto sostitutivo del provvedimento a norma dell'art. 11 della legge n. 241/1990, ma “in ogni procedimento relativo a concessioni su beni pubblici è dato riscontrare costantemente due atti, uno unilaterale dell'amministrazione e [...] il contratto” che “pur essendo distinti sono coordinati ed interdipendenti” (M. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit., p. 1284).

¹⁵⁸ Cfr., in materia di telecomunicazioni, T.A.R. Lombardia, 10 dicembre 2018, n. 2770, secondo cui “il rinnovo equivale ad un nuovo affidamento e, come è noto, ogni nuovo affidamento deve svolgersi mediante una gara pubblica”.

¹⁵⁹ Corte app. Napoli, sez. IV, 12 gennaio 2025, n. 37; Corte app. Milano, sez. III, 23 ottobre 2024, n. 2799 (9 anni rinnovabili); Comune di Padova, delib. Giunta, 15 ottobre 2024, n. 578; Trib. Pisa, 4 ottobre 2024, n. 1181 (5 rinnovi, di 6 anni in sei anni); Trib. Belluno, 26 settembre 2024, n. 315 (dal 2001); Comune di Abbadia San Salvatore, delib. Giunta, 9 luglio 2024, n. 86 (dal 2003 al 2029, segue rinnovo automatico ogni 6 anni); Comune di Ricegno, delib. Giunta, 28 novembre 2023, n. 65 (18 anni, scaturenti da tre distinti rinnovi); Formigine Patrimonio s.r.l., determina 22 novembre 2023; Comune di Grugliasco, delib. Giunta, 11 aprile 2022, n. 73, (rinnovo automatico ogni 9 anni); Comune di Biella, delib. Giunta, 9 dicembre 2019, n. 443 (rinnovo automatico ogni 9 anni); Comune di Cuneo, det. dir., 1° febbraio 2018, n. 164; Comune di Biella, delib. Giunta, 17 ottobre 2016, n. 362 (rinnovo automatico ogni 6 anni); Comune di Alessandria, contratto 26 aprile 2016, rep. n. 898; Comune di Cittadella, deter. dir., 17 marzo 2016, n. 279; Comune di Biella, delib. Giunta, 27 maggio 2003, n. 279.

¹⁶⁰ Trib. Torino, 5 novembre 2024, n. 5539, secondo cui “l'art. 8-bis del D.L. n. 135/2018, convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, si applica non solo ai canoni relativi ai periodi di vigenza delle concessioni, ma altresì alle indennità di occupazione per i periodi successivi”; cfr. altresì Trib. Pisa, 4 ottobre 2024, n. 1181.

¹⁶¹ T.A.R. Veneto, 10 settembre 2024, n. 2124, secondo cui “va [...] ritenuto che il contributo dovuto per l'occupazione dell'area deve essere determinato sulla base dei parametri legalmente prefissati [...] indipendentemente dalla eventuale scadenza del titolo concessorio”.

¹⁶² T.R.G.A., 17 gennaio 2022, n. 6; Comune di Imperia, delib. Giunta, 13 febbraio 2025, n. 43 (tot. 37 anni); Comune di Asti, delib. Giunta, 19 dicembre 2024, n. 532; Comune di Padova, delib. Giunta, 14 novembre 2017, nn. 491 (che fa seguito a 709/2008 e 887/1998); Comune di Brescia, det. dir., 23 dicembre 2015, n. 3125; Comune di Rovereto, delib. Giunta, 5 novembre 2013, n. 227 e 2 luglio 2024, n. 121 (tot. 49 anni); Comune di Padova, delib. Giunta, 11 novembre 2008, n. 778; M. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit., p. 1284, secondo cui “il rinnovo e la proroga della concessione, peraltro, non può mai essere tacito”.

¹⁶³ P.M. ROSA SALVA, *I beni immobili pubblici*, cit., p. 127, sulla necessità che l'Amministrazione locatrice/concedente, prima di assentire il rinnovo, provveda allo svolgimento di una seppur minima fase ad evidenza pubblica “volta a verificare, quantomeno, la presenza di altri soggetti interessati o la possibilità di conseguire offerte migliorative”.

¹⁶⁴ Non di rado – come si apprende dalle relative deliberazioni amministrative – questi accordi, sul patrimonio indisponibile o demaniale, sono stimolati da proposte economiche degli stessi operatori di incremento del CUP di cui al comma 831-bis. Tuttavia, sui beni ai quali si applica l'art. 54 del d.lgs. n. 259/2003, non può essere pattuita la concessione a titolo oneroso (cfr. T.R.G.A., 17 gennaio 2022, n. 6, per un caso in cui l'operatore ha favorito la proroga della concessione offrendo al Comune il versamento forfettario di € 15.000 in aggiunta al “canone annuo previsto dall'art. 1 comma 831 bis della legge n. 160 del 2019 pari ad euro 800”) e – nell'attuale contesto interpretativo – l'Amministrazione concedente rischierebbe in questo modo di essere esposta per la restituzione dell'indebito nei successivi 10 anni (art. 2033 cod. civ.).

legata alla conversione delle concessioni in essere in diritti a lungo termine, da venti a 99 anni¹⁶⁵, in considerazione degli ostacoli normativi che rendono problematico amministrare con formule trasparenti e competitive la gestione dei rinnovi periodici¹⁶⁶.

Il combinato disposto dell'art. 54 del d.lgs. n. 159/2003 e dell'art. 1, comma 831-*bis*, della legge n. 160/2019, perciò, porta al paradosso implicitamente evidenziato da una recente sentenza del Consiglio di Stato, con riferimento al caso di un impianto installato in forza di un contratto di nove anni, rinnovato senza gara di sei anni in sei anni, trasformato in un diritto di superficie trentennale, per un totale di complessivi 45 anni di fruizione privata del bene pubblico senza mai transitare da una procedura ad evidenza pubblica¹⁶⁷. La decontribuzione, d'altronde, vale indifferentemente per le zone a fallimento del mercato (cd. aree *bianche*) e per le zone cd. *nere*, rispetto alle quali l'interesse delle imprese è molto forte e, semmai, si pone un problema di “*ridondanza e sovrapposizione*” dell'infrastrutturazione¹⁶⁸.

Si tratta di un approdo cui il mercato dei titoli concessori perviene in modo crescente sul presupposto del calmierismo pubblico¹⁶⁹, che – tuttavia – è già stato stigmatizzato, in passato, dalla Corte costituzionale, secondo cui “*durate eccessive*” delle concessioni inevitabilmente “*stimolano gestioni inefficienti*”¹⁷⁰. Per questo non si concorda assolutamente con la recente giurisprudenza della Consulta, laddove ha incidentalmente apprezzato gli effetti del prezzo amministrato¹⁷¹.

¹⁶⁵ Comune di Carmiano, delib. Giunta, 24 gennaio 2025, n. 9 (tot. 43 anni); Comune di Savona, Settore 2 - Affari generali, risorse umane, 28 aprile 2025, prot. n. 38768; Comune di Imperia, delib. Giunta, 12 dicembre 2024, n. 409 (tot. 44 anni); Comune di Oderzo, delib. Giunta, 21 ottobre 2024, n. 174 (tot. 39 anni); Comune di Imperia, delib. Giunta, 3 ottobre 2024, n. 292 (tot. 45 anni); Comune di Cavarzere, delib. Consiglio, 27 marzo 2024, n. 16 (tot. 34 anni); Comune di Sant'Anastasia, delib. giunta, 20 giugno 2023, n. 220; Comune di Badia Polesine, delib. Giunta, 21 aprile 2023, n. 49 (33 anni); Comune di Alessandria, delib. Consiglio, 26 aprile 2022, n. 49 (plurimi impianti, tot. variabile dai 49 ai 43 anni); Comune di Mulazzano, delib. Consiglio 26 aprile 2022, n. 15 (tot. 99 anni); Comune di Susa, delib. Giunta, 22 marzo 2022, n. 26 (tot. 36 anni); Comune di Asti, delib. Consiglio, 7 febbraio 2022, n. 6; Comune di Trezzano sul Naviglio, delib. Giunta, 16 luglio 2021, n. 126 (tot. 33); Agenzia regionale per lo sviluppo dell'agricoltura calabrese, delib. dir. gen., 12 luglio 2021, n. 186/Gs (tot. 47 anni); Comune di Cervignano del Friuli, delib. cons., 21 dicembre 2017, n. 77 (30 anni); Comune di Brescia, delib. Giunta 7 giugno 2017, n. 311-312-313 (tot. variabile da 23 a 26 anni); Comune di Cadoneghe, delib. giunta, 21 dicembre 2016, n. 184 (34 anni); Comune di Borgo Val di Taro, delib. cons., 28 novembre 2016, n. 65 (33 anni); Comune di Erbé, delib. cons., 24 novembre 2016, n. 43 (22 anni).

¹⁶⁶ In questi termini, Comune di Alessandria, delib. Consiglio, 26 aprile 2022, n. 49.

¹⁶⁷ Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7535.

¹⁶⁸ L. SALTARI, *A che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in Italia?*, cit., p. X. Al punto che, ad es., nel Comune di Milano, nemmeno l'*ex incumbent* (TIM) gode più di un significativo potere di mercato (SPM).

¹⁶⁹ In questo senso, esplicitamente, Comune di Imperia, delib. Giunta, 3 ottobre 2024, n. 292; Comune di Asti, delib. Consiglio, 7 febbraio 2022, n. 6.

¹⁷⁰ Corte cost. n. 1/2019.

¹⁷¹ Corte cost. n. 246/2020, secondo cui “*l'art. 93 del cod. comunicazioni elettroniche costituisce espressione di un principio fondamentale della materia, «in quanto persegue la finalità di garantire a tutti gli operatori un trattamento uniforme e non discriminatorio, attraverso la previsione del divieto di porre a carico degli stessi oneri o canoni»*”; cfr. altresì Corte cost. nn. 336/2005, 450/2006, 272/2010, 47/2015; nei medesimi termini T.A.R. Veneto, sez. III, 19 settembre 2022, n. 1402; T.A.R. Brescia, sez. I, 31 gennaio 2020, n. 81); per un orientamento opposto, sempre in materia di canoni concessori per l'uso di beni demaniali, cfr. Corte cost. n. 65/2001, secondo cui “*né infine può essere condiviso l'ulteriore rilievo del remittente secondo il quale la materia [...] richiederebbe uniformità di regime economico a livello nazionale e sovranazionale, onde impedire che autonomi interventi regionali producano sfasature nella libera concorrenza e nella circolazione dei beni e delle merci nel mercato europeo. Il principio del libero scambio è, infatti, mal*

6. Spunti operativi...

Viste le molte tensioni ed ambiguità interpretative che gravano la materia, sembra utile coniugare alla disamina macro-economica alcuni spunti operativi, nelle more di una complessiva revisione delle norme, che – dopo i primi tre anni di vigenza – hanno già messo in luce gravi criticità ordinamentali.

6.1. (...) per le Amministrazioni.

Il quadro giuridico vigente fa salvi i canoni (locatizi o superficari) contrattualizzati per l'impianto di reti e servizi di telecomunicazione sul patrimonio disponibile, ma richiama altresì le Amministrazioni ad una particolare prudenza nel rinunciare ai corrispettivi pattuiti, anche per l'uso del patrimonio indisponibile o demaniale, specie se fissati con ricorso ad una procedura competitiva tra gli operatori interessati. L'alterazione postuma *ex lege* delle condizioni di aggiudicazione costituisce infatti un'eventualità controversa, proprio alla luce delle coordinate ermeneutiche imposte dal diritto europeo. Tale consapevolezza ha indotto la giurisprudenza nazionale ad un atteggiamento di particolare prudenza nella qualificazione del patrimonio pubblico concessionato nell'ambito del demanio o dei beni indisponibili. In particolare, il giudice ordinario ha fatto ampio uso del potere di riqualificare le concessioni amministrative in contratti materialmente privatistici (sottratti al divieto di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 259/2003), prescindendo dalla destinazione urbanistica¹⁷², dal *nomen iuris*¹⁷³ e dalla veste formale originariamente sancita dalle parti¹⁷⁴.

Per quanto riguarda le concessioni scadute o in scadenza, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁷⁵ ha già avuto modo di precisare che l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale contrastante con il diritto eurounitario si applica in egual misura ai giudici e ai “*funzionari amministrativi*”¹⁷⁶, sicché – in assenza di una procedura coerente con gli artt. 49 e 56 TFUE – i titoli, le proroghe ed i rinnovi eventualmente rilasciati devono essere trattati *tamquam non essent*. Il fatto che il titolo concessorio non sia

invocato di fronte a linee di indirizzo, di cui anche le Regioni possono essere interpreti nelle materie di loro competenza, intese a non deprimere il valore delle risorse naturali che costituiscono patrimonio pubblico”.

¹⁷² Trib. Ivrea, 16 aprile 2019, n. 394.

¹⁷³ Trib. Pordenone, 10 gennaio 2019, n. 30.

¹⁷⁴ Ammettendo in questo modo – “*a prescindere dalla qualificazione giuridica attribuita dalle parti o dalla Pubblica Amministrazione al rapporto posto in essere*” – la riscossione dei corrispettivi concordati in atti pur nominalmente intitolati come concessioni (Trib. Ivrea, 17 febbraio 2025, n. 261).

¹⁷⁵ Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17-18.

¹⁷⁶ Cons. Stato, 18 novembre 2019, n. 7874, secondo cui “*è un principio ormai consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (rectius non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario [...] costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari*”; Corte Conti, sez. reg. giurisd. Lazio, 30 marzo 2009, n.486 con riferimento alla responsabilità dei funzionari per “*l'omissione del ricorso alle procedure d'evidenza pubblica e l'omissione di qualunque valutazione circa l'economicità delle condizioni alle quali si è proceduto all'affidamento delle concessioni*”; CGUE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*; in letteratura S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La primazia del diritto europeo nei riguardi del diritto nazionale e i controlimiti*, in S. DEL GATTO – G. VESPERINI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 18.

messo a gara potrebbe determinare in capo all'Amministrazione una "doppia responsabilità", tanto verso l'operatore europeo indebitamente pretermesso (ad es. perché è stato privilegiato il contraente storico)¹⁷⁷, quanto verso il concessionario "in proroga", che ha investito e pianificato le proprie infrastrutture confidando sulla saldezza delle statuizioni amministrative.

Per l'Amministrazione, quindi, l'obbligo di gestire i rinnovi sulla base di una procedura pubblica, sulla scorta di criteri oggettivi, sussiste a prescindere dai vincoli eventualmente frapposti dalla normativa nazionale¹⁷⁸, a maggior ragione in virtù del fatto che – ai sensi della direttiva 2018/1972 – *“se la fornitura di comunicazioni elettroniche si basa su risorse pubbliche il cui uso è subordinato a un'autorizzazione specifica, gli Stati membri dovrebbero poter accordare all'autorità competente per il rilascio della stessa il diritto di riscuotere contributi per garantire l'uso ottimale di tali risorse, in conformità delle procedure previste dalla presente direttiva”* (considerando n. 99).

La devoluzione del suolo pubblico attraverso il ricorso a procedure aperte e trasparenti sortisce vantaggi che non si esauriscono nella corretta valorizzazione economica dei beni pubblico¹⁷⁹. Il ruolo del concedente si esplica infatti in due direzioni: la scelta *pro-concorrenziale* del concessionario e, attraverso l'attenta costruzione delle clausole del bando, la regolazione del rapporto concessorio¹⁸⁰. In proposito, il diritto europeo non fissa specifici criteri per l'affidamento delle concessioni, demandando alle autorità nazionali un'ampia discrezionalità nell'adattare le procedure alle peculiarità dei territori e alle esigenze imprenditoriali del mercato, purché siano salvaguardati *“i principi di imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità”*¹⁸¹.

I piani di *business* dei concorrenti possono essere premiati dall'Amministrazione anche con riferimento, ad esempio, al contenimento delle esternalità ambientali e del disturbo al paesaggio¹⁸². L'aspra competizione tra un numero crescente di operatori¹⁸³, le nuove necessità operative derivanti dall'avvento del 5G, i canoni pubblici ridotti ad un importo esiguo, il consolidamento di una normativa che sottrae gli impianti TLC ai vincoli della pianificazione urbanistica hanno favorito l'inarrestabile estensione della foresta di tralicci, specie in ambito urbano. Si tratta, tuttavia, di un esito inefficiente¹⁸⁴. Sovente queste

¹⁷⁷ CGUE, 23 maggio 1996, in C-5/94, *Lomas*, secondo cui – nell'ipotesi di danni provocati da una decisione amministrativa emanata in violazione del diritto dell'Unione europea – il *“diritto al risarcimento dev'essere riconosciuto in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi”*.

¹⁷⁸ A. GUERRIERI, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Cedam, Padova, 2021, p. 119.

¹⁷⁹ Sulla necessità di garantire criteri di determinazione dei canoni correlati al *“valore reddituale del bene e [...] all'attività economica ad esso connessa”*, cfr. M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, Napoli, 2023, p. 194.

¹⁸⁰ G. TORELLI, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, cit., p. 231-232; M. DI BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., p. 1552.

¹⁸¹ M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, cit., 213.

¹⁸² E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 1225.

¹⁸³ Sul recente ingresso, a partire dall'anno 2021, dei c.d. *hyperscalers* nella gestione delle reti cfr. V. LOBIANCO, *L'ecosistema delle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 40 e 43.

¹⁸⁴ G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., p. 73, sottolineano che quanto più la fruizione di un bene si approssima alla gratuità, tanto più quest'ultima *“genera una deresponsabilizzazione nelle scelte individuali”*.

infrastrutture – pur impattanti dal punto di vista paesaggistico ed edilizio – non sono sfruttate a piena capacità, a fronte della possibilità di concentrare su un unico traliccio più concorrenti in regime di condivisione o coubicazione/colocazione¹⁸⁵. Per converso, non è infrequente che, a distanza di pochi metri, sorgano due o più torri, ciascuna delle quali destinata ad ospitare i soli apprestamenti elettronici del costruttore¹⁸⁶.

Anche a prescindere dai poteri autoritativi spettanti all'Agcom, il mercato delle *risorse correlate* ha già spontaneamente promosso profondi processi di *unbundling*. In passato, infatti, le torri e le opere civili erano di norma di proprietà del gestore della rete; tuttavia – con l'evoluzione del mercato – le risorse *hardware* sono “ora offerte da società indipendenti, nate come spin-off di asset degli operatori TLC [...] che hanno acquisito indipendenza e piena autonomia nell'offrire i propri servizi agli operatori TLC”¹⁸⁷. L'estensione delle infrastrutture *wholesale-only* è stata incentivata dal legislatore europeo che – a partire dalla direttiva n. 2009/140/CE (recepita dal d.lgs. n. 70/2012) – ha imposto agli Stati membri di estendere la qualifica di “operatore delle telecomunicazioni” a tutti i proprietari di opere civili, torri ed edifici che supportano la rete, a prescindere dal fatto che essi siano anche concessionari delle frequenze¹⁸⁸. Le società delle torri, dunque, non effettuano trasmissioni, ma impernano il proprio *business* sulla gestione di un ecosistema infrastrutturale che copre l'intero territorio nazionale. Più la “rete” di infrastrutture fisiche è estesa e capillare, maggiore è il potere di mercato esercitato dall'impresa che ne è proprietaria nei confronti dei concessionari delle frequenze¹⁸⁹ (circostanza che ha già suscitato le contestazioni di alcuni operatori meno consolidati nel

di fruizione”, incentivando “fenomeni di inefficiente sovraconsumo”, mentre “l'introduzione di forme di compartecipazione ai costi [...] può contribuire a controllare la quantità del bene consumato, sfruttare almeno in parte la funzione segnaletica svolta dal mercato dei prezzi, agevolare l'instaurazione di meccanismi concorrenziali”.

¹⁸⁵ Secondo Agcom, delib. n. 622/11/Cons, “condivisione” è un termine generico che sottende “qualsiasi forma di sfruttamento in comune delle risorse fisiche passive in rete di accesso e in rete dorsale (quali, ad esempio, cavedi, cavidotti, condotti, edifici, incluso verticale di palazzo), con possibile concorrenza di proprietà e responsabilità”; viceversa, per “coubicazione” e “colocazione” sono sinonimi e “consistono nella condivisione di uno spazio da parte di più attori, che possono anche non avere alcuna relazione commerciale tra loro, per alloggiamento di apparati e componenti di rete”. Come sottolineato agli atti della consultazione pubblica, lo spazio in colocazione o co-ubicazione “può appartenere ad un ente terzo, che mette a disposizione i propri spazi (es. antenne radiomobili co-ubicate sul tetto di uno stesso edificio), senza che gli operatori abbiano stipulato alcun accordo tra loro, ma in presenza di un contratto stipulato dall'operatore con la proprietà dell'edificio”.

¹⁸⁶ Perciò il regime dei canoni finisce per depotenziare il diverso obiettivo perseguito dalla “legislazione primaria [...] orientata a promuovere la condivisione di strutture o proprietà, al fine di una più efficiente gestione del territorio, in luogo della più onerosa duplicazione di reti, sia in termini di impatto sull'ambiente che di costi” (L. MAROTTA, *L'installazione di reti di comunicazione elettronica e la condivisione di infrastrutture*, in *Munus*, n. 3, 2012, p. 571).

¹⁸⁷ V. LOBIANCO, *L'ecosistema delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 29.

¹⁸⁸ Sull'estensione normativa della nozione di operatore si rinvia a F. DALLA BALLA, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica*, cit., p. 577 ss.

¹⁸⁹ F. SARZANA di S. IPPOLITO – F. MARINI BALESTRA, *Comunicazioni elettroniche europee*, cit., p. 160, in merito al rischio che l'incentivazione del *wholesale-only* finisca per determinare un accentramento del potere di controllo della rete in capo ad uno o più operatori privati, per quanto non verticalmente integrati: “solo l'esperienza ci potrà dire se la potenziale riconcentrazione del mercato all'ingrosso in forma monopolistica condurrà a maggiori investimenti e benefici in grado di controbilanciare gli usuali difetti del monopolio. In altri termini, se da tematiche di discriminazione non si passerà invece a tematiche di inefficienza e di prezzi eccessivi, senza garantire migliori condizioni e qualità agli utenti”.

sistema infrastrutturale¹⁹⁰). Nonostante la *ratio* di semplificazione che permea l'intero d.lgs. n. 259/2003 a seguito della sua integrale riscrittura ad opera del d.lgs. n. 207/2021, l'art. 50 c.c.e. dedica alla co-ubicazione degli impianti una normativa gravida di condizionalità e appesantimenti procedurali, che impone il coinvolgimento dell'Agcom e la celebrazione di una consultazione pubblica, ad esito della quale la condivisione dev'essere comunque circoscritta ad "aree specifiche" per ragioni motivate¹⁹¹.

Si tratta, tuttavia, della stessa foresta di torri che, in buona parte, è insediata sul patrimonio pubblico. È opportuno, perciò, enfatizzare il ruolo – ingiustamente sottovalutato – che in questa partita deve giocare l'Amministrazione concedente, cui spetta presidiare le condizioni di accesso dei privati alla proprietà demaniale o patrimoniale indisponibile. I vincoli contrattuali che le *tower companies* applicano agli operatori delle TLC sono tendenzialmente sconosciuti all'ente pubblico, trattandosi di accordi privatistici negoziati tra le imprese. L'Autorità concedente avrebbe, tuttavia, l'onere di verificare che ai fornitori di rete subconcessionari siano applicate condizioni economiche legittime e non discriminatorie, oltre al fatto che la concessionaria non strumentalizzi la proprietà pubblica in funzione anti-concorrenziale, specie se condizionata da eventuali intrecci societari¹⁹².

In questa prospettiva, il ricorso al bando¹⁹³ consentirebbe anche di valorizzare, tra i criteri di aggiudicazione, le caratteristiche tecnico-progettuali dell'impianto, la possibilità di aggregare più operatori minimizzando l'impatto sul paesaggio e le condizioni applicate per la subconcessione ai fornitori di rete,

¹⁹⁰ CGUE – Tribunale, sez. VI, 13 novembre 2024, causa T-692/20, *Iliad Italia SpA*.

¹⁹¹ Le procedure previste dall'art. 50 del d.lgs. n. 259/2003 per imporre autoritativamente la coubicazione degli impianti mediante la condivisione dei tralicci sono circondate da appesantimenti procedurali che faticano ad indirizzare il mercato. A seguito della consultazione pubblica, avviata con la delibera n. 510/10/Cons, l'Agcom ha approvato il *Regolamento in materia di diritti di installazione di reti di comunicazione elettronica per collegamenti dorsali e coubicazione e condivisione di infrastrutture* (delib. n. 611/11/Cons), che reca poteri penetranti tanto nei confronti degli operatori privati quanto delle Pubbliche Amministrazioni (sul punto, L. MAROTTA, *L'installazione di reti di comunicazione elettronica*, cit., p. 570 ss.). In tale ambito, l'Agcom può imporre la condivisione di "edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto", esercitando poteri autoritativi che, in passato, si ritenevano vedevano come soggetti passivi i soli operatori delle telecomunicazioni (ivi, p. 589). Oggi, per effetto della direttiva 2009/140/CE, la nozione di operatore è stata estesa a tutti i soggetti anche solo "potenzialmente in grado" di mettere a disposizione del gestore della rete una torre, un traliccio, un edificio, un ingresso (F. DALLA BALLA, *Il diritto di accesso*, cit. p. 577; cfr. ad es. Agcom, delib. nn. 14/24/CIR; 47/23/CIR). Il proprietario dell'infrastruttura può opporsi al subingresso del concorrente qualora "siano disponibili, a condizioni eque e ragionevoli, mezzi alternativi di accesso all'ingresso all'infrastruttura fisica, adatti all'alta velocità".

¹⁹² Alcuni strumenti pro-concorrenziali di governo del mercato delle opere correlate vengono "indirettamente" recuperati attraverso altri istituti giuridici estranei all'ordinamento delle telecomunicazioni, ad esempio con riferimento ai poteri esercitati dalla Commissione europea nella prevenzione delle concentrazioni tra imprese (regolamento n. 139/2004). Ad es., CGUE – Tribunale, sez. VI, 13 novembre 2024, causa T-692/20, cit., riferisce che la fusione tra Vodafone Towers S.p.A. e INWIT era stata autorizzata purché la società incorporante rendesse disponibili a parti terze almeno 4.000 siti nelle zone più densamente popolate dei comuni con più di 35.000 abitanti.

¹⁹³ A.F. DI SCIASCIO, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative tra regime di proroga e (timida) apertura al mercato ed alla concorrenza*, in *Riv. Corte conti*, n. 1, 2022, p. 80. La devoluzione all'uso privato di un bene con destinazione pubblicistica (demaniale o indisponibile), mediante la concessione amministrativa, presuppone che "il concessionario utilizzi i diritti di esclusiva di cui è titolare in funzione del perseguimento degli interessi (pubblici) meta-individuali che giustificano la demanialità stessa del bene pubblico" e solo con il ricorso a "procedure selettive trasparenti" l'Amministrazione può riservarsi, in sede di bando, gli strumenti concreti di controllo.

che diverrebbero – su questo presupposto – palesi e conoscibili, onde evitare che il patrimonio pubblico concorra a consolidare l’oligopolio infrastrutturale e finisca per essere di ostacolo alla concorrenza¹⁹⁴.

Dove non “arriva” l’esercizio autoritativo del potere pubblico possono infatti spingersi le rivendicazioni del contraente pubblico, tenuto ad assicurare che il bene concesso non sia utilizzato dall’impresa in contrasto con l’interesse collettivo¹⁹⁵. Ciò sul presupposto di un superamento, anche per il tramite della disapplicazione per contrarietà al diritto europeo (o della declaratoria di illegittimità costituzionale) dell’art. 54 del d.lgs. n. 259/2003¹⁹⁶, che ha irrigidito irragionevolmente il regime concessorio, sottraendolo alla trasparente competizione tra le imprese¹⁹⁷.

6.2. (...) per il legislatore.

Rimane da chiedersi se il rinnovato assetto ordinamentale delle infrastrutture di rete, con riferimento alla capillarità ed efficienza delle risorse correlate, abbia dato buona prova di sé.

L’impianto scaturito dal d.lgs. n. 259/2003 e dalla legge n. 160/2019 si fonda su quattro pilastri:

- un picco nell’incentivazione economica dell’uso del suolo demaniale o patrimoniale indisponibile per lo sviluppo della rete mobile (art 54 del d.lgs. n. 259/2003 e art. 1, comma 831-*bis* della legge n. 160/2019);
- l’efficacia reale del titolo edilizio, che incorpora i diritti d’uso della proprietà pubblica (o, più propriamente, di quella in regime di diritto pubblico *ex* artt. 822, 824 e 826);
- la rinuncia implicita all’evidenza pubblica;
- la qualificazione degli impianti privati come opere di urbanizzazione primaria.

Questo combinato disposto ha paradossalmente ottenuto l’effetto opposto, facendo registrare la progressiva scomparsa del patrimonio indisponibile nell’ambito delle reti TLC¹⁹⁸.

¹⁹⁴ G. TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, cit., p. 246, richiama l’attenzione del concedente sulla necessità di strutturare il vincolo concessorio in modo da “valorizzare quelle utilità dirette” che un ottimizzato uso dei beni demaniali fornisce alla comunità, “indipendentemente dalla capacità di produzione di reddito in denaro”.

¹⁹⁵ M.C. GIRARDI, *La proprietà pubblica*, cit. p. 193.

¹⁹⁶ D’altronde, benché l’obbligo di disapplicazione incomba anche sull’autorità amministrativa, “quest’ultima modalità di operare del primato del diritto UE è particolarmente esigente nei confronti delle autorità amministrative nazionali e, infatti, è raramente osservata nella pratica”, anche in virtù del fatto che “le autorità amministrative non possono ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE”, (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La primazia del diritto europeo nei riguardi del diritto nazionale e i controlimiti*, cit., p. 18).

¹⁹⁷ In letteratura, G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 646, sulla necessità che la concessione del suolo pubblico si conformi in modo rigoroso al principio di “parità di accesso degli operatori economici alla fruizione imprenditoriale dei beni pubblici”.

¹⁹⁸ M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., p. 71, nota 118, secondo cui l’ambito del patrimonio indisponibile non può “essere allargato a dismisura, attraverso un’estensione indebita delle nozioni di «pubblico servizio» e di «bene destinato a pubblico servizio», pena altrimenti la sostanziale scomparsa o, comunque, la riduzione a un’entità irrisoria della categoria dei beni patrimoniali disponibili”.

Come esaminato nel secondo paragrafo, l'attenzione dell'ordinamento è stata focalizzata in modo davvero massiccio (a tratti sovrabbondante) sull'uso dei beni pubblici demaniali o patrimoniali indisponibili che, nella prospettazione del Codice, costituiscono i cespiti prediletti per lo sviluppo della rete, al punto che la fruizione è ammessa in condizioni di sostanziale gratuità (dato che, a norma del comma 831-*bis* della legge n. 160/2019, l'imposizione¹⁹⁹ di € 800 grava indistintamente tutti gli impianti insediati nel territorio comunale, a prescindere dall'asservimento della proprietà pubblica²⁰⁰). Sennonché, nell'ambito delle reti di telecomunicazioni, l'afferenza dei beni in concessione al patrimonio indisponibile si appalesa sempre più come un'ipotesi eccezionale, anziché come regola generale. Trapela dalla giurisprudenza ordinaria ed amministrativa il comprensibile timore di evocare un contrasto con la normativa europea²⁰¹ (destinato – prima o dopo – a suscitare l'attenzione della Corte di Giustizia²⁰²), oltre all'inevitabile diffidenza rispetto alla possibilità di squilibrare in corso di esecuzione le condizioni originariamente offerte dal concessionario per accaparrarsi il diritto d'uso del suolo, prevaricando eventuali concorrenti. Per questo, le Corti hanno profuso particolare impegno nel soppesare l'effettiva afferenza dei beni in concessione al patrimonio indisponibile²⁰³, indagando con rigore la sussistenza delle condizioni prescritte dall'art. 826 cod. civ., allo scopo di ricondurre nella massima misura possibile i rapporti concessori al patrimonio disponibile e dunque al diritto delle locazioni²⁰⁴, a prescindere dal *nomen iuris* che le parti hanno impresso al negozio²⁰⁵. Innanzitutto, un bene non appartenente al demanio²⁰⁶ può rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili soltanto se “l'effettiva attuale destinazione [...] al pubblico servizio” (c.d. requisito oggettivo) sia accompagnata da “un atto amministrativo da

¹⁹⁹ T.A.R. Lombardia (Brescia), sez. II, 10 luglio 2023, n. 576, secondo cui – con riferimento alle imposizioni CUP che, come le affissioni pubblicitarie, non presuppongono l'asservimento del suolo pubblico – “il bene pubblico di cui viene autorizzato un uso particolare è meno facilmente individuabile, in quanto ha carattere immateriale, ma può essere fatto coincidere con il paesaggio urbano”, per cui si tratta “di corrispettivi e non di tributi”.

²⁰⁰ Cfr. *supra* 4.1.

²⁰¹ Corte cost. n. 180/2010, secondo cui la normativa che impedisce “una procedura di rinnovo che «apra» il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari (sentenza n. 1 del 2008)”.

²⁰² M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, cit., p. 219, sul fatto che la puntuale disciplina in materia di diritto di stabilimento attrae “ogni caso di incompatibilità [...] nella competenza della Corte di Giustizia”.

²⁰³ D'altronde, il regime giuridico del patrimonio indisponibile offre a questo riguardo numerosi spunti interpretativi. La giurisprudenza ha infatti tradizionalmente utilizzato particolare prudenza nel soppesare il requisito del “pubblico servizio” ex art. 826 cod. civ., onde non prestare il fianco a condotte strumentali volte a sottrarre i beni al pignoramento (sull'impignorabilità dei beni patrimoniali indisponibili, cfr. A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., p. 293) e frustrare la residua garanzia generica dei creditori della PA (M. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit., p. 1280).

²⁰⁴ Trib. Udine, 29 gennaio 2025, n. 79, secondo cui “la stessa realizzazione dell'impianto di telecomunicazioni esclude che” l'area “sia destinata al soddisfacimento dell'interesse proprio dell'intera collettività”.

²⁰⁵ Corte app. Venezia, Sez. IV, 23 gennaio 2023, n. 2488.

²⁰⁶ Nel caso dei beni demaniali, contrariamente a quanto avviene per i beni patrimoniali indisponibili, è l'intrinseca natura del bene a determinarne il regime giuridico (V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1987, p. 280), sicché i provvedimenti di classificazione o sclassificazione assumono una mera valenza dichiarativa dei fatti artificiali o naturali che determinano la demanializzazione/sdemanializzazione tacita o implicita attraverso la loro destinazione effettiva ai rispettivi usi (M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., pp. 32 e 36).

cui risulti la specifica volontà [...] di destinare quel determinato bene a un pubblico servizio” (requisito soggettivo)²⁰⁷. Viceversa, l’uso di un bene formalmente indisponibile per uno scopo diverso dall’esercizio del pubblico servizio è sufficiente a mutarne la qualificazione tra i cespiti in regime di diritto comune²⁰⁸. Non rileva quale pubblico servizio *ex art.* 826, comma 3, c.c. la posa infrastruttura di rete²⁰⁹, posto che – pur essendo quest’ultima attività di “interesse generale” *ex art.* 2, comma 2, del d.lgs. n. 259/2003²¹⁰ – solo l’asservimento alle funzioni istituzionali di competenza dell’Amministrazione proprietaria vale a mutarne la natura giuridica²¹¹. Ai fini del mantenimento della qualificazione pubblicistica, perciò, occorre che l’attività economica dell’operatore delle telecomunicazioni si svolga in regime di sostanziale promiscuità fisica con un distinto servizio pubblico di competenza dell’ente proprietario e che si tratti di cespiti “essenziali”, “direttamente e immediatamente strumentali” allo svolgimento del medesimo²¹². D’altronde, gli stessi enti locali hanno spesso intrapreso autonome strategie di ristrutturazione patrimoniale finalizzate a favorire la riclassificazione dei beni indisponibili²¹³ e salvaguardare così i profitti e le previsioni di bilancio²¹⁴. In terzo luogo, la sussunzione degli impianti TLC tra le opere di urbanizzazione primaria ha offerto una categorizzazione enfatica ma dal valore giuridico un po’ evanescente, anche in ragione dell’equivocità del regime normativo, che richiama in maniera libera due istituti apparentemente

²⁰⁷ Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2016, n. 6019; sez. II, 12 ottobre 2023, n. 28481; in letteratura, M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., p. 74.

²⁰⁸ M. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit., p. 1312, secondo cui “l’indisponibilità” permane “purché i beni stessi mantengano in ogni momento la loro utilizzazione ai fini per i quali sono stati qualificati come demaniali o indisponibili”; cfr. altresì V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici*, cit., p. 12; *contra*, in letteratura, M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., p. 74; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 13 dicembre 1977, n. 1191, in *Cons. Stato*, 1977, I, p. 1875; Cass. civ., sez. un., 2 dicembre 1996, n. 10733, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3663.

²⁰⁹ Corte app. Firenze, 27 gennaio 2025, n. 124, secondo cui “l’impianto di reti di telecomunicazioni [...] è [...] un servizio che, quando gestito da imprese commerciali di diritto privato, non può certo costituire un servizio pubblico” sicché “la destinazione dell’immobile a sede di un impianto di telecomunicazione (SRB stazione radio base) e l’emissione della relativa autorizzazione non possa in alcun modo costituire quella volontà specifica di destinare il bene a un pubblico servizio, indispensabile per configurare l’appartenenza di un bene comunale al suo patrimonio indisponibile”; Trib. Bergamo, 20 gennaio 2025, n. 77; Corte app. Milano, sez. III, 9 ottobre 2023, n. 2855; Corte app. Milano, sez. III, 19 ottobre 2024, n. 2799, secondo cui “la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, pur essendo, per definizione di legge (art. 3 comma 2 D.Lgs. n. 259/2003), attività «di preminente interesse generale», non è, comunque, assimilabile ad un «pubblico servizio» (la cui caratteristica è di essere finalizzato alla realizzazione di bisogni sociali), perché esercitata da gestori privati e assoggettata al pagamento di tariffe di libero mercato, sottratte al controllo pubblico”.

²¹⁰ Cfr. Trib. Udine, 29 gennaio 2025, n. 79, secondo cui “quello delle telecomunicazioni gestite dai privati non è un servizio pubblico, ma un servizio di pubblica utilità” e “le attività di interesse generale [...] pur rivestendo interesse pubblico non possono ritenersi equipollenti ad un servizio pubblico”.

²¹¹ Corte app. Perugia, 17 novembre 2023, n. 833; Corte app. Venezia, sez. IV, 23 gennaio 2023, n. 2488; in letteratura, A. LALLI, *I beni pubblici*, Jovene, Napoli, 2015, p. 139.

²¹² M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., p. 71-72, nota 118, con riferimento a Cass. civ., sez. lav., 25 ottobre 1997, n. 10529, che ritenne appartenenti al patrimonio disponibile e, pertanto, liberamente assoggettabili al pignoramento, i computer dell’esercente il servizio di trasporto pubblico (in quanto non direttamente destinati all’attività di trasporto).

²¹³ Cfr., ad es., Comune di Asti, delib. Consiglio, 7 febbraio 2022, n. 6.

²¹⁴ Tali evoluzioni possono essere inquadrare nel più generale *favor* per la “privatizzazione” del diritto amministrativo, su cui G. MOCAVINI, *Ai confini dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 14.

contrapposti (urbanizzazione primaria e proprietà privata²¹⁵). Le opere pubbliche elencate dall'art. 4 della legge n. 847/1964 non sono infatti intrinsecamente ed automaticamente “di urbanizzazione primaria”, ma lo divengono nella misura in cui sono poste dall'Amministrazione come preconditione per l'esercizio dell'attività edilizia da parte del privato e successivamente acquisite al patrimonio pubblico. Altrimenti, una bretella stradale, un'area di sosta, un apparato di illuminazione, uno spazio verde, un sistema di illuminazione, un impianto di reti, benché potenzialmente sussumibili tra le “opere di urbanizzazione primaria”, ai sensi dell'art. 16 del d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 43 del d.lgs. n. 259/2003, rimangono meri cespiti privati. In passato, la giurisprudenza e la letteratura²¹⁶ hanno utilizzato tale clausola per enfatizzare la compatibilità dell'infrastruttura di rete con qualunque destinazione urbanistica²¹⁷. Successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 48/2024, la qualificazione come opere di urbanizzazione primaria sembra aver smarrito anche questa valenza, posto che il legislatore ha ripristinato alcuni margini di efficacia della pianificazione urbanistica, benché incorporando le relative valutazioni nel procedimento autorizzativo generale *ex art.* 44 del d.lgs. n. 259/2003²¹⁸. D'altronde, nemmeno lo statuto giuridico delle opere di

²¹⁵ D. D'ALESSANDRO, *Territorio, Stato e mercato*, cit., p. 21, vi intravede “un'ulteriore frattura rispetto all'impianto codicistico della proprietà pubblica”.

²¹⁶ G. MILO, *Localizzazione di infrastrutture per impianti di comunicazione elettronica e procedure autorizzatorie*, *Giustamm.it*, n. 12, 2018; D. D'ALESSANDRO, *Territorio, Stato e mercato*, cit., p. 12, 20-21; Cons. Stato, sez. VI, 3 agosto 2018, n. 4794; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 1° settembre 2020, n. 2146; Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2022, n. 5629; Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2024, n. 5215.

²¹⁷ In passato, tale interpretazione finiva per non aggiungere nulla rispetto a quanto sancito dallo stesso codice nell'ambito di una ben più esplicita disposizione *ad hoc* (art. 43, comma 4), che prevedeva per gli impianti TLC una presunzione di compatibilità più ampia di quella prevista anche per le opere di urbanizzazione primaria.

²¹⁸ Il nuovo tenore letterale dell'art. 43 del d.lgs. n. 259/2003 precisa che “l'autorizzazione all'installazione delle reti pubbliche di comunicazione elettronica comprende la valutazione di compatibilità delle relative opere infrastrutturali con la disciplina urbanistica ed edilizia e costituisce titolo unico per la loro installazione”. La legge torna così espressamente a menzionare la necessità che nell'ambito della procedura di autorizzazione sia compresa una valutazione di compatibilità con la disciplina urbanistica (ad es. con riferimento ai vincoli urbanistici), che era invece del tutto vietata nel sistema previgente (cfr. ad es., Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2022, n. 5629, secondo cui i Comuni potevano fondare il rigetto dell'istanza unicamente sulla base di un contrasto con i “regolamenti *ex art.* 8 della L. 36/2001, perché è solo in quella sede che viene assicurato un adeguato confronto con le imprese che utilizzano gli impianti, il cui contributo è essenziale per verificare se i siti individuati dall'ente locale siano idonei alla trasmissione del segnale”). Molto dipenderà, perciò, da come la nuova formulazione letterale verrà intesa in sede giurisprudenziale. La letteratura aveva già avuto modo di censurare il modo in cui il legislatore ed il giudice amministrativo avevano finito per “espropriare il ruolo dell'ente locale” (D. D'ALESSANDRO, *Territorio, Stato e mercato*, cit., pp. 39-40), circoscrivendo l'esercizio della discrezionalità comunale entro l'angusto perimetro del regolamento di cui all'art. 8 della legge n. 36/2001 (sulla cui prevalente funzione di tutela della salute, con scarsa pregnanza urbanistica, R. MARINO, *Tutela precauzionale dall'inquinamento elettromagnetico e nuova tecnologia 5G*, cit., p. 15). In passato, la Corte costituzionale ha espressamente alluso alla necessità che l'ordinamento delle telecomunicazioni non prevarichi “l'autonoma capacità delle Regioni e degli enti locali di regolare l'uso del proprio territorio, purché, ovviamente, criteri localizzativi e standard urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi” (Corte cost. n. 307/2003). In linea di principio, perciò, i Comuni sarebbero “dunque legittimati a regolamentare l'ordinato collocamento urbanistico e territoriale degli impianti” (R. MARINO, *Tutela precauzionale dall'inquinamento elettromagnetico e nuova tecnologia 5G*, cit., p. 16). Nei fatti, tuttavia, alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 44 del d.lgs. n. 259/2003 e dell'art. 8 del 36/2001, “è indubbio che la potestà di pianificazione urbanistica di Regioni e Comuni in tale ambito, benché affermata, è sostanzialmente svuotata” (G. MILO, *Localizzazione di infrastrutture per impianti di comunicazione elettronica e procedure autorizzatorie*, cit.; cfr. altresì S. DEL GATTO – E. GIARDINO – G. SCIASCIA – S. SCREPANTI – F.V. VIRZÌ, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso “Telecom-Comune di Aggins”*, cit., p.

urbanizzazione legittima in via aprioristica ed assoluta a collocare su qualunque sedime le infrastrutture elencate dall'art. 4 della legge n. 847/1964, posto che si tratta di manufatti in potenziale contrasto con “*lo scopo di ridurre l'espansione dell'abitato*”, la cui opportunità e localizzazione rimane perciò – in linea di principio, stando alla normativa edilizia – sottoposta alla discrezionalità pianificatoria dell'ente pubblico²¹⁹.

Nell'alveo di un progressivo incremento degli impianti a supporto della rete mobile (anche in conseguenza dell'avvento della tecnologia 5G) rimane difficile comprendere l'impatto della rapida successione dei regimi incentivanti succedutisi dal 2019 in poi, da un lato sui benefici per l'intero comparto industriale delle telecomunicazioni²²⁰, dall'altro sui disavanzi per le casse pubbliche. Il recente *Rapporto sulla filiera delle comunicazioni in Italia* ha posto in evidenza come le società delle torri, nell'ultimo quinquennio, abbiano beneficiato di un incremento esponenziale dei ricavi (da 1,1 mld del 2018 al 2,4 mld del 2023), in radicale controtendenza rispetto ai gestori delle reti²²¹. Pur rifuggendo ogni semplicistica correlazione tra gli incentivi economici pubblici e l'evoluzione degli utili d'impresa, permane tuttavia un interrogativo legato al fatto che il legislatore abbia forzato il ricorso alla finanza pubblica – al punto da destare non irragionevoli dubbi di compatibilità con il diritto europeo – per dare sostegno ad un settore (quello delle torri *wholesale*) i cui fondamentali finanziari apparivano già comunque solidi, anche per quanto riguarda i profitti e la crescita degli investimenti²²².

141, secondo cui – a livello locale – la Pubblica Amministrazione persevera nel tentativo di esercitare “*una discrezionalità che non ha più*”).

²¹⁹ T.A.R. Puglia, sez. III, 2 gennaio 2024, n. 2, massimata in *Lexitalia.it*: “*è legittimo il diniego opposto dal Comune in ordine alla richiesta avanzata da alcuni proprietari di immobili ubicati in zona agricola, di realizzazione di opere di urbanizzazione primaria, che sia fondato su una motivazione articolata, idonea a far comprendere le ragioni per le quali l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria in detta zona, non è stata ritenuta legalmente obbligatoria dall'Amministrazione comunale, né corrispondente a criteri di pubblico interesse e, in particolare, che faccia riferimento alla ponderata valutazione della P.A., secondo cui la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria in zona agricola appare in contrasto con tale tipizzazione, che, come è noto, persegue lo scopo di ridurre l'espansione dell'abitato urbano*”; con specifico riferimento agli impianti delle telecomunicazioni, F. DONATI, voce *Telecomunicazioni*, in *Enc. dir. – Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1152; Cons. Stato, sez. IV, ord., 6 aprile 2004, n. 1612, in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 132.

²²⁰ Il mercato delle reti patisce da tempo il peso di una disfunzionalità strutturale, derivante dal fatto che “*gli investimenti*” per la realizzazione e l'implementazione delle reti sono “*molto ingenti e tutti in carico [...] ai provider*”, che non traggono “*una quota proporzionale del valore creato dai nuovi servizi*” (G. CHILI, *Il 5G in dieci punti*, cit., p. 889), posto che le attività di *e-commerce*, *social network*, *streaming* etc. vanno a remunerare soggetti terzi.

²²¹ ASSTEL, *Rapporto sulla filiera delle telecomunicazioni in Italia*, cit., p. 163.

²²² Viceversa, la finanza pubblica locale mostra crescenti segnali di affaticamento, come evidenziato dalla Corte dei conti – sez. autonomie (delib. n. 13/SEZAUT/2024/FRG, *Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali - Comuni, Province e Città metropolitane esercizi 2021-2023*), che segnala un incremento delle procedure di dissesto e predissesto degli enti locali (A. DE TONI, *Lo stato di crisi degli enti locali: evoluzione e prospettive*, Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 14 giugno 2024, p. 39), sui quali impatta la necessità di gestire un'espansione della spesa per investimenti (derivanti soprattutto dal PNRR) con gli stessi, o inferiori, saldi di spesa corrente (F. DALLA BALLA, *La “Costituzione materiale” dell'economica dall'IRI al PNRR*, cit., p. 634). E proprio sulla capacità di spesa corrente hanno inciso le risorse sottratte dal legislatore con gli interventi normativi susseguitisi a partire dalla legge n. 12/2019, poi con d.l. n. 108/2021, infine per effetto del d.lgs. n. 207/2021.

Ciò, tuttavia, senza intaccare il problema di fondo, ovvero sia la frammentazione delle soluzioni amministrative adottate dagli enti locali²²³, che non sono stati “accompagnati” dal legislatore nazionale verso una strategia di efficientamento della rete e concentrazione degli impianti, ma abbandonati in un coacervo di prassi negoziali, contenziosi, vincoli giuridici e pianificatori che rendono estremamente difficile tracciare i diritti, le durate, i costi su cui – in definitiva – poggia l’intera rete²²⁴. La garanzia che il suolo pubblico sia utilizzato in modo coerente con la concorrenza, il censimento dei siti sensibili rispetto alla copertura de segnale²²⁵, la sorveglianza delle condizioni economiche e contrattuali applicate dal concessionario ai terzi presuppongono competenze tecniche settoriali di cui gli Enti locali sono in larga parte sforniti²²⁶.

Viceversa, anziché focalizzare un’eccessiva fiducia nel calmiere pubblico di prezzo, il legislatore avrebbe dovuto accompagnare gli enti locali e farsi garante del sapiente confezionamento dei bandi selettivi, nell’ottica della parità di accesso ai tralicci eretti sulla proprietà pubblica e dell’oculata gestione della c.d. foresta di antenne²²⁷.

Come estremo tentativo di rimediare alle disfunzioni dell’attuale assetto regolatorio, il d.lgs. n. 207/2021 ha conferito una nuova formulazione all’art. 54 del d.lgs. n. 259/2003, modificandone profondamente il tenore letterale rispetto al previgente art. 93. In particolare, la norma vieta oggi alle imprese concessionarie “di aree e beni pubblici o demaniali” di riscuotere “ogni [...] tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque

²²³ Su cui, criticamente, M. MINOZZI, *La situazione del mercato italiano delle comunicazioni elettroniche e gli interventi di policy di breve termine*, cit., p. 101.

²²⁴ Non sembra andare in questa direzione il protocollo d’intesa recentemente siglato tra il Dipartimento per la trasformazione digitale, l’ANCI, Infratel Italia e alcuni dei principali operatori italiani (INWIT, Vodafone, TIM e Openfiber) interessati all’attuazione dei Piani operativi “Italia a 1 Giga” e “Italia 5G”, che si limita a sovraesporre gli enti territoriali nel dare esecuzione ad una normativa ancora gravida di ambiguità difficilmente compatibile con il diritto UE (cfr. *Convenzione reti ultraveloci tra la Presidenza del Consiglio – Dipartimento per la trasformazione digitale, ANCI, Infratel Italia S.p.A., INWIT S.p.A., Open Fiber S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., FiberCop S.p.A.*, consultabile sul [sito dell’ANCI](#); Presidente del Consiglio dei Ministri – direttiva 2 novembre 2023, in G.U. Serie Generale, 30 novembre 2023, n. n. 280, *Linee di azione nei procedimenti amministrativi in materia di realizzazione di reti pubbliche di comunicazione relative agli interventi da realizzare per l’attuazione del PNRR*).

²²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2025, n. 3325.

²²⁶ In questi termini, l’intervento di Paolo Nasini al convegno “Sicurezza e concorrenza nelle telecomunicazioni?”, Università di Trento, 2 dicembre 2024; cfr. altresì S. DEL GATTO – E. GIARDINO – G. SCIASCIA – S. SCREPANTI – F.V. VIRZÌ, *Comunicare è difficile se non c’è la rete*, cit., p. 145, secondo cui la farraginosità burocratica diminuisce “nei Comuni capoluoghi di provincia, quindi di più grandi dimensioni, in cui le amministrazioni competenti hanno mostrato una maggiore conoscenza della normativa di riferimento [...] anche in ragione” di una casistica più consistente e di una superiore confidenza con la gestione delle relative procedure.

²²⁷ La questione dei limiti giuridici e pianificatori all’esposizione ai campi elettromagnetici ha sortito, soprattutto in passato, grande interesse da parte della letteratura: ad es., S. CASSESE, *La nuova disciplina sulla protezione dalle esposizioni ai campi elettromagnetici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 330; R. CHIEPPA, *Inquinamento elettromagnetico ed installazione di infrastrutture per comunicazioni: è finita l’incertezza dopo le sentenze della Corte costituzionale?*, in *Diritto e formazione*, 2003, pp. 1754 ss.; G.D. COMPORTI, *Contenuti e limiti del governo amministrativo dell’inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. Dir. amb.*, 2005, p. 219; A. COLAVECCHIO, *La tutela dell’elettrosmog fra Stato e autonomie territoriali*, Cacucci, Bari, 2004; R. MARINO, *Tutela precauzionale dall’inquinamento elettromagnetico e nuova tecnologia 5G*, cit.; F. MERUSI, *Dal fatto incerto alla precauzione. La legge sull’elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, II, 221 ss.; G. MILO, *Localizzazione di infrastrutture per impianti di comunicazione elettronica e procedure autorizzatorie*, cit.

denominato, di qualsiasi natura e per qualsiasi ragione o titolo richiesto”, andando a frustrare le aspettative degli operatori che avevano investito nell’implementazione delle torri con la prospettiva di sviluppare il proprio *business* nel settore del *co-siting* a pagamento (oggi vietato). Tuttavia, da un lato è impensabile che i processi di *unbundling* sollecitati dal mercato procedano senza che sia accordata una remunerazione ai proprietari delle risorse condivise (art. 54). Per altro verso, il controllo sulla legalità delle condizioni praticate dal concessionario ai terzi per l’accesso al suolo convenzionato spetterebbe agli enti locali, i quali sono privi dei poteri, degli strumenti, delle competenze (e anche dell’interesse politico-amministrativo) per promuovere con efficacia una siffatta attività di vigilanza²²⁸.

7. Conclusioni: verso un surrettizio ritorno ad un sistema pubblico di infrastrutture di rete ed opere correlate?

La letteratura e le autorità di settore vanno progressivamente accreditando le esigenze di sicurezza²²⁹ scaturenti dall’ecosistema delle comunicazioni²³⁰, sollecitando l’implementazione di strumenti di governo che assicurino un controllo pubblico sulle infrastrutture su cui viaggiano i dati²³¹, anche in ragione del crescente interesse delle *big tech* per la gestione diretta degli apparati strategici²³². Tali esigenze, tuttavia, non coinvolgono più soltanto i gestori delle reti, ma altresì i fornitori delle risorse correlate²³³, i cui asset sfuggono ad una rigorosa attività di monitoraggio sul “tasso di concentrazione” delle dorsali infrastrutturali nelle mani di uno o più operatori (quand’anche *wholesale-only*²³⁴) in grado di condizionare il mercato²³⁵. La diramazione dell’ecosistema delle telecomunicazioni attraverso le dorsali pubbliche incarna dunque una chiara esemplificazione delle tendenze evolutive che, secondo attenta letteratura, stanno

²²⁸ Viceversa, la repressione delle eventuali pratiche anticoncorrenziali da parte dell’impresa *wholesale-only* compete all’autorità nazionale di regolazione, che può imporre obblighi di accesso ed uso delle infrastrutture, purché l’intervento sia giustificato da un’analisi di mercato a norma dell’art. 80 della direttiva 2018/1972 (sul punto F. DALLE NOGARE, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 267).

²²⁹ Cfr., esplicitamente, art. 1-*bis* del d.l. n. 21/2012.

²³⁰ Con riferimento all’anno 2020, G. CHILI, *Il 5G in dieci punti*, cit., p. 582 metteva in luce l’indiscussa supremazia tecnologica della Cina (soprattutto per il tramite dei gruppi Huawei e, in misura minore, Zte), affermatasi anche grazie agli spazi dell’intervento statale in un mercato non liberalizzato che, invece, in Europa e negli Stati Uniti impedirebbe un’analoga concentrazione degli investimenti pubblici su singole realtà aziendali.

²³¹ S. MANNONI – E. PAGLIA, *Comunicazioni elettroniche*, cit., p. 73.

²³² V. LOBIANCO, *L’ecosistema delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 43.

²³³ M. FOLLIS, *Invit, il governo esercita il golden power a protezione delle torri TLC*, in *Milano Finanza*, 2 marzo 2023, n. 43, p. 14.

²³⁴ L’art. 80 della direttiva 2018/1972 prevede uno specifico regime di favore per i cd. operatori *wholesale only* (ovverossia assenti «dai mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica»), che sono in parte sottratti ai poteri regolatori dell’Autorità, quand’anche in presenza di «un significativo potere di mercato in uno o più mercati» (F. SARZANA di S. IPPOLITO – F. MARINI BALESTRA, *Comunicazioni elettroniche europee*, cit., p. 158, parlano in proposito di una vera e propria *regulatory holiday*).

²³⁵ Come sottolinea L. SALTARI, *A che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in Italia?*, cit., p. V, nella disciplina del mercato delle comunicazioni elettroniche, a differenza «delle reti dell’energia (elettricità e gas) e dei trasporti ferroviari», non vige «il rigido principio regolatorio europeo di separazione tra reti e servizi», perché le reti di telecomunicazioni «sono duplicabili».

trasformando i tradizionali fondamenti del diritto amministrativo. Da un lato si consolida infatti *“l’ampliamento degli strumenti privatistici a disposizione delle pubbliche amministrazioni”* (“scomparsa” del patrimonio indisponibile²³⁶; valorizzazione degli strumenti moduli negoziali in funzione pro-competitiva²³⁷; riconduzione delle concessioni di beni pubblici al paradigma dei “contratti attivi”²³⁸, rivalutazione del diritto di superficie); dall’altro emergono esigenze di *“pubblicizzazione del diritto privato, in conseguenza dell’estensione di discipline speciali di diritto pubblico ai soggetti privati”*²³⁹ (limiti ai profitti delle *tower companies*²⁴⁰; poteri Agcom sulla condivisione dei siti²⁴¹, assoggettamento dell’infrastruttura privata allo statuto pubblicistico delle opere di urbanizzazione primaria²⁴²; irrobustimento dei poteri espropriativi a servizio degli investimenti delle imprese²⁴³).

Il *network* delle opere civili, pur non investendo direttamente il trasporto dei dati, sembra assumere sempre un ruolo strategico, considerato che – nella frammentata e complessa macchina delle autorizzazioni amministrative (che coinvolge innumerevoli entità locali, le autorità paesaggistiche o preposte alla tutela dei beni culturali) – costituisce un passaggio obbligato per qualunque operatore intenzionato ad acquisire margini di manovra nel mercato, a cui non fanno eccezione le tecnologie di più recente generazione (5G o reti satellitari in orbita bassa). L’infrastruttura fisica di supporto già radicata sul suolo nazionale svolge, in sintesi, una valenza “strutturante” per qualunque operatore.

Sarebbe curioso, tuttavia, che una risposta alle esigenze di tutela dell’interesse strategico nazionale provenisse – alla fin fine – non solo dall’analisi delle dinamiche di mercato a livello “macro”, ma anche dalla regolazione a livello “micro”, dalle piccole controversie tra gli operatori e gli enti locali e, soprattutto, da un apparato giuridico concettuale vigente a tutt’altro scopo, benché di antica tradizione. L’importante mole di concessioni e contratti che legittimano le opere civili sui beni pubblici pone un quesito: a scadenza, l’infrastruttura fisica viene acquisita dall’ente proprietario per effetto dell’accessione?

Il principio gode di consolidata tradizione²⁴⁴, se non altro, con riferimento al suolo demaniale o patrimoniale indisponibile. L’acquisizione automatica per accessione al demanio è talvolta sancita

²³⁶ Cfr. *supra* 6.2.

²³⁷ T.A.R. Lombardia, 10 ottobre 2024, n. 2628; Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7535.

²³⁸ Cfr. *supra* 5.

²³⁹ G. MOCAVINI, *Ai confini dello Stato*, cit., p. 14.

²⁴⁰ Cfr. *supra* 3.4.

²⁴¹ Agcom, delibb. n. 510/10/Cons. e n. 622/11/Cons.

²⁴² Art. 43, comma 4, del d.lgs. n. 259/2003.

²⁴³ Art. 51 del d.lgs. n. 259/2003.

²⁴⁴ U. NATOLI, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 226, rammenta come *“la proprietà delle opere [...] costruite spetti al costruttore concessionario”*, ma – poiché il momento di estinzione della concessione è fissato a priori – *“si può dire che si tratti di una proprietà ad tempus, [...] che cessa, perciò, automaticamente alla prevista scadenza (sempreché prima non si verifichi una diversa causa di cessazione della concessione, ad es. la revoca di essa, la decadenza del concessionario, l’eventuale riscatto; il che vale a conferire alla situazione un concorrente carattere di instabilità, che ne rende certamente singolare la fisionomia)”*; M. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit., p. 1307.

nell'ordinamento statale da alcune disposizioni speciali²⁴⁵ o presupposta da altre²⁴⁶, ma – nell'opinione del Consiglio di Stato – è norma “*di applicazione del tutto generale*”²⁴⁷ e infatti risulta sovente ripresa dalla legislazione regionale²⁴⁸, con riferimento ad ogni ipotesi di concessione amministrativa del patrimonio pubblico²⁴⁹. Accedono infatti “*alla proprietà pubblica i beni che si consolidano su di essa*” e, “*in particolare, [...] le opere costruite dal concessionario, se diversamente non si dispone nell'atto di sottomissione, sono acquisite dalla pubblica Amministrazione [...] al momento dello spirare del termine*”²⁵⁰. Tale conclusione è connaturata alla natura dell'atto “*di concessione in godimento temporaneo*”²⁵¹, che non può tollerare l'alterazione del regime pubblico del bene per effetto della permanenza di un fabbricato privato. Nella fisiologia della “*concessione amministrativa*” perciò “*la pubblica Amministrazione consente al privato di edificare sul suolo demaniale (per esempio stabilimenti, attrezzature, impianti per la derivazione delle acque, per l'esercizio delle miniere)*”, tuttavia “*gli impianti costruiti dal privato restano in sua proprietà*” soltanto “*fino alla scadenza della concessione, momento nel quale sono acquisiti (per accessione) dal demanio*”²⁵².

Ne consegue che, in parallelo alla scadenza delle concessioni amministrative, l'accessione al demanio e al patrimonio indisponibile dell'infrastruttura fisica²⁵³ ubicata sul suolo concessionato “*opera ipso*

²⁴⁵ Cfr., ad es., art. 49 del r.d. n. 327/1942, secondo cui nel caso del demanio marittimo, “*salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato*”; art. 25 del r.d. n. 1775/1933, secondo cui “*al termine dell'utenza e nei casi di decadenza o rinuncia, nelle grandi derivazioni per forza motrice, passano in proprietà dello Stato, senza compenso, tutte le opere di raccolta, di regolazione e di condotte forzate ed i canali di scarico, il tutto in stato di regolare funzionamento*” (su cui S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzione e prospettive*, ETS, Pisa, 2018, p. 148 ss.); art. 30 del r.d. n. 1775/1933, secondo cui “*le concessioni di piccole derivazioni, al loro termine, sono rinnovate in conformità dell'art. 28 e, in mancanza di rinnovazione, lo Stato ha il diritto o di ritenere senza compenso le opere costruite nell'alveo, sulle sponde e sulle arginature del corso d'acqua o di obbligare il concessionario a rimuoverle e ad eseguire a proprie spese i lavori necessari per il ripristino dell'alveo, delle sponde e delle arginature nelle condizioni richieste dal pubblico interesse*”.

²⁴⁶ Cfr. d.l. n. 351/2001, art. 3-bis, commi 4 e 5, secondo cui l'obbligo dell'indennizzo è previsto soltanto in caso di revoca o recesso unilaterale dell'ente concedente, “*sulla base del piano economico-finanziario*”; cfr. sul punto, L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, cit., p. 257.

²⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2018, n. 580; sez. V, 8 febbraio 2021, n. 1115; in materia di telecomunicazioni T.A.R. Lombardia, 10 dicembre 2018, n. 2770; a favore dell'accessione al demanio, benché con diritto al pagamento dell'indennizzo di cui all'art. 936 cod. civ., Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5326; Cass. civ., 27 aprile 1993, n. 4692; Cass. civ., 27 aprile 1993, n. 4692; *contra*, T.A.R. Veneto, 10 settembre 2024, n. 2124, secondo cui alla scadenza della concessione l'operatore mantiene la titolarità dell'infrastruttura (con onere di corresponsione CUP nella misura “simbolica” sancita dal comma 831-bis della legge n. 160/2019).

²⁴⁸ Cfr. art. 14, l.r. Calabria, n. 15/1992; art. 6, l.r. Campania, n. 28/1993; art. 6, comma 4, l.r. Emilia-Romagna, n. 10/2000; art. 9-bis, l.r. Friuli Venezia Giulia, n. 57/1971; art. 7, l.r. Lombardia, n. 36/1994; art. 15, l.r. Umbria, n. 10/2018.

²⁴⁹ E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Cedam, Padova, 1989, p. 347, nota 1, secondo cui “*il principio non presenta alcuna singolarità ed è anzi in genere comune a tutte le concessioni che lo Stato accorda sopra i propri beni, demaniali o patrimoniali*”.

²⁵⁰ G. ALPA, voce *Accessione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1987, p. 36; G. BALOCCO, *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, in *Giur. It.*, n. 2, 2011, p. 449, nota 29; L. D'ANCONA, *Arbitraria occupazione di spazio demaniale ed efficacia della concessione intervenuta dopo l'inizio dell'occupazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4, 1999, p. 448.

²⁵¹ Cass. civ., sez. III, 23 dicembre 1998, n. 12831.

²⁵² G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2017, p. 290.

²⁵³ Controverso, tuttavia, rimane il regime giuridico dell'infrastruttura TLC acquisita per accessione, posto che – secondo autorevole letteratura – le accessioni non mutano il regime demaniale o indisponibile caratteristico del sedime: “*le accessioni, pur essendo unite al bene demaniale, non partecipano alla funzione economica di questo. Esse appartengono all'ente titolare del*

iure *indipendentemente dalla volontà*” dell’ente proprietario o “*del proprietario dei materiali*”²⁵⁴. Il quadro d’insieme risulta ancor più meritevole di considerazione se raffrontato alla problematica tendenza dell’ordinamento ad incentivare – attraverso la forfettizzazione del canone e l’impossibilità di celebrare una gara – rinnovi potenzialmente nulli²⁵⁵ e privi di effetti, a causa dell’inottemperanza agli obblighi discendenti dagli artt. 49 e 54 del TFUE²⁵⁶.

Ciò apre la strada al ritorno in mano pubblica di un *network* di opere civili, da cui deriva un forte potere di influenza sul mercato delle telecomunicazioni²⁵⁷.

Difficile tuttavia che, in assenza di una strategia complessiva volta ad indirizzare e coordinare al perseguimento di obiettivi comuni le pulviscolari prassi dei territori, gli Enti locali siano davvero in condizione di esercitare questo nuovo ruolo di potenziale *incumbent* pubblico sulle *opere correlate* nell’ecosistema delle telecomunicazioni, ergendosi a garanti degli interessi della concorrenza e della sicurezza nazionale, in un dialogo paritario con le imprese del settore²⁵⁸.

bene demaniale a titolo di proprietà privata, sicché possono costituire oggetto di contratti di diritto privato dell’ente stesso. Come tali esse non sono demaniali e risultano estranee al regime giuridico proprio dei beni demaniali? (M. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit., p. 1307).

²⁵⁴ L. D’ANCONA, *Arbitraria occupazione di spazio demaniale ed efficacia della concessione intervenuta dopo l’inizio dell’occupazione*, cit., p. 450; N. PAPPALARDO, *Le cose demaniali come oggetto di appartenenza necessaria*, in *Il diritto dei beni pubblici*, 1939, p. 180.

²⁵⁵ Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2019, n. 11202.

²⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 24 marzo 2004, n. 5842; sez. I, 5 maggio 1998, n. 4504; *contra*, Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348.

²⁵⁷ Specie in considerazione che tali infrastrutture si aggiungerebbero alle dorsali di recente costruzione (di proprietà dello Stato ed assegnate agli operatori in regime di concessione) nell’ambito della *Strategia BUL* del 2015, su cui L. SALTARI, *A che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in Italia?*, cit., p. VIII; A. MANGANELLI, *Co-investimento, Wholesale-only e “Rete unica”*, cit., pp. 158 ss.; Senato della Repubblica – Ufficio Valutazione Impatto (a cura di A. MANGANELLI), *La regolazione delle reti fisse di comunicazione elettronica*, Roma, 2025, pp. 48 ss., consultabile sul [sito del Senato](#).

²⁵⁸ M. DE BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, cit., p. 1597, sul rilievo che “*la materia dei beni pubblici è paradigmatica: l’esplosione di un problema concorrenziale ha reso in più occasioni evidenti l’assenza o la fragilità delle politiche, l’inadeguatezza di regolazioni e pianificazioni, le carenze dei bandi di gara, la mancanza di coordinamento delle funzioni amministrative*”.

Forme di prevenzione antimafia nello spettro delle regole e dei principi del nuovo codice degli appalti *

di Ludovico Di Benedetto e Jacopo Buongiorno

Dottore di ricerca e Dottorando di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo, prendendo spunto dalle conseguenze che la recente introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici ha avuto sui principali strumenti di prevenzione amministrativa antimafia, approfondisce alcune tematiche sostanziali concernenti questi ultimi. In particolare, rispetto alla documentazione antimafia, si analizzano i suoi effetti sulla procedura ad evidenza pubblica e la sua tenuta costituzionale e convenzionale; rispetto alle *white list* e ai protocolli di legalità, il loro rapporto con le gare pubbliche e la loro conformità al diritto unionale.

Title: Forms of anti-mafia prevention within the spectrum of rules and principles of the new procurement code.

Abstract [En]: This paper, starting from the consequences of the recent introduction of the new public contracts code has had on the main administrative anti-mafia prevention tools, examines in depth some substantial issues concerning the latter. Especially, with respect to anti-mafia documentation, its effects on the public tender procedure and its constitutional and conventional validity are analyzed, with respect to whitelists and legality protocols, their relationship with public tenders and their compliance with EU law.

Parole chiave: documentazione antimafia; *white list*; protocolli di legalità; esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica; principio del risultato.

Keywords: anti-mafia documentation; whitelist; legality protocols; public tender procedure exclusion; result principle.

Sommario: 1. Premessa. Diretrici normative del contrasto all'influenza mafiosa sull'azione amministrativa. 2. Quadro sinottico dei principi generali del nuovo codice degli appalti. **Parte I** - Sistema pubblicistico delle misure antimafia. La documentazione: 1.1. Note sintetiche sulla documentazione antimafia. La comunicazione antimafia. 1.2. Segue: l'informazione antimafia. 2.1. Le ripercussioni dell'informazione sui contratti pubblici: le regole nella fase pubblicistica. 2.2. Segue: le regole nella fase esecutiva. 2.3. Il caso dell'operatore economico in forma collettiva. 3. Tutela costitutiva e sindacato giurisdizionale. 4. La seriazione delle misure nella lotta all'infiltrazione mafiosa nei contratti pubblici e i principi del nuovo codice. **Parte II** - Sistema informativo-reputazionale e sistema pattizio delle misure antimafia. *White list* e protocolli di legalità: 5. Le *white list*. 5.1. Inquadramento generale dei protocolli di legalità. 5.2. La compatibilità dei protocolli di legalità con il diritto europeo. 5.3. I protocolli di legalità alla luce della pandemia COVID-19 e della normativa emergenziale, l'articolo 83 bis e nuovi problemi con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica. 6. Conclusioni: un bilancio delle misure.

1. Premessa. Diretrici normative del contrasto all'influenza mafiosa sull'azione amministrativa

La Costituzione, conformandosi al principio personalistico, ha disegnato un'amministrazione pubblica come strumentale alla protezione e alla soddisfazione dei diritti e delle libertà dei singoli¹. Ciò si evince,

* Articolo sottoposto a referaggio. Ferma la progettazione comune, la Premessa e la Parte I sono opera di Ludovico Di Benedetto, la Parte II di Jacopo Buongiorno.

¹ Lo mettono in luce, tra gli altri, A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 80 e

non solo dalle disposizioni direttamente concernenti l'apparato pubblico (gli artt. 97 e 113 Cost., per intenderci), ma anche dai principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 della Carta.

L'inquinamento delle strutture amministrative ad opera della criminalità organizzata e, segnatamente, di quella mafiosa, mette in seria difficoltà la realizzazione di questo progetto costituzionale. Ciò, si badi, vale sia quando il destinatario del condizionamento sia proprio un soggetto pubblico, sia quando il termine passivo sia un privato, persino in veste imprenditoriale, che si trovi in un rapporto giuridicamente qualificato con la p.a. (negozi, atti amministrativi ampliati). Vista l'importanza economica e sociale, particolarmente sensibile è il settore delle commesse pubbliche.

È risaputa la pervasività della criminalità organizzata nell'economia legale². Per fronteggiarla è richiesta una reazione sinergica di tutte le branche dell'ordinamento, non solo di quella penalistica³. La realizzazione dei delitti-scopo, caratteristica di qualsiasi associazione a delinquere (art. 416 c. 1 c.p.), è foriera di ingenti profitti, prontamente reinvestiti, e diviene strumentale, nella consorte mafiosa, ad altri obiettivi, tanto economici quanto sociali.

Inutile sottolineare quanto sia imponente la forza imprenditoriale di un operatore, come quello mafioso, che ben può piegare a suo favore le regole della concorrenza e addivenire al suo obiettivo ultimo, che è quello di imporre il monopolio nel mercato, estromettendo tutte le imprese potenzialmente rivali e non conniventi⁴.

Di qui tutta una serie di interventi di normazione primaria volti ad evitare che le organizzazioni criminali attecchiscano nell'economia legale, creando un complesso sistema di tutela preventivo-amministrativo, che affianchi (*recte*: anticipi), quello repressivo-penale.

Il legislatore, infatti, ha preso atto dell'insufficiente - o, quantomeno, farraginoso - copertura del fenomeno in discorso per opera degli istituti penalistici comuni (quelli del codice penale: artt. 317, 318,

ss. e A. CRISMANI, *L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2014, p. 2.

² La proiezione imprenditoriale delle cosche traspare già dalla nozione di mafiosità di cui all'art. 416 bis c. 3 c.p.: "L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva [...] per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti [...]". Per una puntuale definizione di impresa mafiosa, si rinvia a E. FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Edizioni Dedalo, Bari, 1999, p. 39.

³ Lo avverte lucidamente, ad esempio, G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Indice penale*, 1991, pp. 30-31: "[...] il tema della criminalità organizzata presenta [...] risvolti che vanno ben al di là della triplice prospettiva criminologica, penale e di polizia".

⁴ Nella *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, XVII legislatura, del 7.2.2018, disponibile al sito Inchieste Camera, si attesta che le fondamenta del potere economico delle mafie "non risiedono in loro particolari abilità imprenditoriali e manageriali, ma vanno rintracciate nel fatto che possono contare sul sostegno, la cooperazione e le competenze di altri soggetti che intrattengono con i primi scambi reciprocamente vantaggiosi" (p. 21). Non è un caso che i settori merceologici a più alta densità mafiosa siano, dunque, quelli connotati da basso tasso tecnologico, notevole intensità di manodopera, cospicui investimenti di capitali, ma scarsa capacità gestionale (per esempio, l'edilizia, il ciclo dei rifiuti, l'agricoltura).

319, 416 e 416 bis c.p.), dal momento che, in primo luogo, non in grado di colpire situazioni affini, cariche di pericolosità ma di difficile tipizzazione (stante il divieto di analogia ex art. 25 Cost. e art. 14 prel. c.c.); in secondo luogo, perché, ancorati all'impostazione individualistica, risultano incapaci di sanzionare l'organismo economico *ex se* (il codice prescrive solo misure civilistiche: art. 197 c.p.); soprattutto, in ultimo luogo, in quanto intervengono a consuntivo, a situazione, cioè, già compromessa.

L'introduzione della responsabilità amministrativa da reato in forza del d.lgs. 231/2001 è riuscita solo parzialmente ad innovare la materia, includendo nell'elenco dei reati imputabili all'ente morale pure quelli contro la pubblica amministrazione e di criminalità organizzata (cfr. artt. 24 ter e 25 del decreto citato)⁵. Pertanto, sono stati prodotti nuovi testi normativi, finalizzati a coprire queste vulnerabilità. Le coordinate legislative della prevenzione amministrativa si estrapolano oggi dal codice antimafia e dal codice degli appalti.

Di queste normative si parlerà diffusamente nel prosieguo della trattazione; qui basti rimarcare come l'impalcatura offerta dal legislatore con queste riforme abbia imposto un obiettivo di ampio respiro: più che la repressione di uno specifico episodio criminoso, essa ha di mira il contrasto, in senso più comprensivo, della *maladministration*, da intendere come asservimento della funzione pubblica agli interessi particolari⁶, *in primis* quelli della criminalità.

Dall'intreccio di queste disposizioni di legge si evince che il principio di legalità (art. 97 Cost.) ed il principio di rango europeo di concorrenza (art. 26 TFUE) influenzano l'attività amministrativa anche sul versante contrattuale. Dal punto di vista contenutistico, le autorità pubbliche devono indirizzare l'autonomia negoziale di cui godono al soddisfacimento di interessi generali prefissati dalla legge. Dal lato procedimentale, le amministrazioni sono obbligate a rispettare una sequenza di atti, scandita dal legislatore al fine di scegliere la controparte negoziale.

Tra le regole formali che limitano la selezione del contraente, sono oggetto del presente studio quelle destinate ad escludere dalla gara pubblica operatori economici, la cui iniziativa imprenditoriale, a prescindere da interventi definitivi del giudice penale, si palesi come un pericolo per l'ordine pubblico e per la competitività dei mercati.

In particolar modo, si tratta di esempi riconducibili al sistema pubblicistico e pattizio delle misure antimafia, *sub specie* di documentazione, *white list* e protocolli di legalità. Tali istituti, dunque, pur innestandosi nel microcosmo dei contratti pubblici, sono da annoverare tra gli strumenti di prevenzione amministrativa dell'inquinamento degli appalti pubblici dalla criminalità organizzata. La loro *ratio* si

⁵ Se ha introdotto un complesso sistema sanzionatorio ritagliato sulle specificità della persona giuridica (artt. 9 e ss.) e ha fissato alcune importanti regole per una buona organizzazione imprenditoriale (art. 6), l'elemento costitutivo del reato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente (art. 5 c. 1), in uno con la mancanza di strumenti preventivi cogenti, rendono comunque anche questa iniziativa normativa insufficiente alle esigenze manifestate in apertura.

⁶ Il concetto viene proposto in S. CASSESE, "*Maladministration*" e rimedi, in *Foro italiano*, n. 5, 1992, p. 243.

rinviene nell'evitare che si instauri una relazione giuridico-economica tra p.a. e soggetti che orbitano attorno al circuito mafioso.

2. Quadro sinottico dei principi generali del nuovo codice degli appalti

La recente introduzione del nuovo codice degli appalti, in uno con alcune riforme della normativa di riferimento, rendono opportuno un approfondimento sugli strumenti di prevenzione antimafia, onde affrontarne le problematiche più attuali, verificarne la tenuta rispetto alla novella legislativa e saggiarne la compatibilità sovranazionale e costituzionale. Il raffronto con le regole e, soprattutto, con i principi generali fissati in apertura del codice dei contratti, a partire da quelli di risultato, fiducia e accesso al mercato, posti in una posizione di preminenza ermeneutica (art. 4 del codice), sarà utile per dipanare molteplici questioni interpretative sorte in materia.

Prima di affrontare alcune di queste tematiche, è utile premettere una breve panoramica dei canoni appena citati. Il loro inserimento, salutato con favore dai primi commentatori⁷, persegue la finalità di aumentare i confini di discrezionalità dell'amministrazione procedente, ampliandone i margini valutativi.

La novità è evidente se si confronta con l'impostazione sottesa alla previgente regolamentazione. Infatti, la normativa di cui al codice del 2016 - ma lo stesso vale per quella del 2006 - era prevalentemente incentrata sull'assicurare la concorrenza ad ogni costo, anche qualora ciò avesse significato azzerare la discrezionalità della p.a. ovvero imporre oneri economici e procedurali difficilmente comprensibili in capo agli operatori privati. Tanto che, come evidenziato efficacemente in dottrina⁸, la stazione appaltante si riduceva ad un mero soggetto banditore, chiamato a regolare la gara sull'idea che la competizione tra i candidati fosse l'obiettivo da raggiungere, e non il mezzo per arrivare all'affidamento (e quindi alla realizzazione di opere, servizi, forniture nell'interesse della collettività).

La novella cambia prospettiva, ricalibrandola a favore dell'amministrazione di risultato e dell'interesse pubblico finale. Come dichiarato esplicitamente dal legislatore (art. 1 c. 2 del codice), la concorrenza rientra nei suoi ranghi e diviene strumento per il raggiungimento di questi scopi; si conferisce così il primato logico e giuridico alla funzione di committenza pubblica.

Specialmente con la consacrazione del principio di risultato, corollario del canone di buon andamento (art. 97 Cost.)⁹ e collocato al vertice del codice (art. 1), si è voluto estendere gli spazi di esercizio del potere

⁷ Per esempio, L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2023, *passim*, e G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2023, p. 287 e ss.

⁸ F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2023, p. 1. Si veda, prima ancora, M. CAFAGNO, *Lo Sato banditore*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*.

⁹ Da questo punto di vista, il principio del risultato non è una novità nel sistema: si guardi ai canoni di economicità e di non aggravamento citati nell'art. 1 della l. 241/90, nonché agli artt. 11 e 21 octies c. 2 della medesima legge.

discrezionale (art. 1 c. 4), cercando di arginare il deprecabile fenomeno della burocrazia difensiva (o, che è lo stesso, della paura della firma; cfr. le lett. a) e b) del citato comma 4). Tradottasi in appesantimenti procedurali e allungamenti temporali, questa degenerazione, alimentata dal legislatore e dalla giurisprudenza, era giustificata proprio dall'idea di comprimere il più possibile la discrezionalità in materia, vista come fattore aleatorio e potenzialmente criminogeno¹⁰.

Nella medesima direzione si pone pure il principio di fiducia (art. 2) che, in sé dotato di valenza programmatica, diviene precetto nel momento in cui si collega al precedente. D'altronde, solo postulando l'autonomia decisionale dei soggetti pubblici, senza pregiudiziali sospetti, sarà possibile per l'amministrazione raggiungere l'obiettivo che si prefigge (art. 2 c. 2)

Certo, tutto questo non significa che, pur di raggiungere il risultato, l'amministrazione possa affidare il contratto senza vagliare tutti gli elementi del caso, ma che la stazione appaltante, tra più soluzioni ragionevoli, dovrà selezionare quella più conforme col principio del risultato e che, tra l'agire e il non agire, è preferibile (e maggiormente garantito) il primo¹¹.

In ultima analisi, il legislatore, fissando questi principi, ha preso atto della complessità crescente del diritto dei contratti pubblici e ha conferito cittadinanza ad alcune valvole di sfogo, immaginate per mediare tra legalità e buon andamento al fine costruire o completare la norma del caso concreto. Il sistema non può (più) soddisfarsi del rispetto formale delle regole.

Sarà chiarito nel corso della trattazione se e entro quali limiti questi principi possano essere spesi nella materia della prevenzione antimafia.

Parte I - Sistema pubblicistico delle misure antimafia. La documentazione

1.1. Note sintetiche sulla documentazione antimafia. La comunicazione antimafia

Uno¹² dei mezzi congegnati dall'ordinamento giuridico per evitare le difficoltà ricordate nella premessa nel contesto dei rapporti con le pubbliche amministrazioni è la documentazione antimafia. Di essa si

¹⁰ Basti porre mente al pacchetto di riforme sulla prevenzione della corruzione, originate nel 2014 e concluse con il codice del 2016.

¹¹ Si veda a tal proposito la proroga del cosiddetto scudo erariale, che esclude la responsabilità contabile in caso di condotta attiva gravemente colposa: art. 1 c. 9 del d.l. 202/2024, convertito in l. 15/2025.

¹² Ma non l'unico, si badi. Ne esistono altri, alcuni dei quali verranno citati nel corso della trattazione; qui sia consentito farne solo una menzione: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34 d.lgs 159/2011), il controllo giudiziario delle aziende (art. 34 bis dello stesso decreto), la prevenzione collaborativa (art. 94 bis), le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa (art. 32 d.l. 90/2014).

Per una trattazione istituzionale della documentazione, A. POLICE, *La disciplina antimafia tra tutela dell'ordine pubblico e diritto al sostentamento*, in *Amministrazione in cammino*, n. 2, 2023, p. 121; S. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2016, p. 1; G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*; A.M. BARONI, E. DI AGOSTA, A. PETRONELLI, *Gli strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici*, in M. T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'interno*, Dike giuridica, Roma, 2020, p. 193, nonché F.

occupano gli artt. 82 e ss. del d.lgs. 159/2011 (codice delle leggi antimafia e di prevenzione, d'ora innanzi clamp)¹³, eredi di una lunga tradizione¹⁴. Trattasi di un provvedimento amministrativo a carattere preventivo¹⁵, non punitivo¹⁶, di competenza dell'autorità prefettizia, con il quale si accerta la presenza di elementi che comportano una speciale incapacità giuridica in capo all'operatore economico: ove questi difettino, la documentazione assume valenza prettamente ricognitiva (e liberatoria); allorquando, viceversa, siano ritenuti sussistenti, ha efficacia costitutivo-impeditiva. In quest'ultima evenienza, a protezione rispettivamente dell'ordine pubblico, del buon andamento, della concorrenza nel mercato, si vuole evitare che la stessa p.a. possa inconsapevolmente assecondare gli interessi malavitosi, addivenire alla stipula di contratti con soggetti inadatti, menomare indirettamente la contendibilità delle commesse¹⁷.

FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2021, p. 56.

¹³ Attuativo della delega di cui agli artt. 1 e 2 della l. 136/2010. Il codice è stato a più riprese modificato; tra le novelle più significative rammentiamo quelle del 2014 (d.l. n. 119 e d.lgs. n. 153), del 2017 (l. n. 161) e, da ultimo, del 2021 (d.l. n. 152). Il quadro normativo qui in discorso, contenuto nel libro II, è definito "in alcune parti poco organico e inadeguato" in S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive tra lacune normative e discrezionalità amministrativa: il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indiziari*, in G. AMARELLI e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive*, cit., p. 89. In effetti, non si può non notare la sua scarsa linearità ed intelligibilità.

¹⁴ Germinate dal più ampio *genus* delle misure di polizia *ante o praeter delictum*, le prime forme di autentica tutela preventiva antimafia risalgono alla l. 575/1965, in cui si prevedeva il divieto per l'amministrazione di emanare provvedimenti di favore verso chi fosse stato attinto da una misura di prevenzione (art. 10). Col successivo d.lgs. 490/1994 (art. 4) si è disposta la distinzione tra comunicazione ed informazione antimafia, poi confermata nel testo unico di cui al d.p.r. 252/1998 (in special modo, artt. 1, 10 e 11). Sulla normativa pregressa, cfr. U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Quattosoli, Palermo, 1995, *passim* e G. ZGAGLIARDICH, E. MENGOTTI, *La nuova certificazione antimafia. Il DPR 252/98 e la nuova disciplina vigente dal 28 settembre 1998*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*.

Per approfondimenti storici sul diritto della prevenzione, M. SBRICCOLI (a cura di), *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim* e L. LACCHE, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2017, p. 413.

¹⁵ Ma non cautelare né d'urgenza; cfr. le annotazioni presenti in TAR Puglia, Bari, sez. III 28/2020. Pregevole la ricostruzione in termini di provvedimento di controllo in senso proprio: la p.a. effettua una verifica di conformità rispetto ad un parametro valutativo preesistente, con la possibilità di disporre sanzioni conseguenti (F. FIGORILLI e W. GIULIETTI, *op. cit.*, p. 7).

¹⁶ È ben noto che, conformemente alla giurisprudenza internazionale (ovvio il richiamo a Corte EDU, Engel v. Paesi Bassi, 8 giugno 1976), il carattere afflittivo o meno di una sanzione non si possa evincere dal solo dato formale (il *nomen iuris*), ma vada ricercato nei suoi connotati sostanziali e teleologici. Rispetto alla documentazione antimafia, la giurisprudenza è tetragona nello stimarla come strumento non penale, bensì preventivo; eppure, è necessario sottolineare che la compressione di un diritto, come quello di libera iniziativa economica discendente dall'interdittiva, può sia assolvere una finalità punitiva sia una funzione preventiva. Infatti, ad esempio, propendono per la natura quasi penale dell'interdittiva, P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e materia penale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6, 2018, *passim*; A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2019, p. 2, e J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2019, p. 9, mentre è a favore della prevalente natura preventiva (o almeno ibrida) - con l'aggiunta delle garanzie fissate nella sentenza Corte Edu, De Tommaso v. Italia, ric. 43395/09, deciso nel 2017 - F. MAZZACUVA, *La natura giuridica delle misure interdittive antimafia*, in G. AMARELLI e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 69.

¹⁷ Nella *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare*, XV legislatura, del 19.2.2008, disponibile al sito Inchieste Camera, si legge: "Il crimine organizzato ha individuato nel settore degli appalti pubblici il vero e proprio core business dell'imprenditoria illegale, in grado di assicurare concreti vantaggi che vanno anche oltre il mero arricchimento [...]. Attraverso gli appalti pubblici, infatti, le organizzazioni mafiose ricercano spazi economici legali, verso cui canalizzare i proventi illeciti con finalità di riciclaggio; rafforzano ulteriormente il controllo sul territorio imponendo subappalti [...]; ed infine acquisiscono una nuova veste di rispettabilità sociale connessa ad una minore visibilità [...]" (p. 32).

In estrema sintesi, sono il principio personalistico (art. 2 Cost.) e quelli di legalità e buon andamento (art. 97 Cost.), sottesi ad ogni azione amministrativa, a reclamare un controllo sulle relazioni economiche tra autorità pubblica e privati¹⁸.

Come già indicato, la documentazione non viene richiesta per qualsiasi rapporto giuridico né rispetto a qualsiasi soggetto. L'art. 83 clamp, infatti, indica innanzitutto, nella parte iniziale del comma 1 e nel comma immediatamente successivo, i soggetti "attivi", cioè coloro che sono *ex lege* obbligati ad acquisire la documentazione, senza poterla contestare nel merito: ovviamente le autorità pubbliche, ma anche certi corpi formalmente privati eppure materialmente collegati alla gestione dell'interesse pubblico (società controllate, concessionari, contraenti generali)¹⁹.

I soggetti "passivi", nei cui riguardi cioè deve essere disposto il controllo e che rispetto ad esso vantano un interesse legittimo oppositivo, sono invece elencati nell'art. 85 clamp, che distingue opportunamente tra operatore economico "semplice" ex comma 1 (*id est* impresa individuale, secondo la nozione civilistica: saranno il titolare e il direttore tecnico) e quello "complesso" (società, consorzi, raggruppamenti temporanei di impresa), avente una disciplina ben più dettagliata di cui ai commi susseguenti (di regola, sarà il rappresentante legale)²⁰.

Dall'ultima parte del comma primo dell'art. 83, inoltre, si trae l'ambito applicativo oggettivo, in quanto si precisa che tale tipologia provvedimentale deve essere acquisita in sede di gara ad evidenza pubblica (prima della stipulazione, approvazione o autorizzazione di contratti, compresi subcontratti) e di rapporti *strictu sensu* pubblicistici (prima del rilascio di autorizzazioni, concessioni, licenze)²¹. Il perimetro della

¹⁸ "Se un vero e più profondo fondamento, allora, si vuole generalmente rinvenire nella legislazione antimafia e, particolarmente, nell'istituto dell'informazione antimafia, esso davvero riposa nella dignità della persona [...]": così si esprime Cons. St. sez. III 758/2019.

Circa l'inefficienza complessiva del sistema ove rapportato alle altre misure di prevenzione, si vedano le critiche in F. G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 6, 2013, p. 13.

e *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, n. 6, 2018, p. 8, nonché N. DURANTE, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 4, 2020, p. 1966. Ulteriori indicazioni si possono trarre da F. FRATTINI, *Caratteri salienti e criticità recenti delle informative antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2020, *passim*.

¹⁹ Interessanti spunti si colgono in Cons. St. sez. III 452/2020, ove si propone di ritornare al testo originario del codice che, fino al 2012, prevedeva la possibilità di controlli anche da parte di soggetti formalmente e sostanzialmente privati, in rapporti *iure privatorum*.

²⁰ Meritano speciale menzione il comma 2 ter, dedicato alle società costituite all'estero, e il comma 3, il quale estende i controlli anche ai familiari maggiorenni conviventi con i soggetti elencati nelle disposizioni precedenti. L'Atto Senato n. 1236 - al momento in cui si scrive in discussione in sede camerale, dopo essere stato approvato all'altro ramo - aggiunge, condivisibilmente, le imprese parti di un contratto di rete (art. 3). È pacifico che in nessun caso possa essere attinto dalla documentazione il singolo come persona fisica, in forza non solo dell'inequivoco tenore testuale della normativa, ma anche secondo un'interpretazione sistematica e teleologica (Cons. St. sez. III 5350/2024 e 2212/2023).

²¹ Si rinvia, come fa lo stesso art. 83, alla lunga elencazione di cui all'art. 67 c. 1 clamp, che, si badi, non annovera solo atti amministrativi in senso stretto, ma anche atti formalmente privati (come la segnalazione certificata di inizio attività).

documentazione è infine ritagliato dal comma 3 dell'articolo da ultimo citato, il quale fissa alcune eccezioni all'obbligo anzidetto²².

Ferma la disciplina comune appena tratteggiata, il legislatore discerne, in base ai contenuti e all'efficacia, due tipologie di documentazione antimafia, la comunicazione e l'informazione (art. 84 c. 1 clamp).

Con la comunicazione antimafia, la cui regolazione è dislocata negli artt. 84 c. 2, 86 c. 1 e c. 5 e 87 e ss. clamp, l'amministrazione attesta la presenza (o meno) di una misura preventiva personale e definitiva di competenza giudiziaria di cui agli artt. 4 e ss. clamp oppure di una condanna - anche non definitiva ma confermata in appello - per i gravi reati richiamati dall'art. 51 c. 3 bis c.p.p.²³. È dunque un provvedimento dal carattere vincolato, che non presuppone alcun margine di scelta in capo al soggetto pubblico né tanto meno una sua valutazione sulla delibazione della magistratura. La p.a., semplicemente, non deve fare altro che verificare la presenza dei detti atti²⁴.

Se l'accertamento dà esito negativo, ossia si riconosce che le misure anzidette non siano più aggiornate (in quanto caducate o altrimenti prive di effetti), viene rilasciata una comunicazione liberatoria che conferisce il potere di addivenire alla stipula del contratto o di ottenere il provvedimento favorevole per

²² Tra le più importanti delle quali ricordiamo quella della lett. e) che lo esclude allorché si tratti di contratti e provvedimenti non aventi un valore economico superiore ad una data soglia, pari oggi a 150.000 euro. Pur a fronte di tali deroghe, l'amministrazione è comunque facoltizzata ad acquisire l'accertamento: Cons. St. sez. III 3874/2014 e 3300/2016. L'art. 91 c. 7 clamp affida ad un regolamento governativo l'individuazione delle attività produttive maggiormente esposte al rischio di infiltrazione, rispetto alle quali l'ottenimento della documentazione è sempre obbligatoria, a prescindere dal valore. Anche gli artt. 91 c. 1 bis e 95 c. 3 annoverano ipotesi di acquisizioni indipendenti dall'importo degli emolumenti.

²³ L'art. 84 c. 2 clamp, nello scolpire tale previsione, rinvia infatti all'art. 67: il comma 1, a sua volta, rimanda al libro I, titolo I, capo II del codice antimafia e, cioè, appunto, alle misure citate nel corpo; l'ultimo comma alle fattispecie criminose riferite (per esempio, associazione mafiosa, scambio elettorale politico-mafioso, associazione a delinquere per spaccio di droga).

Ove sia occorsa la riabilitazione ex art. 178 c.p. per i reati accertati giudizialmente o quella ex art. 70 clamp, la comunicazione non può più essere ostativa. Per una migliore trattazione del rapporto riabilitazione-documentazione, A. ALBERICO, *Giudizio penale, riabilitazione ed interdittive*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 309.

²⁴ La comunicazione viene acquisita dai soggetti "attivi" mediante diretta consultazione della banca dati nazionale unica (bdna), di cui agli artt. 96 e ss. (cfr. altresì il d.p.c.m. 193/2014). Il rilascio della comunicazione è immediato in mancanza di misure afflittive (artt. 87 c. 1 e 88 c. 1 clamp: cosiddetta comunicazione *de plano*). Qualora invece emergano le cause ostative richiamate (oppure quando il soggetto "passivo" non sia censito dalla bdna), il procedimento si aggrava, prevedendosi uno slittamento di attribuzione in favore della prefettura competente per territorio (per il riparto di competenza amministrativa cfr. art. 87 c. 2 clamp).

Data la rilevanza degli interessi in gioco, la legislazione giustifica una compressione delle garanzie procedurali comuni di cui alla l. 241/1990. In particolare, vista l'urgenza, viene pretermesso il contraddittorio endoprocedimentale, mancando la comunicazione di avvio (Cons. St. sez. III 4555/2016, 565/2017, 758/2019, 1968/2019 e 2854/2020). È sicuramente applicabile l'art. 21 octies c. 2 sui vizi formali non invalidanti; sul punto cfr. Cons. St. sez. III 5623/2013 e 4716/2024.

Parziale attenuazione subisce infine il diritto di accesso documentale. Conformemente all'art. 24 c. 1 l. 241/90, il d.m. 415/94 (lett. d), art. 3), per quanto qui rileva, vieta l'ostensione dei documenti dell'amministrazione dell'interno "per motivi di ordine o di sicurezza pubblica ovvero ai fini di prevenzione e repressione della criminalità". La giurisprudenza ritiene che in tale espressione non rientri automaticamente la documentazione antimafia, essendo necessario che la p.a. motivi di volta in volta il diniego secondo le regole generali. Il tema è scandagliato in Cons. St. sez. III 1788/2012 e 6360/2023 e CGARS 9/2011.

i successivi 6 mesi²⁵; nell'evenienza opposta, l'autorità prefettizia adotta una comunicazione interdittiva²⁶ che estingue tutte le iscrizioni, autorizzazioni, abilitazioni per lo svolgimento di attività imprenditoriali, compresi silenzi assenso e segnalazioni certificate (artt. 67 c. 1 e 89 c. 2 clamp), ed è altresì fonte del divieto di concludere contratti (e subcontratti) con la p.a. (art. 67 c. 2 clamp)²⁷.

1.2. Segue: l'informazione antimafia

L'informazione (o informativa) antimafia è il provvedimento che accerta la presenza (o meno), ancora una volta, di una misura preventiva personale disposta con provvedimento definitivo dall'autorità giudiziaria ovvero - ed è questo l'aspetto saliente - di tentativi di infiltrazione mafiosa aventi la finalità di condizionare le scelte economiche dell'organismo interessato²⁸ (art. 84 c. 3 clamp). Il condizionamento può anche essere desunto dagli elementi indicati in via esemplificativa dallo stesso codice: dall'elencazione non tassativa²⁹ di cui all'art. 84 c. 4 clamp la dottrina e la giurisprudenza hanno tratto la distinzione tra informativa specifica, basata sui rivelatori di cui alle lett. a), b), c) ed f) (ma si veda pure l'art. 91 c. 6, ultima parte)³⁰, e informativa generica, radicata, in forza delle restanti lettere (e della prima parte dell'art. 91 c. 6), su indici sintomatici non legislativamente predeterminati ma lasciati alla valutazione dell'amministrazione³¹.

²⁵ L'efficacia semestrale è fissata nell'art. 86 c. 1 clamp e, a parere del diritto pretorio (Cons. St. sez. III 5479/2019; TAR Palermo sez. I 288/2018), vale solo per le comunicazioni liberatorie, non avendo termine quelle interdittive.

²⁶ Da comunicare entro i successivi 5 giorni all'interessato: comma 4 quinquies dell'art. 88 clamp.

²⁷ Per l'estensione delle incapacità al convivente e ai corpi morali controllati dal preposto, si veda il comma 4 dell'art. 67 clamp. Gli strumenti preventivi e, di conseguenza, la comunicazione ostativa possono eccezionalmente essere accantonate per opera del giudice della prevenzione nel caso in cui, per effetto delle medesime, l'interessato (e la sua famiglia) verrebbero privati dei mezzi di sostentamento (comma 5).

²⁸ L'elemento del condizionamento che si aggiunge a quello dell'accertamento del rischio di infiltrazione è ingiustamente sacrificato, tanto nella prassi amministrativa quanto nella giurisprudenza. Lo denuncia F. G. SCOCA, *Le interdittive*, cit., p. 2.

²⁹ E non potrebbe essere diversamente secondo il formante giurisprudenziale: cfr. Cons. St. sez. III 565/2017, 1109/2017, 6896/2023, 142/2024 e 193/2024. In Cons. St. sez. III 1743/2016 si afferma: "*Gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numerus clausus, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento*".

³⁰ Rispettivamente concernenti la condanna (o il rinvio a giudizio o l'apposizione di misure cautelari) per certi gravi reati (per citarne alcuni: turbata libertà degli incanti, estorsione, usura; beninteso, la presenza di questi reati spia non comporta alcun automatismo), l'irrogazione (o la proposta) di una misura preventiva, l'omessa denuncia di alcuni reati (concussione ed estorsione aggravati dalla finalità/agevolazione mafiosa), l'effettuazione di manovre societarie sospette (per esempio, sostituzione degli organi sociali compiute da conviventi stabili con i soggetti di cui alle lett. a) e b)). L'art. 91 c. 6, ultima frase, clamp si riferisce d'altra parte alla violazione degli obblighi di tracciabilità finanziaria. Al di là delle specificità, si tratta dunque di elementi indiziari che possono assumere valenza ai presenti fini secondo una valutazione *ex post facto*.

³¹ Qui il legislatore alle lett. d) ed e), infatti, si limita a rinviare agli accertamenti effettuati dal prefetto, anche al di fuori della provincia di competenza, in forza delle potestà di cui all'art. 93 c. 1 clamp (accesso in cantiere e alla banca dati) e al d.l. 629/1982, artt. 1, 1 bis, 1 ter, 1 quater, i quinquies, 1 sexies (poteri delegati dal Ministero dell'interno). Per la prima parte dell'art. 91 c. 6 clamp, inoltre, l'infiltrazione può essere evinta da condanne non definitive per reati strumentali - che non vengono nominati - all'attività della consorzeria, in uno con concreti elementi da cui risulti che l'attività imprenditoriale possa, anche indirettamente, agevolare l'attività criminosa o esserne condizionata. La giurisprudenza, nonostante le critiche della dottrina (su tutti, G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. Lgs. n. 159/2011?*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2017, p.

Pertanto, è di tutta evidenza come l'informazione se, rispetto alla ricognizione delle misure preventive inoppugnabili, presenta, come la gemella comunicazione, un connotato vincolato, nell'altra ipotesi riguardante l'infiltrazione criminosa assume incontestabilmente un contenuto discrezionale o, meglio ancora, vista l'assenza di una concreta ponderazione di interessi, tecnico discrezionale³²: il riconoscimento dell'influenza clanica deriva da un giudizio che, per quanto figlio di indizi chiari, precisi, concordanti (art. 2729 c.c.), valutati globalmente secondo la regola della causalità cruciale, non può che essere soggettivo e opinabile. Questo istituto per il suo connotato preventivo non esige infatti la prova di un fatto (né del reato di associazione mafiosa né dell'avvenuta infiltrazione), ma la presenza di elementi, pur risalenti nel tempo e non antiggiuridici, da cui si possa desumere, secondo una ragionevole deliberazione a struttura bifasica (diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità), l'attuale pericolo di ingerenza mafiosa³³. Tra gli indizi più significativi emersi nel diritto vivente, si segnalano: provvedimenti giudiziari diversi da quelli elencati nell'art. 84 c. 4 clamp³⁴, rapporti di parentela³⁵, frequentazioni consuetudinarie³⁶, anomalie nella gestione societaria³⁷.

290 e ss.), ha dato un'interpretazione tassativizzante degli elementi sintomatici: cfr. l'elencazione in Cons. St. n. 1743 cit., ripresa in Cons. St. sez. III 758 e 2212 del 2019 e persino in C. Cost. 57/2020. Il tema sarà ripreso *infra* nell'ultimo paragrafo.

³² In termini, M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza nella legislazione antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 5, 2018, p. 5. Questa è l'ermeneusi prevalente (Cons. St. sez. VI 3598 e 3723 del 2008; CGARS 17/2010; in dottrina: F. G. SCOCA, *op. cit.*, p. 3), ma non l'unica. In TAR Calabria, Catanzaro, sez. I 1371/2015 si preferisce per esempio discorrere di discrezionalità pura. Si veda anche S. BIANCIFIORI, *Ancora sull'ampiezza della discrezionalità del Prefetto in tema di informative antimafia e sui correlati limiti del sindacato del giudice amministrativo*, in *Italiappalti*, 2018, p. 1.

³³ Un giudizio, tutto sommato, non dissimile da quello che il giudice penale compie in materia di misure di sicurezza personali. Sulla nozione di "tentativi di infiltrazione mafiosa" si veda A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, ESI, Napoli, 2017, p. 36 e ss. ove si prospetta un interessante confronto con gli istituti penalistici del tentativo di delitto (art. 56 c.p.) e del reato impossibile (art. 49 c.p.). Risulta pacifico che con questa espressione il legislatore abbia voluto indicare una fattispecie di pericolo concreto (lo afferma efficacemente Cons. St. n. 758 cit.), non per forza riconducibile alla pendenza di procedimenti penali né al paradigma del delitto tentato, non foss'altro perché non esiste un reato di infiltrazione mafiosa.

³⁴ Quali misure cautelari o preventive, archiviazioni, proscioglimenti, assoluzioni (Cons. St. sez. III 2683/2016), condanne per altri reati (Cons. St. sez. III 1657/2017) e ogni altra deliberazione della magistratura (Cons. St. sez. III 1901/2018). I fatti dedotti giudiziarmente rilevano comunque come dati oggettivi e storici, persino se risalenti nel tempo.

³⁵ Purché suffragati da puntuali elementi (convivenza, cointeressenza imprenditoriale, compartecipazione ai medesimi fatti): Cons. St. sez. III 96/2013, 1743/2016, 7151/2018, 2141/2019, 4300/2021, 1925/2024 ("[...] *in una famiglia mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, nolente, l'influenza del capofamiglia e dell'associazione*"). Sono equiparate le convivenze *more uxorio*.

³⁶ Sempreché non episodiche o casuali (Cons. St. sez. III 484/2013, 4295/2017, 2343/2018 e 7081/2023).

³⁷ Prestanome al vertice dell'impresa, subcontratti a favore di imprese mafiose, irregolarità contabili, assunzione di soggetti raccomandati dalle cosche, scissioni, fusioni, affitti di azienda; per una tassonomia più puntuale, si veda sempre Cons. St. 1743/2016 cit. nonché Cons. St. sez. III 488/2022. In caso di instaurazione di relazioni commerciali con soggetti già accertati come inquinati e la connessa tematica dell'informativa "a cascata": Cons. St. sez. III 2774/2016, 1103/2017, 4588/2018, 1359/2019 e 4421/2019. Sarebbe tuttavia auspicabile un utilizzo del tutto eccezionale e senza alcun automatismo di sorta dell'interdittiva *par ricochet*, come traspare da Cons. St. sez. III 132/2024; CGARS 125/2018 e TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 1310/2019.

La devoluzione della competenza ad una autorità amministrativa e non giurisdizionale, come previsto invece per alcune delle misure preventive contenute nel medesimo *corpus* normativo, non cozza col dettato costituzionale, in quanto la riserva di giurisdizione è fissata dall'art. 13 Cost. in materia di libertà personale, laddove la libertà di iniziativa economica, che qui viene in gioco, è costituzionalmente bilanciabile in nome di altri interessi (art. 41 Cost.).

Ben vero, la cornice indiziaria entro cui è incastonata la prognosi di inquinamento deve trovare solido fondamento nella motivazione provvedimento (art. 3 l. 241/90), entro la quale la p.a. dia conto, in modo razionale ed organico, se del caso rinviando *per relationem* agli atti degli organi di polizia, di tutti quei fatti su cui quest'ultima poggia, secondo un criterio inferenziale che può persino attingere a dati di comune esperienza (ove pertinenti) e che rimane estraneo, per ovvie ragioni, alla logica, tutta penalistica, della certezza probatoria al di là di ogni ragionevole dubbio, per assestarsi sullo standard quantitativamente inferiore del “più probabile che non”³⁸.

Com'è intuibile, l'informativa, se interdittiva³⁹, costituisce una forma di incapacità giuridica parziale e temporanea, che inibisce di giungere alla stipulazione (o approvazione o autorizzazione) dell'appalto pubblico (o del subappalto) ovvero di ottenere concessioni ed erogazioni (art. 94 c. 1 clamp)⁴⁰.

³⁸ L'enfasi sull'obbligo motivazionale è costantemente presente nel diritto pretorio, dove pacifica è l'ammissibilità della *relatio; ex multis*, Cons. St. n. 1743 cit. L'applicazione del criterio della probabilità statisticamente preponderante è unanime (*ex plurimis*, Cons. St. sez. III 4657/2015, 3583/2016, 1923/2017, 3173/2017, 2343/2018, 6105/2019, 1825/2021, 999/2024). L'impiego del paradigma dell'elevato grado di probabilità logica “*imporrebbe alla pubblica amministrazione una probatio diabolica, come si è osservato in dottrina, in quanto, se intesa in senso assoluto, richiederebbe di falsificare ogni ipotesi contraria e, se intesa in senso relativo [...] richiederebbe alla pubblica amministrazione uno sforzo istruttorio sproporzionato rispetto alla finalità del suo potere e ai mezzi di cui è dotata per esercitarlo*” (sono le parole di Cons. St. n. 6105 cit. che riecheggia M. NOCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2020, p. 31).

Più rigoroso nel giudizio il Consiglio siciliano (cfr. CGARS 125 e 237 del 2018), in ciò confortato da certa dottrina (in particolare, F. G. SCOCA, *op. cit.*, p. 4).

Per chi volesse approfondire il versante penalistico, G. CANZIO, L'“*oltre il ragionevole dubbio*” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2004, p. 303 e ss.

³⁹ Per la giurisprudenza prevalente (Cons. St. sez. III 5479/2019 e 8309/2021; TAR Palermo sez. I 288/2018; ne tratta anche C. Cost. 57/2020), in un'ottica di prevenzione e salvi gli aggiornamenti di cui all'art. 91 c. 5 clamp, la sola informativa liberatoria ha valenza annuale: art. 86 c. 2 clamp. Il decorso dell'anno per un'interdittiva, invece, produce l'effetto di onerare la p.a. a revisionare la situazione in corrispondenza delle sopravvenienze ovvero fa nascere il diritto dell'impresa a vedersi riesaminata la propria condizione.

Dal punto di vista formale, identicamente alla comunicazione, l'informazione è conseguita per mezzo della bdna ed il suo rilascio è immediato in mancanza di misure di prevenzione o di rischi di inquinamento mafioso (artt. 90 c. 1 e 92 c. 1 clamp: informazione *de plano*). Come prima, però, se affiorano le anzidette cause ostative (oppure quando il soggetto “passivo” sia sconosciuto alla banca dati), subentra l'autorità prefettizia (le regole di competenza territoriale sono le stesse della comunicazione: art. 90 c. 2 clamp) che, grazie anche ai poteri di accesso e di stimolo al contraddittorio di cui all'art. 93 commi 1 e 7 clamp, confezionerà, a seconda dei casi, una informativa liberatoria o interdittiva.

Comuni all'altra tipologia di documentazione sono infine le cautele assunte dal legislatore ove spirino i termini procedurali o si proceda in caso di urgenza (art. 92 commi 2, 3, 4 e 5 clamp; *infra* par. 2.2).

⁴⁰ Per ulteriori spunti, si rimanda *infra* al par. 2.1. In punto di tutela procedimentale, se in passato si assisteva al sacrificio degli istituti di garanzia - essendo il contraddittorio del tutto eventuale ex art. 93 c. 7 clamp (cfr. nota n. 24) - a seguito della riforma recata col d.l. 152/2021 si è dato nuovo vigore alla dialettica endoprocedimentale. L'art. 92 clamp, infatti, è stato innanzitutto compendiato di un comma 2 bis che sancisce l'obbligo della prefettura di dare una tempestiva notizia

2.1. Le ripercussioni dell'informazione sui contratti pubblici: le regole nella fase pubblicistica

L'ordinamento, lo si è visto, ha concepito l'istituto della documentazione affinché l'amministrazione eviti di intrattenere rapporti economicamente significativi con un'impresa entrata nell'orbita della malavita. L'imprenditore, in questi frangenti, magari dotato di adeguati mezzi organizzativi e finanziari, non merita tuttavia la fiducia delle istituzioni e subisce una serie di svantaggi di sicuro rilievo. Difatti, come avvertito in chiusura del precedente paragrafo, il soggetto attinto da un'informazione interdittiva antimafia sconta una forma di incapacità giuridica⁴¹, caratterizzata da relatività, in quanto concerne solamente alcuni rapporti con la pubblica amministrazione, da illimitatezza spaziale e da tendenziale temporaneità, potendo venir aggiornata in un secondo momento⁴².

Qui si gioca il delicatissimo equilibrio tra la tutela di beni metaindividuali di palese rilevanza costituzionale (ordine pubblico, concorrenza, buon andamento della p.a.) e il *vulnus* arrecato ad interessi individuali pure essi protetti costituzionalmente (libertà d'impresa).

In particolare, gli effetti in materia di appalti pubblici sono di notevole impatto; è opportuno distinguere il caso dell'interdittiva emessa prima della stipulazione del contratto, dall'evenienza in cui sia l'informazione a seguire la conclusione del negozio. La prima ipotesi è oggetto di approfondimento nel presente paragrafo.

al soggetto "passivo" quando propende per l'irrogazione dell'interdittiva, indicando gli elementi sintomatici. Così, da un lato, viene stimolato il dialogo con l'interessato, il quale, entro i successivi 20 giorni, può presentare memorie e documenti e richiedere di essere ascoltato e, dall'altro, vengono sospesi i termini procedurali del comma 2 (secondo le ritualità dell'art. 93 commi 7, 8 e 9 clamp). Il legislatore scandisce anche le possibili conclusioni della dialettica (comma 2 ter art. 92 cit.).

Per un'attenta ricostruzione dell'impatto della riforma sulla legislazione antimafia, si rinvia a F. GATTO, *Le nuove frontiere della Legislazione antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2024, p. 3; D. ALBANESE, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al "codice antimafia": maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di "prevenzione collaborativa"*, in *Sistema Penale*, n. 1, 2022, p. 2. L'auspicio per una maggior pregnanza del contraddittorio in materia, almeno nei casi più dubbi, era stato palesato per esempio in Cons. St. sez. III 4979/2020. In senso più ampio, M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2016, p. 5; F. G. SCOCA, *op. cit.*, *passim* nonché F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *op. cit.*, p. 19 e ss.

Si è giustamente rimarcato in dottrina (D. ALBANESE, *op. cit.*, p. 5) come l'istituto *de qua* più che guardare alla comunicazione di avvio del procedimento, pare avvicinarsi al preavviso di rigetto (art. 10 bis l. 241 cit.): una sorta, cioè di predecisione sfavorevole e motivata che conferisce la possibilità all'interessato di controbattere alla p.a., con la particolarità che si applica a procedimenti iniziati d'ufficio e con l'ulteriore aggravio dei limiti sopra citati.

⁴¹ In termini Cons. St. Ad. Plen. 3/2018 ove si è statuito che l'incapacità copre pure ogni obbligazione pecuniaria soggettivamente pubblica, compresa quella di risarcimento danni nei confronti del privato. Per una critica a tale *decisum*, G. LEONE, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della orma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 117.

L'art. 83 bis clamp conferisce la possibilità, tramite protocolli stipulati tra il Ministero dell'interno e le imprese di rilevanza strategica, di estendere la disciplina - e soprattutto gli effetti impeditivi - della documentazione anche nei rapporti tra privati. Per uno studio più attento *infra*, par. 2.3 della Parte II.

⁴² La sanzione così descritta viene enfaticamente etichettata in dottrina (F. CARINGELLA, *Legislazione antimafia e appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4, 1997, p. 369; M. MAZZAMUTO, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10, 2018, p. 2222) e in giurisprudenza (Cons. St. sez. III 758/2019) come "ergastolo imprenditoriale". Ma si badi ci sono anche altre conseguenze: dall'interdittiva discende, per esempio, l'impossibilità di iscrizione in albi ed elenchi, comprese le *white list* prefettizie dell'art. 1 commi 52 e 53 l. 190/2012 e art. 29 c. 1 d.l. 90/2014, e la necessaria inclusione nel casellario informatico gestito dall'ANAC.

L'art. 94 c. 1 clamp, per quanto qui di interesse⁴³, sancisce che ove i soggetti “attivi” recepiscano un’informativa ostativa, questi non possano stipulare (né autorizzare né approvare) il contratto (o il subcontratto). Nonostante la lettera della disposizione sembri indicare che l’interdittiva non operi come causa di esclusione dalla gara, per assumere rilievo solo all’esito della selezione⁴⁴, è l’art. 94 c. 2 del nuovo codice degli appalti (d.lgs. 36/2023, da qui in poi cod. app.)⁴⁵ a chiarire, opportunamente, che l’attestazione dell’infiltrazione mafiosa da parte del provvedimento prefettizio è requisito negativo generale di partecipazione, la cui presenza comporta l’automatica esclusione. Dal combinato disposto delle due norme citate deriva, dunque, che l’impresa attinta dall’informativa inibitoria è impedita sia di siglare il negozio sia, a monte, di prender parte alla gara ad evidenza pubblica, in linea con l’idea di evitare che si giunga all’aggiudicazione, ancor prima che alla stipulazione del contratto, a favore di soggetti non degni di fiducia per preminenti ragioni di ordine pubblico.

D’altra parte, va ricordato che nelle procedure competitive i requisiti di partecipazione tipizzati dal legislatore devono sussistere per tutta la procedura e finanche nella fase privatistica dell’esecuzione⁴⁶: se mancano *ab origine*, l’operatore economico è inibito a presentare la propria candidatura; se vengono meno in corso di gara, si traducono nell’estromissione di quest’ultimo, con conseguente impossibilità di ottenere l’aggiudicazione.

Il comma 6 dell’art. 96 cod. app. fa comunque salva la possibilità per l’imprenditore attinto da una causa di esclusione - interdittiva antimafia compresa - di provare la sua effettiva affidabilità tramite l’adozione di adeguate misure di risanamento (risarcimento danni, chiarimento dei fatti, collaborazione con le autorità, interventi di carattere tecnico, organizzativo, gestionale). Una sorta di integrazione istruttoria che conferisce la possibilità, aprendo un contraddittorio con la stazione appaltante, di dar adeguato peso alle sopravvenienze emerse *medio tempore* onde far salva la partecipazione alla competizione, in ossequio ai principi di fiducia e massima partecipazione concorrenziale (artt. 2 e 3 cod. app.).

2.2. Segue: le regole nella fase esecutiva

A prima vista, parrebbe quantomeno ambiguo che nelle situazioni di maggior delicatezza, cioè quelle in cui affiorino dei dubbi sull’infiltrazione che non permettono il rilascio dell’informativa liberatoria *de plano*, la p.a. abbia la possibilità di proseguire il suo iter in assenza della statuizione della prefettura, in conformità

⁴³ In caso di atti di matrice pubblicistica, la disposizione prosegue inibendo alla p.a. procedente di rilasciare l’autorizzazione, la concessione, l’agevolazione richieste. Si veda anche il contributo di G. CORSO, G. PESCE, *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2019, p. 913 e ss.

⁴⁴ Coerentemente con l’art. 38 del d.lgs. 163/2006 (codice degli appalti del 2006) che non annoverava tra le cause di estromissione dalla competizione l’infiltrazione mafiosa.

⁴⁵ Identica era la dizione del previgente art. 80 c. 2 d.lgs. 60/2016 (codice degli appalti del 2016).

⁴⁶ Per esempio, Cons. St. sez. V 1810/2017.

all'art. 92 c. 3, primo periodo, clamp. Per questo l'ordinamento ha erto alcuni argini volti a temperare l'esigenza di efficienza e celerità amministrativa con la salvaguardia dell'ordine pubblico.

L'art. 94 c. 2 e il (quasi) omologo art. 92 c. 3, secondo periodo, del codice antimafia racchiudono la disciplina da seguire ove l'informativa impeditiva sopraggiunga alla stipula del contratto⁴⁷: a discapito dell'ordinaria sequenza immaginata nel primo comma dell'art. 94 (informazione-negozio), l'inversione (negozio-informazione) può avvenire o perché i termini ordinatori di cui all'art. 92 c. 2 clamp (30 giorni) sono inutilmente trascorsi o in quanto si procede per "somma urgenza" (*sic!*)⁴⁸. Ebbene, in questo caso, il codice sancisce prima di tutto che il negozio contrattuale debba essere fatto oggetto di recesso da parte dell'amministrazione interessata e che le erogazioni ad esso connesse siano soggette a condizione risolutiva⁴⁹.

Lo stesso fenomeno - l'interdittiva tardiva - è dunque crocevia di plurime conseguenze, tutte accomunate dall'instabilità della relazione contrattuale: recesso e avveramento di condizione. Ciò che viene propriamente difeso non è l'interesse dell'amministrazione a contrattare con soggetti lontani dai clan, ma quello negativo di non contrattare con operatori influenzati dalla mafia.

Il recesso *de quo* (menzionato in ambo le disposizioni citate) è un diritto potestativo di natura pubblicistica e di fonte legale (art. 21 sexies l. 241/90, ma si noti l'affinità con l'art. 11 c. 4 della medesima legge), con finalità di *ius poenitendi* rispetto ad un vincolo obbligatorio che non sarebbe dovuto nascere⁵⁰. Si pone in rapporto di specialità col recesso, discrezionale, *sine die* e oneroso, fissato all'art. 123 cod. app., da cui ripete, in mancanza di regolamentazione, le ritualità procedimentali (cfr. comma 2).

Sotto la vigenza delle cosiddette informative atipiche⁵¹ - così definite perché, pur in presenza di alcuni indici di allarme, venivano rilasciate dalla prefettura in assenza della certezza indiziaria dell'infiltrazione - che devolvevano ai soggetti "attivi" il potere di stabilire discrezionalmente le sorti del rapporto con

⁴⁷ Anche in questo paragrafo, come nel precedente, teniamo separate le conseguenze sui provvedimenti ampliativi (autorizzazioni, concessioni): qui l'art. 94 c. 2 prevede l'istituto della revoca (art. 21 quinquies l. 241/90, anche se per la verità è una forma di autotutela vincolata - salva la deroga del comma 3).

Interessanti spunti dottrinari sono presenti in C. VILLANACCI, *Gli effetti civilistici dell'interdittiva antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2020, *passim*.

⁴⁸ Invece nell'art. 92 c. 3 clamp l'urgenza perde il superlativo.

⁴⁹ Le medesime contromisure sono previste nell'art. 88 clamp per la comunicazione antimafia.

⁵⁰ Sulla natura di questo potere (e sul tema della condizione), cfr. A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia*, cit., p. 80 e ss., ove si conclude a favore della tesi della eterogeneità di questo rispetto al recesso civilistico ex art. 1373 c.c. per la mancanza di un'autentica discrezionalità nella scelta della spendita del potere.

⁵¹ La base normativa si rinveniva nel combinato disposto dell'art. 10 c. 7 lett. d) e c. 9 d.p.r. 252/1998 e dell'art. 1 septies d.l. 629/1982. Per un'applicazione pratica, Cons. St. sez. V 5710/2000. Alcuni autori (B. MACRILLÒ, *La sopravvivenza della informativa atipica dopo il "correttivo" del codice antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 1, 2014, p. 11) le ritengono ancora vigenti, in mancanza di un'espressa abrogazione; la tesi maggioritaria, tuttavia, opina nel senso della loro cancellazione dal sistema normativo, rimanendo al più concepibili come meri atti endoprocedimentali (Cons. St. sez. III 5854/2024 e 8507/2023; R. GRECO, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di misure antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2024, p. 4).

l'impresa, era la p.a., con una sua autonoma deliberazione, a decidere se mantenere o far estinguere il vincolo contrattuale. Oggi, venuto meno l'istituto ad opera del codice antimafia ed essendo le documentazioni tutte tipiche, l'amministrazione non ha margini di scelta: deve procedere alla caducazione del negozio. Non è ipotizzabile, d'altra parte, che il soggetto "attivo" sindachi il merito della scelta dell'autorità prefettizia, atteso che si tratta di potere volto alla cura di interessi collettivi rimessi all'esclusivo apprezzamento dell'amministrazione di pubblica sicurezza⁵².

In definitiva, il recesso costituisce per la p.a. un atto necessitato.

Tuttavia, il legislatore ha codificato due valvole di sfogo, onde attenuare la rigidità della tratteggiata disciplina. L'autorità pubblica è abilitata a non procedere al recesso se l'opera è in corso di ultimazione oppure se l'operatore economico non è rapidamente sostituibile e si versi in tema di servizi di pubblica necessità (comma 3 art. 94 cit.)⁵³. Pertanto, secondo un approccio eminentemente improntato a pragmatismo ed economicità (art. 1 cod. app.), a fronte di un evidente sperpero di risorse ovvero di una profonda menomazione dell'erogazione di attività ritenute essenziali per la collettività, l'interesse a stralciare i rapporti con l'operatore economico inquinato soccombe rispetto a quello di far sopravvivere il vincolo negoziale, derogandosi in aggiunta alla regola della persistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicatario. Invero, nel rispetto del principio di legalità, la p.a. è tenuta a dare adeguata motivazione della sua scelta: ove opti per il recesso, può essere bastevole rinviare tramite *relatio* all'atto prefettizio; allorquando, viceversa, la sua deliberazione sia favorevole alla persistenza del contratto, è chiamata a soddisfare un puntuale onere motivazionale che giustifichi il ribaltamento dei rapporti di forza tra regola (recesso) ed eccezione (non recesso)⁵⁴.

All'estinzione contrattuale seguono infine due effetti: uno non richiamato dall'art. 94 in analisi, ma estrapolabile dal sistema, l'altro menzionato in questo articolo. Il primo si ricava quindi dall'art. 124 c. 1 del codice dei contratti pubblici⁵⁵, ove si statuisce che l'amministrazione, scelto il recesso, per assecondare le sue esigenze di risultato entro la cornice dell'evidenza pubblica, deve contattare gli altri partecipanti alla gara secondo l'ordine della graduatoria definitiva, al fine di addivenire alla stipula di un nuovo negozio alle medesime condizioni offerte dal vincitore (salvo diversa indicazione del bando). Qualora ciò non sia possibile, si dovrà indire un nuovo confronto competitivo.

⁵² Cons. St. sez. III 1292/2015 e 6045/2017.

⁵³ Altra ipotesi di sopravvivenza contrattuale si ha quando, nonostante l'interdittiva, venga disposta la straordinaria e temporanea gestione d'impresa ex art. 32 c. 10 d.l. 90/2014. In tal caso però siamo di fronte ad una decisione della stessa prefettura che, in nome degli interessi selezionati dal legislatore, ritiene necessaria la prosecuzione del singolo rapporto negoziale.

⁵⁴ Onere che giustamente viene messo in evidenza in giurisprudenza: Cons. St. sez. III 6045/2017, 6195/2017 e 1247/2018; TAR Campania, Napoli, sez. I 860/2014.

⁵⁵ Cfr. la simmetrica dizione dell'art. 110 c. 1 del codice del 2016.

L'altra conseguenza è prevista dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 94 clamp e concerne l'evenienza in cui non solo l'interdittiva sia successiva al contratto, ma quest'ultimo abbia avuto una parziale esecuzione. In nome del principio civilistico di necessaria causalità dei trasferimenti di ricchezza⁵⁶ e di quello di fiducia (art. 2 c. 1 cod. app.), l'operatore economico, nonostante l'estinzione della relazione contrattuale, ha diritto al pagamento delle opere già realizzate e alla rifusione delle spese sostenute per le rimanenti, nei limiti dell'utilità conseguita⁵⁷. Quest'ultima espressione non assume valenza escludente, essendo da leggere nel senso che tutte le utilità conseguite rispetto alle opere già realizzate devono essere liquidate; non si può chiaramente pensare invece di monetizzare le utilità per i lavori residui e non completati, rispetto ai quali infatti sono rimborsate le sole spese.

Per quanto riguarda invece la condizione (si badi, citata nel solo art. 92 clamp), può esser vista come una *condicio iuris* positiva, unilaterale e casuale, afferente ai presupposti legali del contratto, in cui l'evento dedotto, senza che sia dichiarato apertamente, consiste nella posticipata emanazione dell'interdittiva. Essa viene disposta in riferimento alle agevolazioni economiche (e qui siamo fuori dalla materia degli appalti), come pure - e questo è di interesse ai fini della presente dissertazione - rispetto alle "altre erogazioni di cui all'art. 67", comprese quindi quelle che trovano causa in un contratto pubblico.

Ora, coordinare quest'ultimo congegno, con quello, avente il medesimo presupposto, del recesso, non è operazione agevole⁵⁸. Da un lato, abbiamo il recesso, fonte di estinzione non retroattiva del contratto, rimesso ad un atto necessitato di manifestazione unilaterale di volontà da parte della p.a., che può dar vita ad obbligazioni indennitarie per quest'ultima; dall'altro, la condizione risolutiva, causa di inefficacia negoziale retroattiva, operante *ipso iure*, da cui sgorgheranno eventualmente obblighi restitutori in capo al

⁵⁶ Che si può evincere dai cosiddetti quasi contratti (gestione di affari altrui, ripetizione dell'indebito, ingiustificato arricchimento); non è peraltro un *unicum* nel panorama dei contratti pubblici: si vedano gli artt. 122 c. 5 e 123 c. 1 del codice degli appalti.

⁵⁷ Identica regola si applica ove si discorra di revoca di provvedimento amministrativo di favore.

Rispetto a questa situazione si registra però un contrasto interpretativo in ordine all'eventuale obbligo di restituzione da parte del privato delle somme pubbliche già percepite ed investite. Secondo Cons. St. sez. III 5578/2018 l'inciso finale "*nei limiti delle utilità conseguite*" di cui all'art. 94 c. 2 (e art. 92 c. 3) si riferisce solo ai rapporti contrattuali e perciò le somme ottenute tramite agevolazioni amministrative andrebbero ripetute integralmente. A parere invece di CGARS 3/2019 non può esistere un obbligo di restituzione rispetto a rapporti esauriti o che avrebbero dovuto già esserlo ma che non lo sono per colpa imputabile all'amministrazione; se così non fosse i ritardi e le inefficienze di quest'ultima verrebbero premiati. Il conflitto si è poi risolto a favore della prima soluzione, in nome dell'eccezionalità dell'art. 94 c. 2 (Cons. St. Ad. Plen. 23/2020). Il dibattito è efficacemente ricostruito in A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 155 e ss.; per ulteriori approfondimenti F. VALENTINI, *Controllo giudiziario e revoca di contributi e finanziamenti in caso di interdittiva antimafia. Nota a Tar Catanzaro 14 giugno 2021, n. 1203*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2021, *passim*.

Maggiormente oneroso è invece il recesso previsto nel codice degli appalti, in quanto, oltre al pagamento delle prestazioni eseguite e dei materiali in cantiere, la stazione appaltante è tenuta a versare il decimo del valore dei lavori ancora da eseguire (art. 122 c. 1).

⁵⁸ L'abrogato art. 4 d.lgs 490/1994 prescriveva infatti una disciplina diversa e concorrente: il recesso - peraltro facoltativo - operava solo ove si procedesse per "somma urgenza", la condizione risolutiva nelle restanti ipotesi di superamento del *dies procedimentale*.

privato. Per dare razionalità al sistema, si può condividere quella ricostruzione dottrinarica⁵⁹, basata sull'elasticità richiesta dal principio del risultato (art. 1 c. 4 cod. app.), che vede i due istituti aventi un ambito applicativo diverso ma complementare, dipendente dalla presenza o meno di esborsi pubblici, secondo questa scansione: 1) ove nessuna delle prestazioni pattuite abbia avuto esecuzione, scatta il recesso (=estinzione pura e semplice); 2) se l'amministrazione ha già anticipato, anche solo parzialmente, il pagamento, a fronte della mancanza di controprestazione, deve operare la condizione risolutiva (=obbligo di ripetizione dell'indebito); 3) nell'ipotesi inversa in cui è l'operatore ad aver dato esecuzione ai suoi obblighi e sia il corpo amministrativo a rimanere inerte, deve operare il recesso, mancando *in toto* un esborso di pubblico denaro (=obbligo di indennizzo); 4) da ultimo, il caso ibrido in cui entrambi le prestazioni abbiano avuto (almeno) principio. Qui in teoria potrebbero trovare eguale spazio i due istituti, ma in concreto il risultato è il medesimo: se si sceglie il recesso, il privato va conseguentemente rimborsato delle opere realizzate; se si decide di far valere la condizione, essa non può avere effetti retroattivi, come d'altronde prescritto in caso di prestazioni di durata dall'art. 1360 c. 2 c.c.⁶⁰, perché significherebbe altrimenti arrivare alla demolizione dell'*opus*, con grave nocumento all'interesse collettivo. Di conseguenza la controparte imprenditoriale dovrà restituire solo la differenza tra quanto percepito dalla p.a. e quanto ha diritto ad ottenere come indennizzo per le attività già svolte.

Da ultimo ci sarebbe come supplemento un ulteriore strumento previsto dal legislatore per fronteggiare l'anticipazione della stipulazione contrattuale, specialmente riferibile alle situazioni di cui al descritto n. 4), e si rinverrebbe dall'estensione analogica dell'art. 92 c. 5 clamp⁶¹: ivi si dispone un meccanismo tutto sommato paragonabile alla condizione sospensiva, con la possibilità dell'amministrazione di bloccare la corresponsione delle agevolazioni economiche derivanti da atti ampliativi fin quando non venga emanata l'informativa liberatoria; allo stesso modo, vista l'identica *ratio* sottesa, tale potere cautelare-conservativo potrebbe essere applicabile per gli emolumenti pattiziamente dovuti.

Per completezza, si ricorda che il codice degli appalti prevede, all'art. 122, una precipua forma di risoluzione contrattuale procedimentalizzata, operante allorquando ricorrano alcune situazioni contigue

⁵⁹ Ancora una volta sia consentito il rinvio a A. BONGARZONE, *op. cit.*, p. 159.

⁶⁰ Ma si veda pure il riferimento alla "*natura del rapporto*" del comma 1.

⁶¹ A. BONGARZONE, *op. cit.*, p. 76. In particolare, lo strumento condizionale descritto nel testo si dovrebbe utilizzare nel caso in cui l'operatore economico nei confronti del quale ci siano dei dubbi di inquinamento, sia già censito nella banca dati e siano decorsi i termini procedimentali dell'art. 92; invece, ove si tratti di soggetto non scrutinato dalla bdna, si dovrebbe far riferimento al recesso.

Sulla stessa scia, in C. Cost. 57/2020 si auspica un intervento legislativo volto ad estendere il potere sospensivo-cautelare dell'art. 67 c. 5 clamp (congelamento giudiziario dell'efficacia delle decadenze e dei divieti ivi sanciti allorché pregiudichino i mezzi di sostentamento dell'interessato) anche alla materia *de qua*. Ma la relativa questione di costituzionalità è stata di recente rigettata dal giudice delle leggi, pur con l'ammonimento che, nel caso di protrazione dell'intervento legislativo volto ad appianare la differenza di trattamento, interverrà direttamente (C. Cost. 180/2022). Ad oggi, l'Atto Senato n. 1236, il cui *iter legis* è pendente, prevede una modifica nella direzione auspicata dalla Consulta (art. 3).

all'informativa. In particolare, per quanto rileva in questa sede, avremo, in forza del rinvio che l'art. 122 c. 1 lett. c) fa all'art. 94 c. 1 cod. app., una risoluzione discrezionale se l'operatore economico sia colpito da sentenza di condanna definitiva, tra gli altri, per associazione mafiosa (o per reato aggravato ex art. 416 bis.1 c.p.); avremo invece una risoluzione vincolata e obbligatoria ex art. 122 c. 2 lett. b), qualora sovvenga una misura preventiva definitiva di cui al clamp (che, come già anticipato, è uno dei presupposti per la documentazione antimafia per il combinato disposto dell'art. 67 con gli artt. 84 c. 2 e 92 c. 1 clamp). In questi casi, la controparte privata ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni eseguite, con detrazione degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento dell'accordo (art. 122 commi 5 e 6).

In conclusione, assistiamo nella materia *de qua* all'integrazione, che è una costante nel diritto pubblico⁶² e che oggi è sempre più frequente persino nel diritto comune⁶³, dell'autonomia privata della p.a. con regole e principi eteronomi, al fine di dettare ordine nella vita di relazione.

Libertà negoziale significa possibilità di autoregolare la propria sfera giuridica. Eppure, l'ordinamento è sempre più attento a come i soggetti, privati e pubblici, la impiegano.

Diviene quindi cruciale un intervento più incisivo dell'autorità legislativa, finalizzato a razionalizzare l'esercizio dell'autonomia contrattuale, soprattutto in vista della tutela di valori superindividuali⁶⁴. A rigore, si conferma una volta di più l'immanenza della cura concreta dell'interesse pubblico all'attività, finanche *iure privatorum*, dell'amministrazione.

2.3. Il caso dell'operatore economico in forma collettiva

L'operatore economico può prender parte alla gara ad evidenza pubblica o in forma singola (impresa individuale, società, singolo professionista) o in forma collettiva (raggruppamento temporaneo di imprese - rti, consorzio, gruppo europeo di interesse economico)⁶⁵. Quest'ultima variante è particolarmente favorita dalla legislazione nazionale ed europea in nome del principio della massima partecipazione,

⁶² Già U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, p. 137 e F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987, p. 155; si veda anche Cons. St. Ad. Plen. 5/1999.

⁶³ Come non pensare alle normative sui contratti del consumatore (d. lgs. 206/2005) e sulla subfornitura (l. 198/1998). Ma si veda anche il dibattito circa l'abuso del diritto (in tema di recesso, Cass. sez. III 20106/09; sul divieto di frazionamento abusivo del credito, Cass. sez. II 28847/2021) e l'interpretazione del canone di buona fede come regola imperativa di validità (F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, n. 2, 1997, p. 423). In generale, circa i confini del sindacato del giudice sull'autonomia contrattuale, Cass. Sez. Un. 18128/2005.

⁶⁴ P. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1959, p. 1515; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, n. 1, 1970, p. 202; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 87, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, p. 290. Per approfondimenti supplementari sul versante civilistico, U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 89; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 27; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

⁶⁵ Si veda l'onnicomprendensiva nozione di "operatore economico" di cui all'art. 1 c. 1 lett. l) dell'All. I.1 al codice degli appalti, maggiormente dettagliata all'art. 65 c. 2.

funzionale alla concorrenza per il mercato (art. 3 cod. app.)⁶⁶. È evidente come un singolo soggetto con una struttura organizzativa ed economica elementare abbia maggiori chance di essere selezionato se si presenta aggregato con altri organismi imprenditoriali.

Il *favor participationis* è ben presente anche nella materia qui in analisi, tanto che il legislatore ha fissato una regolamentazione *ad hoc* nel codice antimafia, onde evitare, da un canto, che un intero gruppo di imprenditori finisca col subire gli effetti negativi della condotta imputabile ad uno solo di essi (principio di autoresponsabilità e affidamento); e, dall'altro, che la loro esclusione infici, a sua volta, la posizione di terzi estranei (in particolare, lavoratori e fornitori)⁶⁷.

Innanzitutto, in tema di soggetti “passivi”, l'art. 85 c. 2 clamp prevede che, per quanto qui di interesse, il controllo, oltre che sul direttore tecnico, sia effettuato sul rappresentante legale, sugli esponenti del consiglio di amministrazione e sulle singole consorziate (se hanno una partecipazione pari ad almeno il 5%), per i consorzi di cooperative e per i consorzi con attività esterna; sul rappresentante legale e sui singoli componenti, per i consorzi ordinari ed i gruppi europei; sulle singole imprese, per l'rti (rispettivamente, lett. b), d) e h)). Come si vede, dunque, il monitoraggio antimafia viene realizzato non sul gruppo in sé, bensì su ciascun membro.

L'art. 95 clamp contiene inoltre le indicazioni da seguire, a pena di esclusione dalla gara ovvero di recesso/estinzione contrattuale secondo quanto riferito in precedenza, allorquando l'infiltrazione criminosa sia sfociata in un'interdittiva nei confronti di uno dei soggetti parte del raggruppamento temporaneo o del consorzio.

Nel caso di rti⁶⁸, viene sancito che gli effetti sfavorevoli indicati dalla legge (l'esclusione dalla gara ex art. 94 c. 2 cod. app.) non si propagano sulle altre imprese, se quella infiltrata sia stata estromessa o sostituita nell'immediato o, al più tardi, entro 30 giorni dalla notificazione, se l'informazione impeditiva è occorsa dopo la stipulazione del contratto. Pertanto, il codice antimafia, alle dette condizioni, fa salva la costituzione e la prosecuzione del rapporto con l'amministrazione, a patto ovviamente che la rimodulazione soggettiva non faccia perdere i necessari requisiti di qualificazione per l'esecuzione dell'appalto. Riecheggiando i principi di risultato e fiducia, la regola è dunque la persistenza del rapporto, l'eccezione l'esclusione. Tuttavia, questa previsione vale testualmente solo se l'interdetta è una mandante.

⁶⁶ Sulla medesima lunghezza d'onda si pongono gli istituti dell'avvalimento e del subappalto.

⁶⁷ Per maggiori approfondimenti, M. MONTEDURO, S. STICCHI DAMIANI, *I consorzi tra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 63, e A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 162.

⁶⁸ La definizione si rinviene all'art. 1 c. 1 lett. m) dell'All. I.1 al codice degli appalti. Tale figura realizza una forma di cooperazione imprenditoriale, proiettata alla partecipazione alla gara pubblica e connotata da temporaneità e transitorietà, nella quale i vari soggetti conservano la loro autonomia e indipendenza; solamente, conferiscono mandato collettivo rappresentativo alla capogruppo (mandataria), che sarà l'unica abilitata a prender parte attivamente alla competizione e a dialogare con la p.a. L'articolata disciplina materiale è allocata all'art. 68 cod. app.

A contrario, nel silenzio del codice antimafia, si potrebbe dunque ritenere che, se l'informazione ostativa tocchi la mandataria, è l'intero raggruppamento a subirne le ripercussioni deteriori. Un'interpretazione sistematica, di nuovo improntata alla concorrenza, ci conduce invece ad un'altra conclusione.

L'art. 68 c. 15 del codice dei contratti pubblici, sancendo il principio generale dell'immutabilità subiettiva dei partecipanti (in nome della più ampia *par condicio*), stabilisce che la modifica del raggruppamento dal lato soggettivo è ammissibile nelle sole ipotesi del comma 17 del medesimo articolo (recesso di un componente, sempre ammesso se persistono le qualificazioni necessarie) e, soprattutto, dell'art. 97. Quest'ultimo articolo è proprio dedicato all'evenienza in cui una causa di esclusione - certamente ricompresa quella dell'art. 94 c. 2 cod. app. - vada a colpire, gara pendente, uno dei membri dell'agglomerato imprenditoriale; vi viene scandita la sequenza da rispettare per evitare l'estromissione dell'rti in blocco, con ciò confermando la regola generale della contaminazione delle cause escludenti all'interno dell'operatore economico in forma collettiva. I rapporti di forza sono dunque invertiti rispetto all'art. 95 clamp: qui la regola generale è l'esclusione, l'eccezione la prosecuzione del rapporto⁶⁹. Il risultato cede il passo alla legalità laddove non si rispetti lo schema indicato in questi articoli (come sancito dallo stesso art. 1 c. 1 del codice degli appalti).

Pertanto, affinché l'interdittiva verso la mandataria non porti alla bocciatura di tutto il gruppo, questa deve, se la causa escludente è affiorata già prima della presentazione dell'offerta, comunicarlo alla stazione appaltante e assumere le contromisure indicate dalla legge, laddove possibile (*id est*, estromissione o sostituzione dell'impresa: art. 97 c. 1 lett. a) e c. 2); qualora, invece, l'informativa sopraggiunga in corso di gara, deve adottare e comunicare la sostituzione/estromissione - ove non impossibile - prima dell'aggiudicazione (art. 97 c. 1 lett. b) e c. 2)⁷⁰. Per l'ampio dettato codicistico e per la comunanza di finalità, lo stesso è a dirsi per l'interdittiva sopravvenuta in fase di esecuzione negoziale, ma il precedente contratto va stralciato e costituito un nuovo rapporto contrattuale avente i medesimi contenuti⁷¹.

⁶⁹ Semmai si potrebbe discutere dell'antinomia tra i due articoli, visto che la disposizione racchiusa nel codice degli appalti non distingue tra mandante e mandataria. Si potrebbe allora pensare che il codice, essendo norma più recente, abbia abrogato l'art. 95 c. 1 clamp, ma, in contrario, si ricordi che *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

⁷⁰ Più leggera e sistematicamente più fruibile era la disciplina previgente di cui all'art. 48 c. 17 del codice del 2016, a mente del quale la mandataria doveva essere sostituita per evitare l'esclusione. A completamento dell'art. 95 c. 1 clamp stava poi il successivo comma 18, che sanciva la sostituibilità della mandante attinta dall'informativa con un terzo, con la mandataria o con un'altra mandante. Il diritto pretorio aveva riconosciuto la perfetta conciliabilità delle due disposizioni: cfr. CGARS 34/2016.

Nel vigore del codice del 2016, per approfondimenti, TAR Campania, Napoli, sez. I, 94/2015 e TAR Lazio, Latina, sez. I, 655/2018.

⁷¹ Si veda il quadro riassuntivo in O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 29. È ragionevole comunque porsi il dubbio se, in mancanza di un'espressa regolamentazione dell'informazione ostativa sopraggiunta in fase di esecuzione contrattuale, sia più logico rinviare alle regole comuni, studiate *supra* nel paragrafo precedente.

In tema di consorzi⁷², l'art. 95 c. 2 clamp, così come l'art. 97 c. 3 cod. app., estende *expressis verbis* la disciplina surriferita a quelli ordinari e non obbligatori⁷³. La dicotomia rti-consorzio si traduce perciò nei binomi mandante-consorziata, mandataria-consorzio e, dunque, se l'interdittiva viene emanata nei riguardi di un'impresa consorziata, essa deve essere sostituita/estromessa subito (o entro 30 giorni, se il negozio è già perfetto), sempreché non siano elusi i requisiti di partecipazione⁷⁴.

3. Tutela costitutiva e sindacato giurisdizionale

Alcuni utili elementi di studio sulla tenuta del sistema della documentazione antimafia si possono trarre dall'analisi del formante giurisprudenziale. Il rimedio principale avverso la documentazione di tipo interdittivo è l'azione di impugnazione per annullamento in sede giurisdizionale (art. 29 c.p.a.)⁷⁵. Non c'è dubbio che, stante l'immediata efficacia e l'incisività delle conseguenze, provvedimenti di tal fatta possono essere oggetto di impugnativa in via autonoma⁷⁶. Anzi, la marginalizzazione della dialettica procedimentale rende il momento giurisdizionale la prima (e spesso unica) forma di difesa. Tuttavia, se la comunicazione, col suo contenuto vincolato, non pone problemi circa il sindacato del magistrato, che sarà pieno⁷⁷, l'informazione, al contrario, visto il suo connotato tecnico discrezionale, comporta una serie di complessità.

Tutti e tre i canonici vizi di illegittimità risentono massicciamente delle peculiarità del contesto normativo di riferimento: la patologia della violazione di legge, a fronte dell'annacquamento delle garanzie procedurali, si riduce a poca cosa; l'incompetenza relativa, già piuttosto rara in generale, vede restringersi qui ulteriormente i suoi margini applicativi vista la presenza di puntuali regole di distribuzione

⁷² La definizione si ricava dalla normativa civilistica, art. 2702 c.c. In concreto l'organismo consorziale non si atteggia in modo diverso dall'rti, ma il mandato è sostituito dall'atto costitutivo del consorzio e le funzioni della mandataria sono devolute agli organi del consorzio.

⁷³ Non dovrebbero esserci comunque ostacoli per un'interpretazione analogica delle disposizioni rispetto al gruppo europeo o al contratto di rete. Cfr. Cons. St. sez. III 1079/2016.

⁷⁴ Sul delicato tema della restituzione delle somme percepite dal consorzio ove un'impresa partecipante sia afflitta da interdittiva, la giurisprudenza ritiene che, nonostante la sostituzione/estromissione, l'organismo consorziale sia obbligato a restituire il *tantundem* (Cons. St. sez. III 4404/2019 e TAR Lazio, Roma, sez. II ter, 4830/2019).

⁷⁵ Certamente, non si possono escludere altre tipologie rimediali, come l'azione di nullità provvedimento o - ma è assai inverosimile - l'azione avverso il silenzio inadempimento da parte dell'amministrazione interessata contro la prefettura inerte (art. 31 c.p.a.), ovvero ancora il risarcimento danni da provvedimento illegittimo (art. 30 c.p.a.). Va comunque detto, a tale ultimo riguardo, che, conciliare la responsabilità oggettiva in materia di appalti con la classica responsabilità per colpa presunta da atto illegittimo, non pare operazione agevole. Non bisogna infine dimenticare che la documentazione è inoltre passibile di impugnazione mediante ricorso al Presidente della Repubblica in forza dell'art. 7 c. 8 c.p.a. Il provvedimento prefettizio poi è senza dubbio soggetto ad autotutela, sia caducatoria sia manutentiva.

⁷⁶ Si ritenevano invece non avversabili autonomamente le interdittive atipiche, per carenza di interesse; qui era l'atto negativo a valle a dover essere fatto oggetto di gravame (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I 1153/2012). Ben vero, il più delle volte la documentazione ostativa risulterà impugnata assieme ad un secondo atto (esclusione dalla gara, recesso, revoca, diniego provvedimento) che specifica la lesione.

⁷⁷ Ma va detto che la tutela costitutiva risulta oltremodo indebolita: essendo l'atto privo di discrezionalità non può esistere vizio di eccesso di potere ed inoltre la violazione di legge, grazie all'art. 21 octies c. 2 l. 241/90, è di improbabile configurazione. Sul tema, in generale, Cons. St. sez. V 6391/2014.

dei poteri; l'eccesso di potere, che dovrebbe assurgere a garanzia massima, viene decisamente fiaccato dalle dinamiche giurisprudenziali. Occorre soffermarsi più nel dettaglio su quest'ultima figura patologica, onde comprendere più in senso ampio i rapporti tra amministrazione e giurisdizione.

Il ruolo assunto dalla giurisprudenza in materia è significativo della presenza di equivoci, interpretativi ed applicativi, derivanti dalla mancanza di norme di raccordo tra la parte generale del diritto amministrativo e quella speciale del diritto dell'antimafia. Inoltre, la *littera legis*, deliberatamente lasciata aperta su più fronti dal legislatore, crea un terreno fertile per una necessaria opera di ponderazione, spettante senza dubbio alla magistratura, tra il formalistico impiego delle norme settoriali e l'enfaticizzazione del vizio sostanziale dell'eccesso di potere.

Come già ricordato, il formante giurisprudenziale è costante nel riconoscere in capo all'amministrazione di pubblica sicurezza un'ampissima discrezionalità, censurabile solo per le figure sintomatiche di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, rimanendo comunque estraneo al sindacato giudiziario l'accertamento dei fatti posti alla base della statuizione amministrativa⁷⁸. Il filtro attraverso cui adoperare il vaglio sull'eccesso di potere si evince in negativo dalle coordinate che sempre la giurisprudenza ha fornito per inquadrare i caratteri dell'accertamento prefettizio: se quest'ultimo si radica su un'analisi globale e sinergica degli indizi, i quali, secondo il parametro della probabilità cruciale, devono dimostrare l'attualità e concretezza del rischio di inquinamento, *a contrario* si ricava che sarà illegittima la deliberazione amministrativa che sia giustificata da una visione parcellizzata dei medesimi, che ne tralasci volutamente alcuni in quanto equivoci o, ancora, che si basi su una prognosi statisticamente non significativa o che provi solo un rischio potenziale ed ipotetico. Inutile aggiungere che il vaglio messo in campo dall'autorità giudiziaria è di mera legittimità, non potendosi sostituire alla valutazione amministrativa⁷⁹ né estendere a valutazioni di merito.

Al di là dei profili nominalistici del sindacato, sovente esaltato come pieno ed effettivo⁸⁰, la profondità del vaglio giurisdizionale non pare aver subito significativi mutamenti. Il controllo adoperato dall'organo giurisdicante rimane, nella stragrande maggioranza dei contenziosi, adagiato sulle valutazioni e sulle ricostruzioni istruttorie già effettuate dall'amministrazione resistente, senza che si possa accedere ad una

⁷⁸ *Ex multis*, Cons. St. sez. III 2141/2019. Si veda la giurisprudenza disseminata *supra* nelle note del par. 1.2. Nondimeno in Cons. St. sez. III 6105/2019, leggiamo che “[...] Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario [...] e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo [sic], consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti [...] ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi [...]”.

⁷⁹ D'altronde non sarebbe seriamente ipotizzabile servirsi di un verificatore o consulente tecnico che accertino la presenza dell'infiltrazione criminosa. È indubbio che, se invece si asseccasse la ricostruzione delle interdittive come provvedimenti quasi penali, al giudice spetterebbe un controllo ben più ampio, in grado di abbracciare ogni punto, di fatto e di diritto, dell'atto contestato.

⁸⁰ Basti guardare al corpo motivazionale della pronuncia C. Cost. 57/2020.

autonoma selezione e ricognizione dei fatti⁸¹. Sicché a ragione può concludersi che, se l'assetto dei dati fattuali estrapolato dalla p.a. pare verosimile e la delibazione prefettizia non illogica, le doglianze mosse dall'interessato saranno con buona approssimazione destinate alla reiezione in sede giurisdizionale.

Il quadro è poi aggravato dalla tara rappresentata dall'affievolimento del contraddittorio endoprocedimentale, che si traduce in una contrazione della stessa dialettica processuale. Se eventuali lacune nella dinamica procedimentale sono fino ad un certo punto tollerabili, è necessario un contrappeso adeguato sul versante processualistico⁸². Il pericolo che si corre è che due dei tre protagonisti del contenzioso (il ricorrente ed il giudice) rimangano passivi innanzi alla decisione amministrativa, con buona pace delle garanzie costituzionali del giusto processo (art. 111 Cost.) e della giustiziabilità dell'operato amministrativo (art. 113 Cost.).

Lo svilimento del sindacato pretorio trova origine da un equivoco di fondo, a dire la sovrapposizione dell'analisi del momento conoscitivo-istruttorio e di quello teleologico-decisorio del potere prefettizio. È quest'ultimo difatti che - proteso ad innovare la realtà giuridica per mezzo del dispositivo provvedimentale - può essere posto a confronto col canone di ragionevolezza; tale vaglio, se, di contro, applicato al piano istruttorio, rischia di sfociare, come visto, in un depotenziamento del controllo giurisdizionale⁸³.

Innanzitutto a queste conseguenze non auspicabili, il principio di effettività della tutela (art. 6 par. 1 CEDU, sul versante civilistico) esige tuttavia di riconoscere un puntuale controllo dell'adeguatezza istruttorie, del corretto apprezzamento dei presupposti, della ragionevolezza e proporzionalità della decisione amministrativa, al fine di scandire i limiti concreti della spendita di potere pubblico, oltrepassati i quali si sconfina nell'abuso; lo stesso, d'altronde, avviene da tempo nel limitrofo settore dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali in presenza di fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso o simile, ai sensi dell'art. 143 d.lgs. 267/2000 (testo unico delle leggi degli enti locali), ove la giurisprudenza ammette, ferma la discrezionalità amministrativa, un sindacato pregnante e puntuale⁸⁴.

⁸¹ Percepisce lucidamente questo *self restraint* L. BORDIN, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2023, p. 21.

⁸² Questa, in sintesi, è la *regula iuris* che rampolla dal noto arresto Corte EDU Grande Stevens v. Italia, ric. 18640/10, deciso nel 2014. Cfr. nella presente materia Cons. St. sez. III 4979/2020.

⁸³ I fatti di per sé non sono ragionevoli né irragionevoli. Pare delinearsi così un quadro non molto diverso da quello che connotava i contenziosi in materia di discrezionalità tecnica fino alla fine dello scorso secolo, nei quali il sindacato giurisdizionale (definito non a caso estrinseco) era limitato solo alle ipotesi più macroscopiche di eccesso di potere.

⁸⁴ Cons. St., sez. IV, 876/2016. Sul parallelismo tra scioglimento comunale e documentazione, M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 TUEL*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2018, p. 128.

Escluso un intervento diretto e sostitutivo, si può percorrere la strada del sindacato di “maggiore attendibilità”⁸⁵: all’esito del contraddittorio processuale orchestrato con un pieno accesso ai fatti di indagine secondo il modello della *full jurisdiction*⁸⁶, l’organo giudicante deve indicare le ragioni per le quali ritiene la motivazione dell’amministrazione comparativamente più attendibile dell’opposta lettura fornita dal ricorrente, non essendo dunque sufficiente provare che la statuizione prefettizia sia semplicemente non implausibile. Il tutto senza mettere in discussione il principio di separazione dei poteri e la natura non penale delle interdittive.

Così rientrano in gioco le figure tipizzate dalla giurisprudenza per misurare la bontà (*recte*: l’attendibilità) della valutazione amministrativa in caso di informative cosiddette generiche⁸⁷. La prevedibilità delle regole di valutazione che si ottiene in questa maniera è dirimente per il privato al fine di adottare le idonee e necessarie cautele, onde evitare l’esposizione a rischi di infiltrazione (in uno coi provvedimenti sfavorevoli) e conseguire la finalità preventiva voluta dall’ordinamento, garantendo una diffusa conformazione spontanea sotto la scure sanzionatoria.

Concludendo, lo studio dei caratteri del sindacato giurisdizionale si dimostra un interessante banco di prova per la conformità costituzionale e convenzionale del sistema della documentazione antimafia. Anche al di fuori della materia penale, il principio di *fair trial* e di necessaria prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli sulla sfera giuridica del singolo, che sgorga dal principio di legalità, possono infatti dirsi soddisfatti grazie, rispettivamente, ad un vaglio di legittimità che non si riduca ad un mero simulacro di forma e ad una ermeneusi giurisprudenziale univoca e costante di disposizioni sovente imprecise e indeterminate. Ciò è confermato dalle ragioni sottese all’inserimento dei più volte menzionati principi nel codice dei contratti pubblici; bisogna però avvertire che l’eccessiva enfasi che l’organo giudicante potrebbe essere tentato di conferir loro, potrebbe comportare un’impunità dell’operato amministrativo. Se, da un canto, esiste il rischio che la loro sottovalutazione possa dar luogo a decisioni che giudichino invalido un provvedimento soltanto per violazioni che non dovrebbero assumere un rilievo viziante alla luce del modo in cui i principi in questione sono stati applicati; dall’altro, esiste il pericolo opposto di un troppo drastico uso della logica del risultato, tale da appiattire il sindacato giurisdizionale sulle scelte fatte dall’amministrazione.

⁸⁵ L’espressione è adottata, in sede di sanzioni *antitrust*, in Cons. St. sez. VI 4990/2019 e ripresa in L. BORDIN., *op. cit.*, p. 25.

⁸⁶ Sul punto non possiamo che rinviare a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, *passim*; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, *passim* e A. CARBONE, *Il dibattito sull’art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in A. CARBONE (a cura di), *L’applicazione dell’art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Jovene, Napoli, 2020, p. 10.

⁸⁷ Il riferimento è sempre a Cons. St. sez. III 1743/2016.

4. La seriazione delle misure nella lotta all'infiltrazione mafiosa nei contratti pubblici e i principi del nuovo codice

Chiariti gli aspetti più significativi della materia, con l'intenzione di rendere più semplice la comprensione delle specificità della materia, possiamo concludere proponendo uno sguardo d'insieme sugli strumenti giuridici di cui l'ordinamento si dota per osteggiare l'inquinamento mafioso nell'economia legale⁸⁸. Essi sono sia repressivi che preventivi.

I primi sono propri del diritto penale e consistono in misure restrittive della libertà personale (detenzione) e della proprietà (sequestro e confisca diretta delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego), previste come sanzioni per i reati di associazione mafiosa (art. 416 bis c.p.), di concorso esterno (artt. 110 e 416 bis c.p.) e per la fattispecie aggravata dell'agevolazione o del metodo mafioso (art. 416 bis.1 c.p.)⁸⁹. L'operatività di queste afflizioni dipende dal rispetto dei fondamentali principi costituzionali ed internazionali che contornano la materia criminale (su tutti, riserva di giurisdizione, principio di legalità, principio di colpevolezza, giusto processo: artt. 13, 25 c. 2, 27 e 111 Cost. e artt. 6 e 7 CEDU).

Si crea in questo modo un presidio penale alquanto avanzato, costruito per cerchi concentrici, volto a colpire ogni manifestazione di mafiosità, anche quella più sfuggente, in cui il cerchio più piccolo è rappresentato dall'*intraneus*, quello intermedio dal complice *extraneus*, quello più esterno dalla ipotesi circostanziata⁹⁰.

Non dissimile nella struttura l'impianto offerto dal legislatore per le misure preventive. Innanzitutto troviamo gli strumenti *ante* o *praeter delictum* irrogabili nei confronti dell'indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa (art. 4 c. 1 lett. a) clamp; il cerchio minore per restare alla metafora di prima) e che si sostanziano nel sequestro/confisca dei beni di valore sproporzionato o che paiono costituire il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego (artt. 20 e 24 clamp; cosiddetta confisca allargata), nell'amministrazione giudiziaria delle aziende quando sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio dell'attività economiche sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento o possa comunque agevolare attività mafiose (art. 34 clamp) e, infine, nel controllo giudiziario delle attività economiche qualora l'agevolazione risulti occasionale (art. 34 bis

⁸⁸ Si segue qui l'impostazione proposta in N. DURANTE, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 4, 2020, p. 1963 e ss.

⁸⁹ Nel contesto commerciale, si guardi al microcosmo sanzionatorio di cui al d.lgs. 231/2001, soprattutto dopo che con l'inserimento dell'art. 24 ter, l'ente risponde penalmente anche dell'associazionismo mafioso. È singolare notare che fino al 2001, appunto, le uniche misure spendibili nei confronti dei corpi morali contigui al fenomeno mafioso fossero quelle di prevenzione, non anche quelle penali. Per ulteriori elementi su questo versante, T. GUERINI, *L'ente collettivo nell'arcipelago delle misure di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel sistema economico*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 188 e ss.

⁹⁰ Volendo si potrebbero aggiungere il reato di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 ter c.p.) ed il favoreggiamento mafioso (art. 378 c. 2 c.p.).

clamp). Sono all'evidenza misure non penali, ma di prevenzione, che attingono i diritti reali o i complessi aziendali; nondimeno, come le prime, devono conformarsi ai supremi principi di legalità e tassatività (artt. 41 e 42 Cost. e art. 1 Prot. 1 CEDU) e sono disposte dall'autorità giudiziaria (art. 111 Cost.), seppur sulla base di una cognizione meno rigorosa rispetto a quella richiesta per l'accertamento di un crimine.

Da ultimo si rinviene la documentazione antimafia, oggetto del presente studio⁹¹. Come più volte indicato nel corso della trattazione, essa esemplifica un provvedimento amministrativo (dunque, non giurisdizionale come gli altri) a carattere preventivo, non punitivo, il cui standard di garanzia costituzionale e convenzionale si riduce agli artt. 41, 42 e 113 Cost. e all'art. 1 Prot. 1 CEDU⁹².

Caratteristica trasversale di tutte le misure brevemente descritte è che esse incidono su beni costituzionalmente presidiati (libertà personale, diritto di proprietà, libertà di iniziativa economica). Tuttavia, mentre le prime due tipologie sono espressione di un potere sanzionatorio (o quasi sanzionatorio) e conseguono ad un accertamento giurisdizionale di responsabilità individuale, anche solo a livello indiziario; la documentazione antimafia è invece espressione di un potere di pubblica sicurezza, che non postula alcun accertamento di responsabilità, neanche presuntivo (si rammenti però che la comunicazione quantomeno recepisce un giudizio di disvalore formatosi prima ed all'esterno dalla volontà prefettizia). Gli strumenti penali e di prevenzione poggiano inoltre su una valutazione effettiva o prognostica, in termini di responsabilità penale oppure di probabile vicinanza mafiosa, ad opera del giudice penale, nella dialettica tra le parti (pubblica accusa e imputato); le misure amministrative invece postulano una delibazione negativa sull'andamento di un'organizzazione privata, effettuata da un'autorità amministrativa in un contraddittorio quantomeno flebile, anche dopo le recenti modifiche, il cui esito è sindacabile solo in punto di legittimità.

Stante questa graduazione di risposte, ognuna delle quali caratterizzata da presupposti, competenze e ritualità differenti, non si vede perché l'armamentario amministrativistico, fondamentale per colpire ogni fenomenologia mafiosa non penalmente fronteggiabile, debba appiattirsi sulle garanzie forgiate per lo *ius criminale*. In particolare, non hanno ragion d'essere i dubbi di costituzionalità avanzati in tema di interdittive generiche ex art. 84 c. 4 lett. d) ed e) (e art. 91 c. 6) del codice antimafia in riferimento al principio di legalità, *sub specie* di necessaria prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli per la propria condotta.

⁹¹ Analogo discorso può farsi pure per la nuova misura della collaborazione preventiva ex art. 94 bis clamp.

⁹² Circa le ragioni dell'assenza di riferimenti nel testo costituzionale alle misure preventive la letteratura costituzionalista è divisa. Da un lato, c'è chi ritiene che tale scelta fu dovuta alla ritrosia dei costituenti verso gli istituti di polizia usati dalla repressione fascista (A. AMATO, *Potere di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, in *Politica del diritto*, n. 5, 1974, p. 340); un altro filone opina nel senso di lasciare maggiori margini di manovra al legislatore ordinario (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 137). Comunque, l'indiretta base costituzionale del diritto della prevenzione si rinviene, sin da C. Cost. 27/1959, negli artt. 13, 16, 17 e 25 c. 2 Cost.

Nella letteratura⁹³ degli ultimi anni si è infatti sollevata qualche perplessità circa la tenuta costituzionale delle disposizioni da ultimo citate, specialmente in esito all'arresto della Corte EDU, noto come caso De Tommaso v. Italia⁹⁴. A parere di questa dottrina, pure in tema di informazione antimafia si anniderebbe una lesione delle prerogative convenzionali omologhe a quelle indicate in questa pronuncia, essendo carente di quel livello minimo di precisione che consente ai cittadini di orientare il proprio comportamento e di rendere ragionevolmente prevedibile le risposte sanzionatorie. Ovviamente non si può richiamare la legalità richiesta in materia di libertà di circolazione, visto che, rispetto alla documentazione, viene in gioco semmai il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU).

Eppure, bisogna dare uno sguardo anche all'altro emisfero del sistema, cioè il diritto interno. La Consulta⁹⁵, adita subito dopo la pronuncia convenzionale, ha dato solo in parte seguito a questo *dictum*, dichiarando incostituzionale esclusivamente una delle categorie stigmatizzate, non anche l'altra, sulla base del convincimento che qui si è registrata una tassativizzazione per mezzo di una stratificazione di sentenze costanti ed univoche, a differenza della prima casistica ove regnava un grave caos pretorio.

Lo stesso è a dirsi in tema di interdittive generiche⁹⁶. Ivi si è consolidata una categorizzazione delle ipotesi dotate di maggior significatività, dislocate entro i due poli della contiguità soggiacente (imprenditore vittima, che non può fare altro che assecondare le istanze mafiose) e della contiguità compiacente (imprenditore colluso, sceso a patti con la criminalità organizzata, per reciproco tornaconto)⁹⁷. Perciò, se il giudice delle leggi ha fatto salva l'interpretazione tipizzante giurisprudenziale nella branca della

⁹³ G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. Lgs. n. 159/2011?*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2017, p. 290 e *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 214 (ma in generale, si veda tutto il volume); note critiche sono presenti in V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, disponibile al sito Archivio Diritto Penale Contemporaneo, 2018, p. 21; N. DURANTE, *op. cit.*, p. 1968 e ss.

Alcune proposte di riforma paiono meritevoli (quali l'introduzione dell'obbligo legale per gli operatori economici che vogliono prender parte a gare pubbliche di assumere a monte *compliance program* idonei a prevenire l'infiltrazione, sul modello del d.lgs. 231/2001, o la devoluzione del contenzioso alla giurisdizione esclusiva oppure a quella ordinaria), altre quantomeno discutibili (come quella di privare della competenza decisoria la prefettura, a vantaggio del tribunale della prevenzione), altre ancora, per quanto verrà indicato nel testo, superflue (come l'elencazione normativa delle situazioni di allarme al posto delle clausole generali dell'art. 84 c. 4).

⁹⁴ Ric. 43395/09, deciso nel 2017. Riassumendo, la Corte ha condannato l'Italia in quanto le due categorie di pericolosità cosiddetta generica di cui all'art. 1 lett. a) (chi è abitualmente dedito ai traffici delittuosi) e b) (chi vive abitualmente traendo proventi da attività delittuose) clamp sono eccessivamente generiche e non predeterminabili; pertanto, vulnerano la *rule of law*, intesa come "diritto alla certezza del diritto", sancita dall'art. 2 Prot. 4 CEDU.

⁹⁵ C. Cost. 24/2019.

⁹⁶ A partire in special modo dalla cruciale Cons. St. sez. III 1743/2016, ripresa in C. Cost. 57/2020. Più di recente, Cons. St. sez. III 758/2019, 6105/2019, 3182/2021 e 7165/2021, che si sono apertamente poste il dubbio - superandolo - della conformità a Costituzione e a convenzione della normativa *de qua*. Come pietra di paragone può prendersi un ulteriore intervento della Consulta, la quale ha dichiarato contraria a Costituzione la disciplina del potere prefettizio di intervento sugli enti locali per eccessiva genericità dei presupposti e senza che ci fosse un diritto vivente a supporto (C. Cost. 195/2019).

⁹⁷ Cfr. Cons. St. sez. III nn. 4945 e 1925 del 2024. La distinzione trova fondamento in questo, che il ragionamento inferenziale richiesto dalla normativa non esige la prova di un'adesione volontaria e consapevole alle istanze mafiose.

prevenzione personale, tanto più e a maggior ragione non si vede perché non debba essere tollerata sul fronte del diritto amministrativo.

D'altronde, la minuziosa tipizzazione degli elementi di allarme porterebbe, immancabilmente, ad un vuoto di tutela. Nessuno spazio residuerebbe in capo all'amministrazione per adattare il suo intervento alle evoluzioni sociali, tecnologiche ed imprenditoriali e alle specificità locali. Si badi peraltro che la clausola del pericolo di infiltrazione, lungi dal conferire una delega illimitata all'autorità pubblica, costituisce il fondamento e, al contempo, il limite della potestà discrezionale prefettizia⁹⁸.

Ampliando l'orizzonte della dissertazione, esistono altri frangenti del diritto amministrativo connotati, al pari delle informative, dall'impiego di poteri ablatori tecnico discrezionali, incidenti su diritti fondamentali del singolo (in specie, la proprietà) e radicati su clausole generali. Ebbene, si possono seriamente nutrire dubbi di costituzionalità per indeterminatezza perché il vincolo culturale viene apposto sulla base dell'"interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico" di un bene⁹⁹, perché la bellezza di un immobile paesaggistico si misura sul suo "notevole interesse pubblico"¹⁰⁰ o perché l'ablazione di *res* private deriva da ragioni di "pubblica utilità"¹⁰¹?

Anzi, l'espropriazione può essere un interessante banco di confronto. Ci riferiamo all'istituto dell'occupazione acquisitiva/usurpativa: anche qui c'è stato l'intervento, prima, della CEDU¹⁰² e, successivamente, della Consulta¹⁰³ e pure in questo caso il problema era la carenza di una giurisprudenza costante, non essendo chiari i confini delle figure né prevedibili le conseguenze per il privato. La *rule of law* non era menomata dall'origine pretoria dell'occupazione *sine titulo*, ma dalla sua concreta applicazione incerta ed arbitraria.

La legalità preventiva, tirando le fila del discorso, non deve forzatamente corrispondere alla legalità punitiva¹⁰⁴. E ciò vale vieppiù in un sistema, come quello succintamente delineato, qualificato da un intervento sanzionatorio graduale ed improntato al principio di proporzionalità: in maniera ancora più

⁹⁸ In termini, recentemente, Cons. St. sez. III 999/2024 e 8395/2023. Si veda anche R. GRECO, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di misure antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2024, p. 10.

⁹⁹ Artt. 10 e ss. d.lgs. 42/2004.

¹⁰⁰ Secondo le sfumature dell'art. 136 d.lgs. n. 42 cit.

¹⁰¹ Artt. 12 e ss. d.p.r. 327/2001. L'art. 43 Cost. legittima l'espropriazione di imprese per "*fini di utilità generale*".

¹⁰² Sin dal noto arresto Carbonara v. Italia, ric. 24638/94, deciso nel 2000.

¹⁰³ Che però si è limitata al profilo del *quantum* dovuto per l'occupazione, non diffondendosi sulla legittimità dell'istituto in sé: C. Cost. 349/2007.

¹⁰⁴ Sulla dicotomia legalità punitiva-legalità preventiva, ripresa in Cons. St. n. 758 cit., P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976, vol. XXVI, p. 635: "[...] il tema della certezza del diritto si pone, perciò, in quanto concerne la prevenzione, in termini assai diversi da quelli tradizionali del diritto penale. La certezza del diritto è qui certezza di premesse legislative generali, di criteri di giudizio validi per l'ordinamento giuridico, di finalità che l'ordinamento giuridico riconosce". Elementi di sintesi si traggono in Cons. St. sez. III 4061/2021.

marcata con la recente novella del 2021 (cfr. art. 92 c. 2 ter clamp), le informazioni ostative rimangono l'*extrema ratio*, la cui scelta va giustificata adeguatamente rispettando un puntuale onere motivazionale¹⁰⁵. Ora, già nei precedenti paragrafi si è fatto riferimento ai principi del codice degli appalti per avvalorare certe ricostruzioni. Ebbene, l'inserimento dei principi nel nuovo codice - soprattutto quello di risultato - può giocare un ruolo anche su quest'ultimo frangente. Va sgomberato il campo da un possibile equivoco circa la loro applicabilità al diritto dell'antimafia: il fatto che siano canoni generali, peraltro già noti al sistema, li rende certamente utilizzabili in questo settore; solo, perderanno la loro valenza privilegiata, in quanto l'art. 4 cod. app. li pone in posizione poizore limitatamente all'interpretazione delle disposizioni codicistiche.

Si faccia attenzione, il ruolo che qui si vuol attribuire ai principi codificati non può sicuramente comportare il totale sacrificio di fondamentali meccanismi di garanzia, come la comunicazione e l'informazione antimafia, sull'altare del risultato o della fiducia. D'altronde che il canone del risultato debba essere bilanciato con la legalità dell'azione amministrativa è dichiarato all'art. 1 c. 1 cod. app. e ciò è ancora più vero per quanto detto circa l'art. 4.

Se un margine di flessibilità si vuole allora ammettere in capo all'amministrazione procedente, lo si deve rinvenire, ancora una volta, nella residualità di questi istituti. La discrezionalità e l'individuazione della regola del caso concreto, che sgorgano dal canone del risultato, conferiscono maggiore stabilità alla scelta che la p.a. è chiamata ad effettuare nel graduare gli strumenti di prevenzione, come sancito dall'art. 92 c. 2 ter clamp.

A parere di chi scrive, un'operazione di ripulitura normativa, che cancelli le duplicazioni, le incongruenze terminologiche e che razionalizzi i rapporti tra i vari istituti, sarebbe in grado, in definitiva, di fugare ogni perplessità.

¹⁰⁵ Che porta con sé un ovvio ampliamento del sindacato giurisdizionale. Per concludere col parallelismo con le procedure ablatorie reali, si noti che, tra i motivi per cui l'utilizzazione senza titolo dell'art. 42 bis d.p.r. 327/2001 - che ha chiuso l'annosa questione dell'espropriazione indiretta - è stata ritenuta immune da censure di incostituzionalità, si rinviene quello della sua necessaria residualità (C. Cost. 71/2015: "[...] l'adozione dell'atto acquisitivo è consentita esclusivamente allorché costituisca l'*extrema ratio* [...]"). D'altra parte, è questo il retroterra che sembra trasparire in C. Cost. 180/2022, quando ha sottolineato la rilevanza della novella, la quale, con l'ampliamento del contraddittorio procedimentale (nuovi commi dell'art. 92) e l'introduzione dello strumento della prevenzione collaborativa (art. 94 bis), "*ha introdotto la possibilità [...] di evitare l'informazione e i suoi effetti interdittivi [...]*".

In un certo senso anche l'art. 89 bis clamp congiura a favore di questa concezione: l'informazione sostitutiva può essere prodotta solo se, all'esito del procedimento per l'irrogazione della comunicazione, affiorino rischi di infiltrazione che dimostrino l'insufficienza della seconda misura. Si potrebbe infine aggiungere che l'iniziativa economica non è riconosciuta come diritto fondamentale dal diritto convenzionale (Cons. St. sez. III 5601/2023).

Parte II - Sistema informativo-reputazionale e sistema pattizio delle misure antimafia. *White list* e protocolli di legalità

5. Le *white list*

Le *white list* rappresentano un importantissimo strumento di cui l'ordinamento giuridico dispone per contrastare le infiltrazioni mafiose all'interno del settore degli appalti pubblici. Si possono definire come gli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a rischio di infiltrazione mafiosa e operanti in settori "sensibili"¹⁰⁶. Tali elenchi sono custoditi presso ogni prefettura per le imprese aventi sede in quella provincia.

Il primo richiamo a tale istituto è contenuto in una direttiva del Ministro dell'interno del 2010¹⁰⁷. In tale documento veniva espressa preoccupazione riguardo l'insufficienza dell'allora vigente sistema di prevenzione antimafia e si indicava come possibile soluzione quella di collegare gli strumenti a disposizione per il contrasto alle infiltrazioni mafiose con le specifiche realtà territoriali. Valorizzando l'elemento della territorialità, veniva ipotizzata la creazione di un sistema che fosse in grado di individuare preventivamente un elenco di operatori economici ritenuti affidabili da sottoporre alle verifiche antimafia prima della loro partecipazione ad una gara pubblica. In questo modo, grazie alla disponibilità fin dal momento dell'emanazione del bando di gara di tale elenco di operatori puliti, la procedura di affidamento, una volta iniziata, non veniva sospesa nell'attesa di ottenere la documentazione antimafia i cui tempi, spesso non preventivabili, finivano per rimandare l'aggiudicazione del contratto.

Questo sistema, nato in un contesto emergenziale dovuto a calamità naturale, è stato replicato nel 2012¹⁰⁸ e ha trovato poi la sua consacrazione durante le varie procedure di affidamento dei lavori in vista dell'Esposizione Universale di Milano del 2015. Dalla sua elaborazione per fenomeni ben localizzati, l'implementazione di tale apparato si è oggi diffuso capillarmente in tutto il territorio nazionale, tanto che ogni prefettura custodisce i propri elenchi di *white list*.

Allo stesso tempo, il legislatore ha provveduto a fondare la legittimità di tale istituto, inserendo la sua disciplina nella legge n. 190 del 2012, in particolare all'articolo 1, commi 52 e seguenti.

Proprio in queste disposizioni, in particolare al comma 53, sono elencate le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiose¹⁰⁹. Tale elenco ha una valenza fondamentale, in quanto l'iscrizione negli

¹⁰⁶ Circolare Ministero dell'interno, n. 11001/119/12(5) del 28 luglio 2020.

¹⁰⁷ Direttiva del Ministro dell'Interno, intitolata "*Controlli antimafia preventivi nelle attività a rischio di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali*", n. 4610 del 23 giugno 2010, concepita nel contesto emergenziale post terremoto dell'Aquila del 2009.

¹⁰⁸ A seguito del sisma che colpì l'Emilia-Romagna.

¹⁰⁹ Per quanto attiene ai settori considerati sensibili, è da segnalare una novella legislativa sul punto, che ne ha emendato il catalogo. Infatti, il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito nella legge 5 giugno 2020 n. 40, modificando il comma 53 dell'articolo 1 della legge 190 del 2012, ha innovato l'elenco dei settori maggiormente a rischio di infiltrazione, inserendone di nuovi che risultano, alla luce dell'andamento economico odierno, maggiormente esposti ed eliminando quelli che, al contrario, hanno perso rilevanza. Tale riforma legislativa si è resa necessaria in quanto si avvertiva sempre

elenchi prefettizi è obbligatoria per le imprese operanti nei settori richiamati che vogliano partecipare ad una gara d'appalto bandita da una pubblica amministrazione. Il principio della obbligatorietà per le pubbliche amministrazioni di acquisire la documentazione antimafia tramite la consultazione delle *white list* non era contenuto nella originaria versione della legge, ma è stato successivamente aggiunto dal decreto-legge n. 90 del 2014, che ha abolito quindi il requisito della volontarietà dell'iscrizione in tali elenchi.

Se la velocizzazione dell'affidamento dell'appalto costituisce il primo effetto dell'intero sistema delle *white list*, nonché il più visibile agli occhi di ogni cittadino, quanto fino a qui descritto è stato accolto con particolare favore anche in virtù della sua *ratio*, che consiste nel promuovere nuove forme di legalità partecipata dagli operatori economici nel settore degli appalti pubblici, da sempre considerato di estrema delicatezza¹¹⁰. Il fine ultimo consiste, infatti, nel premiare le società virtuose, abbandonando quella logica di repressione che aveva come obiettivo finale l'esclusione dalla gara per l'impresa in odore di mafia.

Per meglio comprendere tale meccanismo virtuoso, è opportuno soffermarsi sulla procedura di iscrizione di un'impresa all'interno delle *white list* prefettizie, disciplinata dal decreto del Presidente del Consiglio del 18 aprile 2013.

Per poter iscrivere la propria impresa, il titolare deve presentare la relativa istanza alla prefettura competente per territorio¹¹¹. Se il soggetto risulta già censito e libero da elementi ostativi, viene rilasciata l'informativa antimafia liberatoria ai sensi dell'art. 92 clamp¹¹². Qualora, invece, il soggetto non risulti censito oppure ricorrano situazioni ostative, il prefetto dispone le necessarie verifiche, paragonabili a quelle che vengono svolte per l'informazione antimafia¹¹³. A conferma della equiparabilità dei due istituti, l'articolo 4, comma 2 del dpcm 30 ottobre 2014, n. 193, stabilisce l'equipollenza negli effetti tra i provvedimenti interdittivi prefettizi e quelli di diniego o cancellazione di un'impresa dalle *white list*. Per

di più l'urgenza di rendere maggiormente penetranti i controlli antimafia verso coloro che operano in ambiti considerati particolarmente appetibili dalla criminalità che erano ormai cambiati rispetto a quelli stabiliti otto anni prima. Si riporta, per quanto di interesse, l'art. 1 c. 53 l. 190/2012, nel nuovo testo: “c) Estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) Confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) Noli a freddo di macchinari; f) Fornitura di ferro lavorato; g) Noli a caldo; h) Autotrasporto per conto terzi; i) Guardiania dei cantieri; i-bis) Servizi funerari e cimiteriali; i-ter) Ristorazione, gestione delle mense e catering; i-quater) Servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti”.

¹¹⁰ A. M. BARONI, E. DI AGOSTA, A. PETRONELLI, G. PINTUS, *Gli strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici*, in M. T. SEMPREVIVA (a cura di), *op. cit.*, p. 232.

¹¹¹ La quale attiva la procedura di consultazione della banca dati nazionale antimafia (bdna).

¹¹² Una volta ottenuta l'iscrizione, questa possiede una validità di 12 mesi dalla data in cui è disposta, salvi gli esiti delle verifiche periodiche che il prefetto può comunque ordinare qualora lo ritenga necessario. I controlli per accertare la continuata insussistenza di rischi di infiltrazione criminale possono essere altresì disposti a campione e con modalità a sorpresa, in tal modo attuando una forma di controllo dinamico che permette all'amministrazione prefettizia di ampliare la conoscenza della realtà economica del proprio territorio, valorizzando quel carattere preventivo che permea l'intero sistema descritto.

¹¹³ Cons. St. sez. III 1743/2016. Cfr. *supra* parr. 1.1 e 1.2 della Parte I, anche in nota.

quanto attiene agli effetti del diniego di iscrizione o della cancellazione dalle *white list* si rinvia, stante la sovrapposizione, a quanto illustrato sugli effetti di una interdittiva occorsa durante la procedura di gara¹¹⁴ e quelli in cui l'interdittiva giunga dopo l'aggiudicazione del contratto, nella fase di esecuzione¹¹⁵.

È evidente come questo meccanismo crei un maggior legame tra Stato “controllore” e imprese pulite, oltre che una maggior fiducia e certezza nella legalità da parte di imprenditori e cittadini. Tramite le *white list* sono gli imprenditori “puliti” che si fanno conoscere dallo Stato prima ancora che una stazione appaltante emani un bando di gara e non vi è, quindi, un controllo successivo, spesso effettuato sotto pressione, a causa dei limiti temporali per l'avvio dei lavori, sull'unica impresa vincitrice. Tale legame risulta peraltro riconducibile, oggi, al principio di fiducia, enunciato all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici e che deve intendersi come reciproco tra i funzionari pubblici e gli operatori economici. Rapportato a quello, aggiunto nel medesimo *corpus* normativo, del risultato, il principio della fiducia è diretto a salvaguardare i margini di azione dei soggetti pubblici e privati e, al contempo, a garantire uno spazio di manovra scevro da politiche del sospetto.

In definitiva, ciò che si può ricavare dal nuovo codice degli appalti in riferimento alle *white list* è la prosecuzione del percorso che vuole portare al cambiamento del modello da repressivo a preventivo - tema che, in generale, occupa tutta la materia della prevenzione antimafia. In questo caso il sistema diventa premiale per chi, al di là della specifica gara, mantenga sempre libera la propria azienda da qualunque pericolo di condizionamento mafioso.

5.1. Inquadramento generale dei protocolli di legalità

Al sistema legislativo delle misure antimafia sopra descritto si affianca il sistema pattizio, composto dai cosiddetti protocolli di legalità, i quali trovano un proprio riconoscimento normativo nell'articolo 83 bis del codice delle leggi antimafia, introdotto con il decreto-legge n. 76 del 2020¹¹⁶.

Già prima di tale introduzione normativa, tuttavia, il codice dei contratti pubblici del 2006, all'articolo 176, comma 3, lett. e), ammetteva la possibilità di pervenire ad accordi simili a quelli che oggi chiamiamo protocolli di legalità¹¹⁷. Si trattava, in sostanza, della facoltà di adottare un documento formale, non tipizzato, al cui interno erano contenute specifiche clausole tramite le quali l'impresa aggiudicataria si impegnavano a denunciare eventuali tentativi di estorsione.

¹¹⁴ Vedi *supra* Parte I, paragrafo 2.1.

¹¹⁵ Vedi *supra* Parte I, paragrafo 2.2.

¹¹⁶ Convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120.

¹¹⁷ L'art. 176, c. 3, lett. e) prevedeva infatti che i soggetti aggiudicatori di opere strategiche potessero stipulare appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano.

La *ratio* di tale disposizione era quella di rafforzare la tutela della legalità e prevenire con un ulteriore strumento di natura pattizia, oltre a quelli già esistenti di natura normativa, le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici¹¹⁸.

Se la finalità di tale istituto appare chiara, il dibattito si è sviluppato in merito alla loro natura giuridica.

Secondo un primo orientamento, avvalorato da una pronuncia del CGARS, questi accordi rappresentavano atti di emanazione del potere politico afferente all'amministrazione di riferimento. Ne conseguiva che loro contenuto era connotato da una impostazione strategica e non vincolante per quanto riguardava l'attività amministrativa dell'ente¹¹⁹. Tale orientamento però non convinceva per il fatto che, se così fosse stato, la loro violazione sarebbe stata priva di conseguenze, ma ciò non poteva essere a causa della delicatezza del settore che tutelavano.

Un secondo indirizzo riconduceva, invece, queste intese agli accordi tra pubbliche amministrazioni siglati in virtù dell'articolo 15 della legge n. 241 del 1990, valorizzando l'interesse in comune tra pubbliche amministrazioni, quella appaltante e quella di controllo, a prevenire fenomeni corruttivi ed infiltrazioni mafiose¹²⁰.

Infine, la teoria formatasi in seno al Consiglio di Stato, qualificava tali accordi come un rafforzamento di obblighi già esistenti all'interno dell'ordinamento, esaltando l'elemento della vincolatività delle loro clausole. I patti d'integrità vengono infatti definiti come un sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi. Infatti, tramite la loro sottoscrizione al momento della presentazione della domanda, l'impresa accetta un sistema di regole più rigide rispetto a quelle "ordinarie" del bando che prevedono, in caso di violazione, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara¹²¹.

Quest'ultimo orientamento verrà poi ripreso nella legge n. 190 del 2012, la quale, all'articolo 1 comma 17, ammette che le stazioni appaltanti possano prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara.

Sulla scia di queste ultime ricostruzioni, la giurisprudenza è giunta a qualificare tali patti come "utili strumenti pattizi volti a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose nelle attività economiche,

¹¹⁸ M. A. SANDULLI, A. CANCRINI., *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, p. 437.

¹¹⁹ CGARS, sez. I, 1100/2008.

¹²⁰ S. VINTI, *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *Giustamm.it*, n. 2, 2016, *passim*.

¹²¹ Cons. St., sez. V, 4267/2008.

aventi natura di impegni assunti volontariamente tra i soggetti coinvolti nella gestione dell'opera pubblica tramite i quali sono rafforzati i vincoli previsti dalle norme della legislazione antimafia¹²².

I protocolli di legalità, quindi, non incidono sulle tempistiche o sulla bontà dell'esecuzione del contratto, ma sul comportamento che gli operatori economici devono mantenere dal momento in cui scelgono di partecipare ad una procedura di gara fino al termine dell'esecuzione.

Accanto alle dichiarazioni di natura comportamentale, volte a rafforzare gli impegni di legalità e trasparenza, le clausole contenute nei patti di integrità consentono alle stazioni appaltanti di avvalersi inoltre di un regime sanzionatorio che spazia dall'esclusione nella fase di partecipazione alla gara qualora l'operatore economico non sottoscriva il patto, alla revoca dell'aggiudicazione e conseguente applicazione delle misure accessorie, nonché alla risoluzione del contratto eventualmente stipulato, in caso di accertata violazione delle clausole pattuite. Per quanto riguarda soprattutto l'esclusione dalla partecipazione, il codice attualmente in vigore nulla ha innovato rispetto al precedente, non prevedendo, né all'art. 94, che disciplina le clausole di esclusione automatiche, né all'art. 95, riguardante le clausole di esclusione non automatiche, il puntuale richiamo alla mancata sottoscrizione del protocollo di legalità come fattore di esclusione dalla procedura di gara.

A tali misure, si aggiungono poi quelle interdittive connesse alla cancellazione dagli albi degli operatori economici qualificati e al divieto di partecipazione a tutte le procedure di affidamento per un periodo determinato. Tramite l'uso di questi protocolli, la stazione appaltante si appropria della possibilità di poter attivare l'istituto della clausola risolutiva espressa, prevista dell'articolo 1456 c.c., nei casi in cui l'operatore economico non comunichi tempestivamente il tentativo di concussione subito oppure siano emersi accordi corruttivi tra il soggetto aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria.

L'implementazione di questi strumenti pattizi ha ricevuto ulteriore forza anche a seguito dell'adozione di varie linee guida e intese¹²³. Tali disposizioni, seppur di cosiddetto *soft law*, qualificano i protocolli di legalità come utilissimi mezzi di prevenzione, capaci di porre delle forti barriere alle interferenze illecite della criminalità organizzata nelle procedure di evidenza pubblica e, pertanto, invitano le stazioni appaltanti ad ampliare l'ambito di operatività di questi strumenti. A tal fine è stato approvato uno schema tipo di protocollo di legalità, da allegare ai bandi di gara per l'affidamento di lavori per la realizzazione di infrastrutture strategiche di cui alla legge n. 443/2001¹²⁴.

¹²² TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 568/2014.

¹²³ Tra cui le più significative sono state sottoscritte nel luglio 2014 e nel gennaio 2015 tra ANAC, prefetture ed enti locali.

¹²⁴ Cfr. delibera CIPE n. 62 del 6 agosto 2015, laddove prevede che i bandi di gara per l'affidamento di lavori per la realizzazione di infrastrutture strategiche, emanati successivamente alla data di pubblicazione della delibera, dovranno prevedere, a carico del contraente generale o del concessionario che risulterà aggiudicatario, l'obbligo di stipulare il protocollo di legalità con la prefettura competente e con la stazione appaltante. Tale indicazione è stata successivamente aggiornata con una nuova delibera CIPE del 26 novembre 2020, attraverso la quale vengono approvati i modelli di

5.2. La compatibilità dei protocolli di legalità con il diritto europeo

Una volta chiarita la funzione dei protocolli di legalità, dobbiamo ora indagare la loro compatibilità con l'ordinamento dell'Unione Europea che si basa, come è noto, su alcuni principi cardine, tra cui la libertà di concorrenza. Quest'ultima sembrerebbe a prima vista collidere con quanto previsto dai protocolli di legalità, in particolare con quell'effetto collaterale generale che prevede l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica per l'operatore economico che dichiara di non volerne rispettare le clausole.

La questione giunse davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in virtù di una vicenda originatasi in Sicilia, dove due imprese si erano aggiudicate un appalto bandito dalla soprintendenza ai beni culturali della provincia di Trapani, per lo svolgimento di lavori di restaurazione di alcuni antichi templi greci. Entrambe le società vennero, tuttavia, escluse dalla gara perché non avevano presentato, al momento dell'offerta, la dichiarazione di accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità appositamente preparato dalla stazione appaltante. Le imprese vincitrici ricorsero dapprima al TAR e poi in appello al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia che rimise alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione in termini generali circa la compatibilità dal punto di vista giuridico tra quanto previsto dai protocolli di legalità, ossia la clausola che prevede l'esclusione in caso di mancata sottoscrizione del protocollo stesso e la libertà di concorrenza¹²⁵.

La prima norma da prendere in considerazione per meglio inquadrare il problema è l'articolo 46, comma 1 bis, del previgente codice dei contratti pubblici, corrispondente all'articolo 10 del codice vigente, che disciplinava le cause di esclusione dagli appalti pubblici, stabilendo il principio di tassatività riguardo la loro esistenza¹²⁶.

Tale prima osservazione è stata superata in quanto una ipotesi di esclusione era costituita dall'inadempimento delle prescrizioni previste dal codice, dal suo regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti. Tra queste altre leggi vi rientrava anche la legge n. 190 del 2012 nella parte in cui disciplinava i protocolli di legalità. In questo modo il rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione da una procedura di appalto veniva garantito e, pertanto, i protocolli di legalità non venivano dichiarati in conflitto con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Con riferimento, invece, alla compatibilità con i valori europei, la Corte di Giustizia osserva che l'obbligo di accettare i patti di integrità nasconde il duplice scopo di visto di garanzia sul comportamento dell'impresa che si aggiudica l'appalto, e di tutela della parità di trattamento tra gli operatori economici. Grazie alla sottoscrizione del protocollo viene, infatti, garantito un altro principio chiave

protocolli di legalità per quelle infrastrutture ed insediamenti considerati prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa e per le quali è istituito presso il Ministero dell'interno un apposito Comitato di coordinamento, menzionato all'art. 203 del vecchio codice, e all'articolo 39 del nuovo.

¹²⁵ CGARS, sez. I, n. 534/2014.

¹²⁶ All'epoca dei fatti era in vigore il vecchio codice dei contratti pubblici (d. lgs. 163/2006).

dell'ordinamento comunitario, quello di non discriminazione e di parità di trattamento tra gli operatori economici, in quanto l'obbligo di accettare le disposizioni dei protocolli di legalità ricade su tutti i partecipanti, addirittura in un momento antecedente l'aggiudicazione, gravando in ugual modo su ognuno¹²⁷.

La Corte di Giustizia ha comunque individuato un importante limite alla operatività dei protocolli. Le loro clausole devono, infatti, sottostare al rispetto del principio di proporzionalità, cioè non devono imporre un onere eccessivo rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere¹²⁸. Essendo il fine dei protocolli di legalità quello di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici, per verificare il rispetto del principio di proporzionalità è, quindi, necessario indagare sullo specifico contenuto dei singoli accordi. A questo punto, i giudici della Corte approfondiscono l'analisi delle singole clausole e notano che gli obblighi consistenti nel comunicare lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto, oltre che nel segnalare qualsiasi tentativo di turbativa o irregolarità nello svolgimento della gara d'appalto e nel denunciare alle forze di polizia qualsiasi tentativo di intimidazione nei loro confronti, rispettano il principio di proporzionalità, non andando oltre quanto necessario per il perseguimento dell'obiettivo, in quanto si limitano a richiedere un comportamento leale da parte del candidato nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e la sua collaborazione con le forze dell'ordine. Altre disposizioni del protocollo, invece, come quelle che richiedono ai partecipanti di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti, di essersi accordato e di non accordarsi in futuro con altri partecipanti alla gara, di non subappaltare lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara, vengono ritenute non compatibili con il principio di proporzionalità, dal momento in cui prevedono l'esclusione automatica dalla procedura d'appalto. Infatti, sostiene la Corte, che, se il fine è quello di salvaguardare il principio di concorrenza, deve essere garantito all'imprenditore quantomeno il diritto a fornire la prova contraria¹²⁹.

In conclusione, ciò che si apprende dalla sentenza della Corte di Giustizia è, quindi, che i protocolli di legalità non solo rappresentano un utilissimo strumento per la prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali, ma valorizzano altresì la trasparenza e, per certi versi, anche la concorrenza nel settore degli appalti pubblici. Essi sono compatibili con l'ordinamento dell'Unione Europea con la condizione che ogni loro clausola rispetti il principio di proporzionalità e non ecceda rispetto a quelli che

¹²⁷ CGUE, sez. X, C-425/14 del 22 ottobre 2015.

¹²⁸ Per approfondimenti, cfr. anche il Glossario dell'Unione Europea, disponibile al sito Glossario UE.

¹²⁹ La CGUE, chiarisce, infatti, nei parr. 35-39 della sentenza C-425/14, che una clausola del tipo di quelle sopra menzionate eccede lo scopo di salvaguardare le infiltrazioni criminali poiché vieta qualsiasi tipo di accordo tra soggetti economici, mentre quelli di condannare dovrebbero essere solamente gli accordi collusivi che limitano il gioco della concorrenza.

sono gli obiettivi per cui l'istituto è stato concepito, imponendo obblighi non necessari agli operatori economici impegnati nell'aggiudicazione di una gara¹³⁰.

5.3. I protocolli di legalità alla luce della pandemia COVID-19 e della normativa emergenziale, l'articolo 83 bis e nuovi problemi con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica

Il moltiplicarsi dei contagi dovuti alla pandemia causata dal coronavirus ha portato il governo, il 31 gennaio 2020, a dichiarare lo stato di emergenza nazionale e ad attuare una serie di misure restrittive che hanno avuto un impatto significativo sulla quotidianità di tutti noi, ma anche sull'economia nazionale.

Per alcuni mesi, infatti, è stato imposto il divieto di esercitare qualsiasi attività che non rientrasse tra quelle definite essenziali e questo ha implicato pesantissime conseguenze in quasi ogni filiera economica.

In un simile contesto, il Ministero dell'interno si è trovato a svolgere un ruolo chiave in considerazione della sua capillarità sul territorio e alla sua funzione di garante dell'ordine pubblico e della sicurezza¹³¹.

La situazione di sconforto e di stallo dell'economia vissuta in Italia nel 2020 ha rappresentato un fertile terreno per la criminalità organizzata che ha potuto far fiorire i suoi traffici e infiltrarsi nel tessuto produttivo nazionale. Il lavoro di prevenzione svolto dalle prefetture nel delicato settore degli appalti pubblici si è rivelato una volta di più di vitale importanza, grazie al lavoro di coordinamento con gli altri attori coinvolti, su tutti forze dell'ordine e le direzioni investigative antimafia.

Oltre all'attività svolta sul territorio dell'amministrazione prefettizia, notevole è stata anche la copiosa produzione normativa emanata per fronteggiare al meglio tale situazione di emergenza.

Nell'ambito che qui interessa, è sicuramente da segnalare il decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 (noto come decreto semplificazioni)¹³². L'intervento normativo ha introdotto nell'ordinamento italiano numerose novità in materia di appalti pubblici e ha inciso profondamente sulla responsabilità penale ed erariale dei dipendenti pubblici con il dichiarato scopo di evitare l'inerzia della pubblica amministrazione causata dalla paura della firma da parte dei dipendenti pubblici.

Di primaria importanza è soprattutto l'articolo 3 del decreto citato, il quale ha modificato il codice delle leggi antimafia, introducendo il nuovo articolo 83 bis, rubricato appunto "Protocolli di legalità". La norma

¹³⁰ C. CRAVERO, *Cause di esclusione negli appalti pubblici - Protocolli di legalità o patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, n. 6, 2016, p. 1459.

¹³¹ In data 10 aprile 2020, il Ministero emanò la direttiva n. 15350/117/3, con la quale richiamava la vocazione dei prefetti alla vicinanza rispetto ai territori e alle istituzioni democraticamente elette in cui l'impegno costante nel contrasto a ogni forma di illegalità e di criminalità si accompagna necessariamente alla capacità di mediazione dei conflitti e all'azione a tutela dei diritti civili, sociali, politici ed economici, compreso quello della libertà di iniziativa economica che, per le difficoltà del momento, può risultare maggiormente permeabile a rischi di condizionamento mafioso.

¹³² Convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020 n. 120.

ha il preciso scopo di favorire la ripresa economica, incentivando gli investimenti pubblici, prestando comunque molta attenzione a prevenire quei fenomeni di infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti. Tale disposizione prevede, al primo comma, che il Ministero dell'interno possa sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia. Per quanto riguarda il contenuto dei suddetti protocolli, la novella legislativa stabilisce che essi disciplinino le modalità per il rilascio delle certificazioni antimafia ed individuano le diverse soglie al di sopra delle quali le loro clausole diventano vincolanti. Viene poi stabilito nella stessa disposizione che i protocolli di legalità possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali¹³³.

L'articolo 83 bis ha individuato nei protocolli di legalità lo strumento per interventi più snelli e mirati in tale ambito. Il decreto semplificazioni ha, in pratica, introdotto misure per via pattizia e di natura facoltativa, piuttosto che intervenire a livello normativo primario¹³⁴.

Il nuovo articolo 83 bis, però, non si preoccupa solo di definire cosa siano i protocolli di legalità, il loro contenuto e i soggetti che possono sottoscriverli, ma al comma 3 contiene anche la prescrizione secondo cui le stazioni appaltanti, al momento di bandire una procedura ad evidenza pubblica, devono prevedere che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto. La disposizione richiama molto da vicino quella contenuta all'articolo 1, comma 17 della

¹³³ Per capire meglio la *ratio* e la portata di questa importante novità occorre fare riferimento alla relazione illustrativa dell'articolo 3 del d.l. semplificazioni, nella quale viene indicato che il nuovo 83 bis clamp ha creato una disciplina positiva dei protocolli di legalità, rispondendo alle esigenze sistematiche sorte a seguito delle statuizioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato sez. III n. 452/2020. In particolare, la relazione stabilisce che “*possono essere sottoscritti*” oltre che con i soggetti istituzionali - individuati dall'art. 83 clamp - “*anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali*”. La sentenza citata originava da una informazione interdittiva antimafia emessa dal prefetto di Brescia nei confronti di una impresa, a seguito di una richiesta di informazioni proveniente da Confindustria Venezia, nell'ambito di un protocollo di legalità siglato per la conclusione di diversi contratti di rilevanza privatistica. Il ricorso originava dal fatto che il soggetto che ha chiesto la verifica alla prefettura, Confindustria Venezia, non è incluso tra gli enti indicati dal già menzionato articolo 83. Il rilascio dell'informativa era stato possibile in virtù di un *addendum* ad un protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'interno con Confindustria in data 10 maggio 2010 e poi rinnovato. La società ricorrente non aveva aderito a nessuno di questi due atti e la normativa antimafia nulla prevedeva circa il rapporto tra soggetti privati. Il vuoto non poteva essere colmato dal protocollo di legalità né dall'*addendum*, entrambi stipulati tra il Ministero dell'interno e Confindustria. Il Consiglio di Stato, in questa sentenza, auspicava quindi una modifica legislativa, nel senso di permettere anche ai soggetti privati di poter sottoscrivere protocolli di legalità. Per approfondimenti, vedi F. GAFFURI, *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti - la disciplina degli appalti pubblici dopo il decreto semplificazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, n. 5, 2021, p. 1242.

¹³⁴ Come auspicato dal Consiglio di Stato nella pronuncia ricordata nella precedente nota; cfr. D. CAPORTO, I. PICARDI, *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto “semplificazioni”*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2020, *passim*.

legge n. 190/2012, seppure quest'ultima contenesse il proprio riferimento ad un istituto simile nel nome, ossia ai patti di integrità.

L'uso della forma plurale e generale "il mancato rispetto dei protocolli di legalità" ha portato parte della dottrina a ritenere che la nuova norma autorizzasse le stazioni appaltanti ad escludere quelle imprese che si fossero rese inadempienti rispetto a qualsiasi protocollo firmato in precedenza da qualunque stazione appaltante.

A causa dell'incertezza della situazione creatasi e della necessità di definire precisamente i due diversi strumenti, i protocolli di legalità e i patti di integrità, il Ministero dell'interno ha chiesto un parere all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) anche per sgombrare il campo da ogni possibile dubbio circa il fatto che la novella normativa potesse nascondere la creazione di una nuova causa automatica di esclusione dalle procedure di appalto, confliggendo una volta ancora con il principio di tassatività di queste, enucleato all'articolo 86 del codice dei contratti pubblici.

L'ANAC ha chiarito che entrambi gli strumenti sono utili presidi di legalità nel contesto degli appalti pubblici, ma si differenziano sotto alcuni aspetti, tra cui il loro diverso ambito di applicazione e la loro vincolatività. L'articolo 83 bis introduce, infatti, una previsione facoltativa nell'ambito della normativa volta alla prevenzione e al contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, mentre il richiamo ai patti di integrità è contenuto nell'ambito delle disposizioni volte alla prevenzione e alla repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, con carattere di obbligatorietà.

Riguardo, invece, l'incertezza dovuta alla possibile esclusione dalla gara, conseguente al mancato rispetto degli obblighi assunti con la sottoscrizione del protocollo di legalità, l'ANAC chiarisce che essa opera limitatamente alla gara in corso di svolgimento. Solamente nel caso in cui la condotta posta in essere dall'operatore economico integri anche altre fattispecie di esclusione, tale condotta assumerà rilevanza ostativa ai fini della partecipazione a future procedure di aggiudicazione, nei modi e tempi previsti dalle disposizioni di riferimento¹³⁵.

Un ulteriore elemento di ambiguità in tale ambito era rappresentato dal fatto che né l'articolo 83 bis, né alcuna altra disposizione di livello primario forniva un elenco di fattispecie che, qualora nominate in un protocollo di legalità, potessero comportare l'esclusione dell'operatore economico coinvolto. Questo vuoto attribuiva, di fatto, alla pubblica amministrazione una enorme discrezionalità circa i comportamenti ritenuti meritevoli di esclusione dell'impresa che li avesse commessi, con conseguenze ancora una volta sul principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto.

Si è condivisibilmente opinato nel senso che, per la fattispecie prevista dall'articolo 83 bis del codice delle leggi antimafia, non sussiste alcuna incompatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione,

¹³⁵ ANAC, delibera n. 1120 del 22 dicembre 2020.

enucleato all'articolo 10 del nuovo codice degli appalti¹³⁶, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia Europea sopra esaminata.

6. Conclusioni: un bilancio delle misure.

Una volta sviluppato il sistema premiale e pattizio relativo alle verifiche antimafia in materia di contratti pubblici, emergono alcune osservazioni conclusive da sviluppare.

Per quanto attiene al sistema *white list*, questo rappresenta senza dubbio uno strumento di semplificazione e velocizzazione delle procedure ad evidenza pubblica, attuazione di quel principio di buon andamento dell'amministrazione, affermato dalla nostra Carta costituzionale (art. 97). Sostituire l'esame relativo all'operatore economico vincitore prima dell'aggiudicazione con un meccanismo in cui le imprese vengono controllate senza urgenza, ben prima della loro partecipazione ad una gara e poi, in caso di aggiudicazione, attingere da una lista di operatori già considerati puliti, porta inevitabilmente solo aspetti positivi per quanto riguarda la tempistica del ciclo di vita di un contratto pubblico, anche alla luce dei principi di risultato e della fiducia (artt. 1 e 2 cod. app.), considerati come principi preminenti, insieme a quello di accesso al mercato, in virtù della disposizione dell'articolo 4. Secondo il principio della fiducia, infatti l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda su una reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Applicando tale assunto all'istituto delle *white list* non possiamo non notarne i suoi tratti caratterizzanti, in quanto l'intero meccanismo si basa su una richiesta di iscrizione dell'operatore economico, i cui requisiti di non contaminazione saranno controllati dall'amministrazione in un momento anche lontano da quello dall'affidamento e questo, oltre a installarsi in un clima di reciproca fiducia, avrà ripercussioni anche per quanto riguarda la celerità della procedura e quindi del risultato dell'affidamento.

Più nebuloso appare, invece, il futuro dei protocolli di legalità. Come evidenziato in precedenza, la loro natura rispecchia un forte pilastro di legalità, in quanto attraverso la loro pattuizione vengono innalzate le soglie per le quali si rendono necessari i controlli relativi alla documentazione antimafia. Per i fautori di una strenua legalità questo istituto rappresenta un imprescindibile innesto, utile a ridurre ulteriormente rischi di infiltrazione della criminalità organizzata anche nei contratti, e soprattutto subcontratti, cosiddetti sottosoglia. Dall'altro lato, invece, vi è chi vede nel sistema pattizio un rallentamento della procedura di affidamento che si rafforza la legalità della gara, ma allo stesso tempo dilata i tempi della procedura amministrativa, disponendo controlli che in sua assenza non sarebbero necessari. In virtù dell'emanazione del nuovo codice, quest'ultimo filone andrà presumibilmente sempre più rafforzandosi, in quanto tra i principi fondamentali espressi dal nuovo codice al primo posto appare, come più volte

¹³⁶ Cfr. anche l'art. 86 c. 8 del previgente codice.

riferito, quello di risultato (art. 1), che richiede l'affidamento dei contratti di appalto e di concessione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, concorrenza e trasparenza. Se già la concorrenza viene descritta come uno strumento affinché si raggiunga il risultato dell'affidamento, una delle prossime sfide che si presenta sul campo dei contratti pubblici sarà quella di riuscire a coniugare anche legalità e trasparenza con la tempestività della procedura ora richiesta dalla nuova codificazione.

Per la sopravvivenza dell'istituto in esame, si auspica di riuscire a salvaguardare uno spazio applicativo per i protocolli di legalità che, laddove attuati, hanno indubbiamente portato ad una sensibile diminuzione dell'inquinamento criminale nel tessuto economico nazionale.

Nel mare mosso delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: i principi giuridici come architrave di uno “statuto” del sistema *

di Luca Fanotto

Dottore di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Abstract [It]: Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative sono da anni al centro di una tensione tra tutela del legittimo affidamento e obblighi di concorrenza derivanti dal diritto unionale. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha prodotto un quadro disomogeneo, segnato da prassi applicative divergenti e contenziosi stratificati. Dall'analisi delle fonti e dei principi consolidati emerge la possibilità di delineare uno statuto giuridico della concessione. Tale impianto ricostruttivo riflette coordinate già presenti nell'ordinamento. Esso può offrire una base coerente per la riforma della disciplina di settore.

Title [En]: In the Turbulent Waters of Maritime State Concessions for Tourism and Recreational Use: Legal Principles as the Cornerstone of a System Statute

Abstract [En]: Maritime state concessions for tourism and recreational purposes have long been at the center of a tension between the protection of legitimate expectations and the competition obligations imposed by EU law. The regulatory and judicial evolution has resulted in a fragmented framework, marked by divergent practices and layered litigation. An analysis of legal sources and consolidated principles reveals the potential to outline a juridical statute of concessions. This reconstructive framework reflects coordinates already present within the legal system. It may provide a coherent foundation for the reform of the sector's regulatory regime.

Parole chiave: Concessioni demaniali marittime; Direttiva Bolkestein; Liberalizzazione; Legittimo affidamento; Contenzioso giurisdizionale

Keywords: Maritime State Concessions; Bolkestein Directive; Liberalization; Legitimate Expectation; Judicial Litigation

Sommario: 1. Uno scenario normativo in costante evoluzione nella perenne tensione tra apertura al mercato e tutela dei concessionari uscenti. 2. La progressiva trasformazione funzionale del demanio marittimo e la ripartizione delle competenze. 3. Il difficile percorso normativo delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, tra proroghe legislative e riforme mancate. 4. La Direttiva Bolkestein e il paradigma europeo della liberalizzazione dei servizi. 5. Il multiforme contenzioso giurisdizionale, tra principi europei e dinamiche nazionali. 5.1. Il contenzioso europeo: dalla sentenza “*Promoimpresa*” ai più recenti interventi della Corte di Giustizia. 5.2. Il contenzioso costituzionale: il riparto delle competenze e la salvaguardia della concorrenza. 5.3. Il contenzioso amministrativo: disapplicazioni, procedure ad evidenza pubblica e tutela del legittimo affidamento. 5.4. Il contenzioso civile e penale: occupazione abusiva e validità del titolo concessorio. 6. Le basi di uno statuto delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, tra principi emergenti e nuovi paradigmi. 7. La ricomposizione sistemica delle fonti e la ricerca di un equilibrio tra concorrenza ed interesse pubblico.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Uno scenario normativo in costante evoluzione nella perenne tensione tra apertura al mercato e tutela dei concessionari uscenti

Il tema dell'uso del demanio marittimo e in particolare quello avente finalità turistico-ricreativa è ancora oggi oggetto di un complesso ed articolato dibattito.

La disciplina e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime sono infatti al centro oramai da quasi vent'anni di una forte tensione tra due contrapposte visioni: l'apertura al mercato del settore da un lato e la tutela e conservazione delle realtà imprenditoriali esistenti dall'altro¹.

Il braccio di ferro tra legislatore nazionale, teso a "proteggere" i concessionari uscenti costituiti per circa l'85% da microimprese legate al territorio², e l'Unione europea, volta invece a garantire una liberalizzazione del quadro regolatorio, ha determinato una situazione di stallo e di profonda incertezza sul futuro dell'intero comparto balneare.

Sette provvedimenti legislativi di proroga, tre procedure di infrazione per violazione del diritto unionale, una delle quali ancora aperta, e quattro mancate promesse di revisione organica della materia hanno caratterizzato sino ad oggi l'approccio sostanzialmente inerziale e inadeguato del legislatore italiano che, a sua volta, ha ingenerato un altissimo grado di conflittualità³, scaturito in un abnorme contenzioso giurisdizionale a vari livelli.

Il ricorso a procedure di selezione per la scelta del concessionario era già previsto dal codice della navigazione del 1942, seppur mitigato dal riconoscimento del c.d. "diritto di insistenza" nei confronti di quello uscente successivamente abrogato.

Tuttavia, tale meccanismo non ha trovato mai una adeguata applicazione e la riluttanza al cambiamento manifestata dalle rappresentanze di categoria del settore è stata a più riprese sposata dal legislatore.

Alla naturale scadenza del periodo fissato nel titolo concessorio, l'area demaniale marittima dovrebbe infatti rientrare nella disponibilità dell'amministrazione concedente, recuperando così l'esercizio di tutte le facoltà legate al bene. Nonostante ciò, con una serie di interventi straordinari e in contrasto con la normativa codicistica e quella europea, che di fatto l'hanno privata di effettività, il legislatore nazionale ha trasfigurato la fase estintiva del rapporto in un momento di riviviscenza dello stesso.

¹ In particolare, da un lato, la necessità di garantire l'adozione di procedure pubbliche, trasparenti ed imparziali, conformi agli obblighi costituzionali e di derivazione comunitaria, e, dall'altro, l'esigenza di tutelare gli investimenti economici dei privati e le piccole realtà imprenditoriali, che hanno maturato un importante know-how al servizio della collettività. Cfr. M.C. GIRARDI, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime. Il persistente contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, ESI, Napoli, 2021, 47 ss.; G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federlizing process*, in [Federalismi.it](https://federalismi.it), 2020, n. 5, p. 1 ss.; G. CARULLO, A. MONICA, *Le Concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in [Federalismi.it](https://federalismi.it), 2020, 26, pp. 24 ss.

² G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia*, cit., pp. 1 ss.

³ F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia tra diritti e incertezza delle regole*, in *Dir. Amm.*, 4, 2022, pp. 1037 ss.

La stratificazione normativa venutasi a determinare⁴, che ha reso estremamente frammentaria la disciplina della materia, e il conseguente intervento giurisprudenziale, perlopiù dissonante rispetto alle scelte operate dal legislatore, ha portato ancora una volta a confermare la forza, la capacità e la validità dei principi giuridici, quali mezzi di orientamento delle soluzioni nei contesti più conflittuali.

Nel mare aperto e agitato delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, obbiettivo della presente indagine è quello di chiarire come i principi⁵, intesi quali norme giuridiche dal contenuto spiccatamente valoriale, possano oggi esercitare non solo un ruolo chiave nella costruzione e coerenza del sistema normativo complessivamente considerato, fungendo da strumenti di armonizzazione e integrazione tra norme di diversa provenienza e natura, ma anche costituire un vero e proprio statuto di riferimento in materia, dal quale attingere per individuare soluzioni che il legislatore, finora, ha mostrato più di qualche esitazione a definire.

⁴ E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in federalismi.it, 2020, n. 18, p. 1 ss.

⁵ Per tutti di veda L. MEZZETTI, *Valori, principi e regole*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1 ss.; G. PINO, *Diritti ed interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 51 ss.

2. La progressiva trasformazione funzionale del demanio marittimo e la ripartizione delle competenze

La radicale trasformazione della funzione⁶ del demanio marittimo⁷ e della concezione della sua utilizzazione ha progressivamente prodotto una rottura del monopolio statale, facendo emergere una

⁶ Nel Codice della marina mercantile del 1865 i beni demaniali marittimi erano considerati funzionali alle esigenze di difesa dello Stato pur riconoscendo, mediante lo strumento concessorio, la possibilità di “*usi particolari*” degli stessi per il soddisfacimento di obiettivi specifici. Tale impostazione dogmatica viene confermata anche nel Codice della navigazione del 1942, ove i beni del demanio marittimo sono valutati quale espressione della sovranità statale, in quanto necessari all’esplicazione delle sue funzioni, con rilevanti conseguenze anche sotto il profilo dell’organizzazione relativa alla loro gestione, affidata unicamente ad amministrazioni dello Stato di tipo verticistico-piramidale. L’art. 36 del Codice della Navigazione ha continuato a garantire la possibilità di concedere l’occupazione e l’uso, anche esclusivo, per un tempo determinato dei beni demaniali marittimi, ma «*compatibilmente con le esigenze di pubblico uso*», a significare che la concessione rimane congegno atto ad assicurare l’attuazione della destinazione di tali beni, necessariamente finalizzata all’assolvimento di esigenze pubbliche. La situazione muta con l’entrata in vigore della Costituzione, mediante la quale si procede progressivamente al superamento della tradizionale prospettiva garantistico-conservativa, secondo la quale i beni demaniali devono essere esclusivamente preservati al fine di assicurarne l’uso generale, per accedere ad una visione legata, al contrario, ad un loro possibile impiego economico, per consentire allo Stato la realizzazione dell’interesse comune. Recentemente la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, sulla base di una visione personale-collettivistica dei beni pubblici, ha offerto una lettura costituzionalmente orientata della disciplina codicistica. Il caso è stato offerto dal problema legato alla rivendicazione della proprietà delle valli da pesca della laguna di Venezia, che aveva visto contrapposti da un lato lo Stato, teso a sostenere la demanialità del bene, e dall’altro i coltivatori privati, volti a reclamarne la proprietà privata. La Corte di Cassazione, superando l’impostazione patrimoniale-proprietaria dei beni pubblici ed abbracciando il concetto di bene comune, evidenzia che un bene possa essere pubblico non tanto sulla base del suo dato formale, legato alle astratte categorie codicistiche, quanto sulla base del suo dato sostanziale, essendo in grado per suo intrinseca natura o finalizzazione funzionale al perseguimento ed al soddisfacimento degli interessi della collettività. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, riconoscendo nelle valli da pesca della laguna di Venezia uno dei casi in cui i principi costituzionali dello sviluppo della persona umana, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovino specifica attuazione, con la pronuncia del 18 febbraio 2011, n. 3938 sanciscono la natura pubblica del bene, in quanto strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. Per una puntuale ricostruzione dei suesposti profili si veda: F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1965, pp. 154 ss.; L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 1, 2006, pp. 157 ss.; M. CASANOVA, *Demanio Marittimo*, in A. Antonini (coord.), *Trattato Breve di diritto marittimo. Principi - Soggetti - Beni - Attività*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 201 ss.; A. SALOMONE, *La concessione di beni demaniali marittimi*, Aracne, Roma, 2013, pp. 34 ss.; M. ESPOSITO, *I fondamenti costituzionali del demanio. Basi per uno studio sulla disciplina legislativa dei beni pubblici*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 43 ss.; A. LEFEBVRE D’OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 103 ss.;

⁷ Gli artt. 822 e 824 del Codice Civile, secondo la tecnica della tipizzazione i beni demaniali, indicano che l’elencazione ivi contenuta risulta tassativa. In particolare, l’art. 822 del Codice civile ricomprende, accanto ai beni del demanio idrico e a quelli del demanio militare, il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti tra i beni del demanio marittimo. Tuttavia, è solo con il coevo Codice della navigazione che l’assetto del demanio marittimo trova una sua completa ed organica definizione. L’art. 28 opera, infatti, una specificazione e un ulteriore ampliamento di quanto previsto in relazione alla nozione di demanio marittimo dal Codice civile. Per approfondimenti sul tema cfr. F. QUERCI, *Il demanio*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 92 ss.; A. LEFEBVRE D’OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *op. cit.*, pp. 105 ss.; M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 38 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 384; D. CAIRO, *Beni demaniali: definizioni, caratteristiche, distinzioni, categorie*, in M. Iaselli (a cura di), *Le problematiche giuridiche del demanio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 13 ss.; M. BOLCINA, *La regolazione statale in materia di concessione di spiaggia. Dall’unità del codice della navigazione alla frammentazione del quadro regolatorio*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d’impatto sulle concessioni balneari*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 23 ss.; *contra* V. GIANNUZZI SAVELLI, *Brevi note di regolazione del demanio marittimo*, in *Rass. Avv. St.*, 1, 2017, pp. 1 ss.; D. GRANARA, *I beni demaniali marittimi ed il relativo regime giuridico*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2011, 6, pp. 277 ss.

economia balneare⁸ precedentemente assente. Ciò è venuto inevitabilmente a riverberarsi anche sulla stessa organizzazione amministrativa⁹ interessata al governo delle aree e degli spazi costieri.

I profili gestori dei beni demaniali marittimi, secondo l'impostazione accolta nel Codice della navigazione, risultavano infatti affidati in via esclusiva allo Stato: a livello centrale, attraverso il Ministero della marina mercantile e, a livello periferico, mediante l'Autorità marittima¹⁰.

Solo con l'entrata in vigore della c.d. "legge ponte"¹¹ del 1967, che ha definitivamente sancito la competenza pianificatoria dei Comuni sulle aree demaniali, subordinando la realizzazione di opere private al rilascio della licenza da parte del Sindaco, la monoliticità del potere statale¹² ha incominciato ad oscillare. L'attuazione dell'ordinamento regionale, ad opera della l. 22 luglio 1975, n. 382 e del successivo art. 59 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, ha comportato per delega il trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sul demanio lacuale e fluviale, quando l'utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative¹³, mantenendo in capo allo Stato la competenza in materia di navigazione marittima, sicurezza nazionale e polizia doganale.

⁸ Dopo la fine del secondo conflitto mondiale il turismo balneare è divenuto un fenomeno di massa. L'Italia risulta caratterizzata da una linea di costa lunga circa 8.300 km². Su tale area insistono circa 52620 concessioni demaniali marittime, di cui circa la metà sono per uso turistico-ricreativo, mentre le restanti per pesca, acquacultura, diporto, usi pubblici e tutela ambientale. I dati, aggiornati al 2018, sono consultabili dal sito del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti, all'interno della piattaforma che raccoglie il Sistema informativo del demanio marittimo (SID). Cfr. <https://www.sid.mit.gov.it>; sulla mappatura delle concessioni demaniali si veda A. NARDONE, *La mappatura delle concessioni di beni: il Siconbep*, in *Giorn. Amm.*, 1, 2024, pp. 65 ss.; secondo un rapporto dalla Camera di commercio di Milano Monzabrianza Lodi il numero delle imprese che gestiscono stabilimenti balneari tra spiagge sul mare, sui laghi e sui fiumi nel 2018 ha raggiunto quota 7.816, un settore in crescita del +2,5% in un anno; con un totale occupazionale di circa 300.000 addetti; secondo, invece, un recente studio della Banca d'Italia tra il 2010 e il 2017 il prodotto mare ha contribuito per un quarto della crescita delle presenze di turisti stranieri in Italia. I pernottamenti per vacanze al mare sono infatti cresciuti nel periodo del 4,5% in media all'anno. Più di due terzi dei flussi turistici riguardanti le vacanze al mare sono rappresentati da destinazioni con un livello di urbanizzazione medio-basso e con una più scarsa dotazione di patrimonio culturale. Cfr. [Banca d'Italia](#); ma si veda anche A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. Dir. pubbl. comunit.*, 2, 2013, pp. 437 ss.

⁹ In realtà, c'è chi ha notato che l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948, in particolare, l'affermazione del principio autonomistico (art. 5) e il riconoscimento di un demanio regionale (art. 119), abbia contribuito a scardinare l'esclusività dei poteri statali sul demanio marittimo, attraverso l'emersione di una dimensione regionale del concetto di territorio, anche alla luce dell'attribuzione di competenze urbanistiche in capo alle Regioni. Cfr. M. BOLCINA, *La regolazione statale in materia di concessione di spiagge. Dall'unità del codice della navigazione alla frammentazione del quadro regolatorio*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 27.

¹⁰ L'Autorità marittima, in virtù dell'art. 28 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione approvato con D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328, gestiva l'uso del demanio marittimo, vigilava sulle concessioni ed esercitava poteri di polizia amministrativa.

¹¹ L. 6 agosto 1967, n. 765, recante modifiche ed integrazioni alla legge urbanistica del 17 agosto 1946, n. 1150.

¹² Precedentemente all'entrata in vigore della c.d. "legge ponte", la Suprema Corte di Cassazione aveva infatti affermato la supremazia degli interessi collegati agli usi pubblici del mare, con conseguente pienezza dei poteri esercitati dallo Stato e prevalenza degli stessi anche sulla disciplina urbanistica ed edilizia comunale. Si vedano Cass., sez. un., 25 ottobre 1954, n. 4091, in *Foro it.*, 1955, I, pp. 1181 ss.; Cass., sez. un., 18 febbraio 1965, n. 274, in *Foro it.*, 1965, I, pp. 631 ss.. Per approfondimenti si veda per tutti M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 7 ss.

¹³ Nell'ambito della delega di funzioni amministrative conferite alle regioni rientravano i profili relativi all'occupazione, all'uso, alla gestione ed alla disciplina del litorale marittimo e delle aree demaniali marittime immediatamente prospicienti, per ragioni turistiche e ricreative, con il conseguente esercizio di poteri di polizia amministrativa,

Tuttavia, per molti anni il procedimento di devoluzione delle competenze amministrative non ha trovato applicazione, avendo l'art. 59, co. 2, del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 subordinato l'effettiva esplicazione della delega¹⁴ all'adozione di un D.P.C.M., contenente un elenco di beni di preminente interesse nazionale da mantenere riservati alle funzioni esercitate dallo Stato¹⁵.

Al fine di superare l'*impasse*¹⁶, è stato emanato il d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, successivamente convertito con modificazioni nella l. 4 dicembre 1993, n. 494, con il quale si è stabilito che, se entro un anno dall'entrata in vigore della legge di conversione il governo non avesse provveduto agli adempimenti necessari di cui all'art. 59, le funzioni amministrative avrebbero dovuto comunque considerarsi delegate alle Regioni.

In realtà, la gestione amministrativa del demanio marittimo diventa a tutti gli effetti competenza regionale o comunale solo con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112¹⁷, recante «*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*». L'art. 105 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, a differenza dell'art. 59 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, attua un vero e proprio trasferimento di funzioni a carattere generale¹⁸ che investe l'intera materia concessoria dei beni del

competenze precedentemente assolute dal Ministero dei Trasporti e dalle Autorità marittime periferiche. Cfr. M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, cit., pp. 8 ss.

¹⁴ Anche la giurisprudenza aveva confermato che, in assenza dell'esatta determinazione della portata dei rapporti tra Stato e regioni in materia, l'esercizio della delega fosse subordinato emanazione del D.P.C.M.. Si veda Cons. St., sez. V, 16 giugno 1987, n. 358. Per una puntuale ricostruzione si veda R. TRANQUILLI LEALI, *Il demanio turistico-ricreativo: problemi attuali e nuovi profili di gestione*, in Aa. Vv., *Regioni e demanio marittimo*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 111 ss.

¹⁵ In particolare, l'attuazione della delega di funzioni era stata infatti subordinata all'adozione, entro il 31 dicembre 1978, con D.P.C.M. di un elenco di beni da riservare alle funzioni statali nelle materie della navigazione marittima, di sicurezza nazionale e di polizia doganale, nonché nelle materie dei porti e delle aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima. Tale D.P.C.M. è stato varato solo il 21 dicembre 1995, con un ritardo di diciotto anni che ha di fatto impedito l'esercizio concreto della delega da parte delle regioni. Come è stato attentamente notato, il rilevante ritardo nel trasferimento effettivo delle funzioni amministrative in capo alle regioni ha determinato uno stato di profonda incertezza e un importante contenzioso promosso dalle stesse regioni con l'obiettivo rivendicare le proprie prerogative. Si veda L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, cit., p. 166.

¹⁶ Nel frattempo, al fine di porre rimedio al ritardo il legislatore varava la l. 31 dicembre 1982, n. 979, recante «*Disposizioni per la difesa del mare*», con la quale all'art. 41 veniva disposto che sino all'approvazione degli elenchi dell'art. 59, co. 2, del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 «*le concessioni di cui l'autorità marittima disporrà il rinnovo o il rilascio riguarderanno, quando l'utilizzazione prevista risponda a finalità turistiche e ricreative, periodi di tempo non superiori all'anno. Qualora, per la natura delle iniziative rispondenti ad obiettive esigenze di interesse pubblico, il rapporto concessorio debba avere maggiore durata, l'autorità marittima procederà, sentita la regione territorialmente interessata*».

¹⁷ Sino al 1998, al fine di evitare una paralisi dell'attività amministrativa, legata alla riscossione dei canoni e al rilascio dei titoli, e contemperare l'esigenza delle regioni di organizzarsi con unità idonee, il legislatore con il d.l. 18 ottobre 1995, n. 433 e il successivo d.l. 21 ottobre 1996, n. 535, convertito nella l. 23 dicembre 1996, n. 647, ha disposto che le regioni potessero avvalersi delle Capitanerie di porto e degli uffici da esse dipendenti per l'esercizio delle relative funzioni amministrative. Per una puntuale ricostruzione sistemica dei rapporti tra Regioni e Capitanerie di porto si veda R. TRANQUILLI LEALI, *Il demanio turistico-ricreativo: problemi attuali e nuovi profili di gestione*, in Aa. Vv., *Regioni e demanio marittimo*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 111 ss.

¹⁸ I poteri così devoluti alle Regioni vanno infatti ben oltre al mero rilascio delle concessioni, per ricomprendere anche quelli inerenti le funzioni di organizzazione e le attività connesse e strumentali all'esercizio delle funzioni medesime e dei compiti conferiti, tra i quali quelli di programmazione, di vigilanza, di accesso al credito, di polizia amministrativa e relativi all'adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti previsti dalla legge. Si veda G. DI GIANDOMENICO,

demanio marittimo e della navigazione interna¹⁹. Il legislatore, nella volontà di evitare il ripetersi di situazioni di stallo simili a quelle verificatesi nel passato, adotta a distanza di poco tempo il d.lgs. 30 marzo 1999, n. 96, sancendo all'art. 42 che le funzioni amministrative di cui all'art. 105, co. 2, lett. l) possano essere direttamente esercitate dai Comuni²⁰ sino quando le Regioni abbiano provveduto con propria legge all'individuazione di quali a sé riservare.

L'esercizio delle funzioni regionali e comunali sul demanio marittimo turistico-ricreativo rimane tuttavia soggetto a due limiti statali: il potere di indirizzo e coordinamento e la titolarità dei beni che, assieme alla percezione dei canoni, è posta in capo allo Stato²¹.

Il d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni nella l. 4 dicembre 1993, n. 494, ha segnato il vero punto di rottura anche sotto il profilo della stessa concezione del demanio marittimo, soprattutto con riferimento alle sue molteplici possibilità di sfruttamento economico. Il D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 non aveva infatti chiarito cosa dovesse intendersi per usi turistici e ricreativi²², che troveranno una propria definizione solo con l'art. 1 della l. 4 dicembre 1993, n. 494. Tale disposizione prevede infatti come le concessioni demaniali marittime, diverse dall'erogazione di servizi pubblici e dall'esercizio di attività portuali e produttive, possano essere rilasciate per: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti; d) gestione di attività ricettive e di attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione delle precedenti categorie.

L'appartenenza del demanio marittimo dopo le recenti modifiche legislative e costituzionali, in AA. VV., *La gestione del demanio marittimo, dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 82 ss.

¹⁹ In particolare, l'art. 105 del d.lgs. n. 112 del 1998 ha esteso alle regioni le funzioni amministrative relative a tutto il demanio marittimo, ricomprendendo il mare territoriale, indipendentemente dalla destinazione turistica dei suoi usi, ad eccezione di quelle relative all'approvvigionamento energetico e sui porti ed aree di preminente interesse nazionale come individuate dal D.P.C.M. del 21 dicembre 1995. Il testo della norma è stato poi riscritto dall'art. 9 della l. 16 marzo 2011, n. 88, che ha limitato l'esclusione ai porti di rilevanza economica internazionale e nazionale oltre a quelli legati alla difesa militare e alla sicurezza dello Stato. Cfr. C. ANGELONE, *Le nuove funzioni del Comune sul demanio marittimo e nel mare territoriale: modalità di esercizio e profili applicativi*, in AA. VV., *La gestione del demanio marittimo, dallo Stato, alle Regioni ai Comuni*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 26 ss.; M. CASANOVA, *Demanio marittimo*, cit., p. 209.

²⁰ Il d.lgs. 30 marzo 1999, n. 96 di fatto anticiperà su tale aspetto il contenuto dell'art. 118 Cost., così come riformato dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, nella parte in cui conferirà in via generale ai Comuni tutte le funzioni amministrative, salvo che per esigenze unitarie non debbano essere attribuite agli Enti superiori in virtù dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

²¹ C. ANGELONE, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo: durata, finalità, competenze*, in *Dir. trasp.*, 1999, p. 808; G. DI GIANDOMENICO, *L'appartenenza del demanio marittimo dopo le recenti modifiche legislative e costituzionali*, cit., p. 88; M. BASILAVECCHIA, *Le problematiche tributarie nella gestione del demanio marittimo*, in AA. VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 43; F. SORRENTINO, *Poteri regionali e poteri statali di fronte al mare*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti di fronte al mare*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 28;

²² Anche se come è stato attentamente notato, le utilizzazioni turistico-ricreative del demanio marittimo nel nostro ordinamento erano già conosciute nel R.D. 1° dicembre 1885, n. 726, nella parte rivolta all'uso voluttuario delle spiagge lacuali. Si veda R. TRANQUILLI LEALI, *Il demanio turistico-ricreativo: problemi attuali e nuovi profili di gestione*, cit., p. 102.

La riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, innova ulteriormente il quadro normativo di riferimento²³. Sul versante legislativo, per quello che qui rileva, la nuova formulazione dell'art. 117, co. 2, Cost. riserva in capo allo Stato la competenza legata alla tutela della concorrenza tra operatori balneari di cui alla lett. e), l'ordinamento e l'organizzazione delle strutture pubbliche statali per l'amministrazione dei relativi beni di cui alla lett. g), la salvaguardia dell'uso generale del demanio marittimo di cui alla lett. m), la disciplina delle funzioni fondamentali dei Comuni e degli altri enti locali nella gestione del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative di cui alla lett. p) e la tutela dell'ambiente costiero di cui alla lett. s)²⁴.

Sul versante amministrativo, il nuovo art. 118 Cost. sancisce definitivamente l'attribuzione ai Comuni delle funzioni amministrative, provvedendo alla costituzionalizzazione dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione.

L'ente locale più vicino al cittadino acquista così una posizione centrale nella complessiva amministrazione dei beni demaniali marittimi, esclusi quelli riservati allo Stato, nel quadro generale degli atti di indirizzo e di programmazione di livello statale e regionale, favorendo l'iniziativa privata nella gestione delle strutture balneari conformemente al principio di sussidiarietà orizzontale.

La riforma del 1993 determina un radicale mutamento del quadro normativo di riferimento, innovandolo profondamente e mutandone l'approccio legato all'uso. L'occupazione del bene demaniale da eccezionale diventa infatti normale, così da ricondurre l'utilizzazione per scopi turistico-ricreativi all'interno della sua destinazione naturale²⁵.

Si è così potuto assistere ad un progressivo passaggio da una funzione "statica" del demanio, tesa esclusivamente alla sua conservazione, ad una "dinamica", rivolta al contrario a porre l'accento sulle potenzialità scaturenti dall'utilizzo²⁶. Cambia così l'approccio nei confronti dei beni demaniali marittimi, sempre più intesi come "elementi" da valorizzare, per le intrinseche opportunità economiche, quali fonti

²³ F. SORRENTINO, *Poteri regionali e poteri statali di fronte al mare*, cit., pp. 28 ss.; M. BOLCINA, *La regolazione statale in materia di concessione di spiaggia. Dall'unità del codice della navigazione alla frammentazione del quadro regolatorio*, cit., pp. 30 ss.

²⁴ L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, cit., pp. 174 ss.;

²⁵ È infatti noto come nella tradizionale impostazione dogmatica l'uso dei beni pubblici da parte di un privato possa essere ricondotto a tre diverse categorie: l'uso normale o detto anche ordinario, l'uso speciale e l'uso eccezionale o detto anche particolare. È stato tuttavia rilevato da attenta dottrina l'inadeguatezza della concezione tradizionale, in quanto spesso attraverso usi particolari, consentiti a mezzo di concessione, viene realizzata una funzione primaria del bene pubblico. Cfr. A.M. SANDULLI, *Beni Pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 227 ss.; F.A. QUERCI, *Il demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 92 ss.; C. CINQUE, *Profili funzionali e valorizzazione imprenditoriale in tema di "demanio marittimo"*, in *Trasporti: Diritto, economia, politica*, 104, 2008, pp. 11 ss.; N. CARNIMEO, *Spunti per una riforma della disciplina dei beni del demanio marittimo e dell'impresa balneare*, in S. Zunarelli, N. Carnimeo (a cura di), *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Cacucci, Bari, 2019, 8 ss.

²⁶ I beni demaniali marittimi risultano infatti potenzialmente idonei a soddisfare una imprecisata serie di interessi pubblico-sociali, che si attualizzano e mutano a seconda del contesto storico. A. GIANNELLI, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, in www.federalismi.it, 22, 2016, pp. 2 ss.

di benessere per un'ampia gamma di soggetti, e per le fondamentali necessità di preservazione ambientale, naturalistica e paesaggistica, determinate dalla loro peculiare vulnerabilità²⁷.

3. Il difficile percorso normativo delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, tra proroghe legislative e riforme mancate

Con la mutazione funzionale del demanio marittimo, la concessione²⁸, da strumento eccezionale, data la originaria indiscussa prevalenza dei valori della proprietà statale e dell'uso pubblico, si trasforma in provvedimento ordinario, stante la variegata molteplicità di utilizzazioni possibili da parte dei privati, in grado di risolversi in un generale beneficio per la collettività²⁹.

Il rilascio di una concessione demaniale marittima interviene a costituire un rapporto giuridico complesso tra amministrazione concedente e concessionario, dal quale derivano in capo a quest'ultimo una serie di diritti e di obblighi. Tra i diritti si possono senz'altro annoverare quelli di uso peculiare del bene demaniale, dai quali scaturisce in capo all'amministrazione uno speculare obbligo di consegna (art. 34 cod. nav.), il diritto di non subire turbative da parte di terzi nella concreta utilizzazione del bene e quello di costituire ipoteca sulle opere costruite sul demanio marittimo (art. 41 cod. nav.), mentre tra gli obblighi quello di eseguire tutte le opere prescritte nell'atto di concessione, di garantire l'osservanza delle disposizioni dei competenti uffici relativi ai servizi militari, doganali, sanitari, e ad ogni altro servizio di interesse pubblico (art. 27, co. 2, reg. nav. mar.), di consentire l'accesso nei beni oggetto di concessione e nelle opere eseguite (art. 28 reg. nav. mar.), di prestare garanzia dell'adempimento degli obblighi assunti mediante il pagamento di una cauzione (art. art. 17 reg. nav. mar.), di pagare il canone (art. 16 reg. nav. mar.) e di manlevare l'amministrazione concedente da ogni azione intentata da terzi per danni causati nell'esercizio della concessione a cose o persone (art. 23 cod. nav. mar.).

A ciò si aggiunga come il concessionario sia tenuto ad esercitare direttamente l'attività principale (art. 30 reg. nav. mar.), potendo "subconcedere", previo gradimento dell'ente concedente data la natura fiduciaria

²⁷ Mediante la concessione del bene demaniale marittimo lo Stato può infatti raggiungere il soddisfacimento di fini di interesse generale. Il concessionario, sotto la vigilanza dell'autorità amministrativa, attraverso la gestione della proprietà pubblica garantisce servizi essenziali come la pulizia dell'arenile e l'assistenza dei bagnanti. Cfr. C. ANGELONE, *Le concessioni «stagionali» di demanio marittimo per finalità turistico ricreative*, in *Dir. Mar.*, 2005, p. 747; F. SALVIA, *La difficile coesistenza tra usi e tutela dell'ambiente costiero*, in *Dir. eco.*, 1, 2015, pp. 23 ss.

²⁸ La concessione è l'atto con il quale si consentono gli usi particolari del demanio marittimo e può essere definita come strumento di attuazione della destinazione dei beni pubblici, i quali vengono sottratti in tutto o in parte all'uso generale, producendo una parziale deroga al principio costituzionale di eguaglianza. La concessione, come provvedimento amministrativo, da origine ad un rapporto giuridico pubblico complesso, nel quale si inseriscono diritti ed obblighi reciproci. Cfr. A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 277 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 673 ss.; M. BOLCINA, *La regolazione statale in materia di concessione spiaggia. Dall'Unità del Codice della navigazione alla frammentazione del quadro regolatorio*, cit., p. 38

²⁹ L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 2006, 175 ss.

del rapporto e la necessità di evitare violazioni dei principi di selezione pubblica, solo le attività accessorie (art. 45-bis cod. nav.)³⁰.

Il procedimento di rilascio e di rinnovo delle concessioni demaniali marittime³¹ sino al 1993 risultava, e ancora oggi in parte risulta, disciplinato dagli artt. 36 e 37 cod. nav. e dagli artt. 18 e 25 del regolamento di esecuzione³².

In particolare, ai sensi dell'art. 36 del cod. nav., la pubblica amministrazione può concedere a terzi l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali marittimi e di zone del mare territoriale, per un determinato periodo di tempo, compatibilmente con le esigenze di pubblico uso. In caso di concorrenza di più domande, nell'ipotesi di rilascio di nuova concessione, l'art. 37 cod. nav. prevede la necessità di seguire alcuni criteri di preferenza per la selezione del concessionario: *a)* in primo luogo, la domanda che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda ad un più rilevante interesse pubblico (co. 1); *b)* in secondo luogo, si doveva distinguere tra concessioni di durata superiori ai due anni (co. 2), per le quali risultava necessario procedere con gara o con licitazione privata, e concessioni di durata inferiore ai due anni (co. 3), per le quali operava una generale preferenza per il concessionario uscente e, in caso di mancanza, la licitazione privata.

L'art. 02, co. 1, del d.l. n. 400 del 1993³³ ha modificato in maniera incisiva i commi 2 e 3 dell'art. 37 cod. nav., introducendo per il rilascio di nuove concessioni un criterio di preferenza per quelle che comportino attrezzature non fisse o completamente amovibili e per il rinnovo un criterio di preferenza per il concessionario uscente rispetto alle nuove istanze.

³⁰ Per approfondimenti si veda M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 4, 2020, pp. 1069 ss.

³¹ L'art. 36, co. 2, cod. nav. distingue l'autorità competente al rilascio della concessione demaniale marittima sulla base di due criteri: *a)* la durata; *b)* la presenza o meno di impianti di difficile sgombero. Sulla base di tale distinzione il regolamento attuativo del codice della navigazione individua le concessioni "per licenza", rilasciate dal capo del compartimento marittimo per un periodo non superiore a quattro anni e non importanti impianti di difficile sgombero, e le concessioni "per atto formale", rilasciate per atto pubblico con decreto del capo compartimento per una durata superiore a quattro anni e importanti impianti di difficile rimozione. Tale distinzione è stata poi superata dall'art. 01, co. 2, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni nella l. 4 dicembre 1993, n. 494, successivamente modificato dall'art. 10 della l. 16 marzo 2001, n. 88, che ha disposto una durata di anni sei per tutte le concessioni, indipendentemente dalla natura o dal tipo di impianti previsti per lo svolgimento dell'attività. Successivamente, l'art. 13, co. 2, della l. 8 luglio 2003, n. 172 ha esteso il procedimento per licenza a tutte le concessioni incluse nell'art. 01, co. 1, del d.l. n. 400/1993, senza distinzione tra difficile o facile rimozione degli impianti.

³² M. TIMO, *Concessioni demaniali marittime: tra tutela della concorrenza e protezione della costa*, in *Giur. It.*, 10, 2017, pp. 2191 ss.; C. FIORILLO, *Concessioni di aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria*, in *Dir. Trasp.*, 2011, 1, pp. 170 ss.

³³ Il d.l. n. 400 del 1993, oltre ad introdurre tale criterio di preferenza nel codice della navigazione, aveva stabilito una tipizzazione più esaustiva delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, determinando per le stesse una durata di quattro anni, risultando irrilevante il tipo di impianto previsto per lo svolgimento dell'attività.

La preferenza in favore del concessionario uscente, così come introdotta dal d.l. n. 400 del 1993, ha assunto la denominazione di “*diritto di insistenza*”³⁴, ponendo di fatto un pesante limite alla discrezionalità³⁵ dell’amministrazione in sede di rinnovo³⁶, in quanto atto a garantire una sorta di perpetuità della concessione demaniale marittima in favore dell’originario titolare³⁷. Tale impostazione si è ulteriormente rafforzata con l’entrata in vigore della l. 16 marzo 2001, n. 88, che ha riscritto quanto previsto dall’art. 01, co. 2, del d.l. n. 400 del 1993. L’art. 10 della l. 16 marzo 2001, n. 88 ha infatti portato a sei anni la durata delle concessioni³⁸, introducendo un “*diritto al rinnovo automatico*”³⁹ alla scadenza delle stesse, fatto salvo il potere di revoca, ai sensi dell’art. 42 cod. nav., per motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse.

L’assetto normativo così congegnato è risultato fortemente derogatorio dei principi di concorrenzialità, libertà di stabilimento, trasparenza e parità di trattamento, quali pilastri del diritto comunitario (oggi eurounitario), soprattutto nei confronti di imprese non titolari di una concessione scaduta o in scadenza, ostacolate a priori dalla possibilità di partecipare alla sua assegnazione⁴⁰.

³⁴ S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Gior. dir. Amm.*, 4, 2003, pp. 356 ss.; L.R. PERFETTI, «*Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di beni pubblici*», in *Foro amm.*, 2, 2003, p. 621; M. ALESIO, *Il diritto di insistenza secondo la giurisprudenza amministrativa. Opinioni non conformi su una prelazione atipica*, in *dir. e giust.*, 3, 2003, p. 36 ss.; A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. Reg. merc.*, 2, 2016, pp. 162 ss.; C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, 1, 2018, pp. 299 ss.; C. ANGELONE, *Demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza*, in *Dir. Tur.*, 2008, 3, pp. 233 ss.

³⁵ F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm.*, 2009, pp. 790 ss.

³⁶ La giurisprudenza amministrativa aveva configurato il diritto di insistenza non come un vero e proprio diritto soggettivo al rinnovo, evidenziando il solo diritto del concessionario uscente di essere preferito a parità di condizioni di fronte a nuovi potenziali aspiranti. Cfr. Tar Lombardia Milano, sez. II, 22 gennaio 2001, n. 134; Tar Sardegna, sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2679; Tar Toscana Firenze, sez. I, 11 marzo 2002, n. 461; Tar Liguria, sez. II, 5 febbraio 2002, n. 125; Cons. St., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6321; Cons. St., sez. VI, 2004, n. 417; Cons. St., 31 maggio 2007, n. 2825.

³⁷ M. CARLIN, *Innovazioni al codice della navigazione in materia di concessioni demaniali marittime*, in M. Carlin (a cura di), *Concessioni demaniali marittime e lacuali. Problemi e casi pratici*, Key, Milano, 2019, p. 108.

³⁸ La l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), all’art. 1, co. 253, ha successivamente stabilito termine non inferiore a sei anni e non superiore a vent’anni per la durata di una concessione demaniale marittima del settore turistico-ricreativo, in ragione dell’entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposte dalle regioni, e ha per la prima volta previsto i criteri di quantificazione dei canoni di concessione introducendo, accanto ad un canone tabellare, un canone commisurato al valore di mercato, seppur mitigato secondo varie modalità.

³⁹ Ai fini dell’applicazione dell’automatismo previsto dalla norma risultava necessaria la sussistenza di due presupposti: a) l’identità soggettiva del concessionario; b) l’identità del bene oggetto di concessione. Cfr. C. ANGELONE, *Le concessioni «stagionali» di demanio marittimo per finalità turistico ricreative*, in *Dir. Mar.*, 2005 pp. 757 ss.; ID., *Demanio Marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza*, in *Dir. tur.*, 3, 2008, pp. 283 ss.; E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 11, 2016, pp. 1213 ss.

⁴⁰ C. FIORILLO, *Concessioni di aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria*, in *Dir. trasp.*, 1, 2011, pp. 170 ss.

La giurisprudenza amministrativa aveva incominciato ad offrire una lettura restrittiva⁴¹ della portata dell'art. 37, co. 2, cod. nav., tanto da essere equiparata ad una sua sostanziale abrogazione⁴². Il *leading case* è rintracciabile nella nota pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato 25 gennaio 2005, n. 168⁴³, con la quale il supremo consesso di giustizia amministrativa ha promosso una interpretazione comunitariamente orientata del diritto di insistenza, subordinandolo al rispetto di tre presupposti: *a*) l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici; *b*) l'idonea pubblicizzazione relativa al rinnovo, tale da consentire alle imprese interessate la conoscenza della procedura per una loro eventuale ma concreta partecipazione; *c*) la necessità di depurare la procedura da fattori di vantaggio rinvenienti in capo al concessionario dalla titolarità della concessione ovvero dalla titolarità di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo⁴⁴.

Nonostante l'importante contributo offerto in via pretoria, l'assenza di conformazione delle procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime ai principi derivanti dall'ordinamento comunitario ha iniziato a emergere in tutta la sua portata. In primo luogo, con la segnalazione AS/481 del 20 ottobre 2008⁴⁵ da parte dell'AGCM, nella quale l'Autorità ha riscontrato la presenza di elementi in grado di

⁴¹ In particolare, la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto che il diritto di insistenza potesse essere applicato soltanto a condizione che le nuove istanze non fossero in grado di esprimere una maggior soddisfazione dell'interesse pubblico. Si veda Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.

⁴² S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in *Dir. mar.*, 2007, pp. 1063 ss.; G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro. amm.*, 3, 2010, pp. 678 ss.;

⁴³ Il caso ebbe origine in virtù di un contenzioso sorto nel Comune di Lignano Sabbiadoro e scaturito sulla base di un ricorso presentato da un operatore balneare (Consorzio Ventuno s.c.a.r.l.), che voleva concorrere all'assegnazione di una concessione del demanio turistico-ricreativo, precedentemente assegnata per quarant'anni alla A.P.T. L'Amministrazione, in prossimità della scadenza, applicando l'istituto del diritto di insistenza aveva infatti riassegnato la concessione a favore del precedente titolare, in assenza di una procedura competitiva. Da qui la censura mossa dall'operatore che, dopo una pronuncia di rigetto del Tar, decide di appellare al Consiglio di Stato sulla base dei medesimi motivi. Per un primo commento si veda Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urb. app.*, 2005, pp. 333 con nota di R. CARANTA, *Concessione di beni e regola della gara*. Questo orientamento è stato confermato anche da successive pronunce cfr. Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 525; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4610.

⁴⁴ La giurisprudenza amministrativa a ribadito questo primo orientamento in plurime pronunce. Si vedano, in particolare, sull'onere generale di pubblicità delle domande: Cons. St., sez. VI 26 ottobre 2006, n. 6421; Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2008, n. 3326; Cons. St., sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716; Cons. St., sez. VI, 6 dicembre 2010, n. 6477. Sulla riduzione in generale della portata dell'art. 37 cod. nav.: Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2006, n. 613; Cons. St., sez. VI, 17 febbraio 2009, n. 902; Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7547. Sulla necessità di comparazione tra domande per l'applicazione del diritto di insistenza: Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 2004, n. 417; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; Cons. St., sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716; sul diritto al rinnovo automatico e l'estensione del principio di concorrenzialità: Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765; Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 525.

⁴⁵ In particolare, l'AGCM aveva rilevato come, con riferimento all'art. 1, co. 2, del d.l. 400/1993, la previsione del rinnovo automatico di una concessione sessennale non solo non risultasse in grado di stimolare gli operatori economici a corrispondere un canone più alto all'amministrazione e ad offrire migliori servizi nei confronti degli utenti, ma potesse addirittura favorire comportamenti collusivi fra titolari delle concessioni.

L'Authority, nella sua segnalazione, aveva inoltre criticato la legge regionale del Friuli-Venezia Giulia 13 novembre 2006, n. 22, recante "Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico-ricreativa e modifica alla legge regionale 16/2002 in materia di difesa del suolo e di demanio idrico". In particolare, l'articolo 9, commi 4 e 5, prevedeva che il

produrre effetti restrittivi e quindi distorsivi della concorrenza nelle previsioni normative sul diritto di insistenza e sul rinnovo automatico, auspicandone pertanto la revisione. In secondo luogo, con la notificazione all'Italia della lettera di messa in mora del 29 gennaio 2009 e di apertura della procedura di infrazione n. 2008/4908⁴⁶, nella quale la Commissione europea ha contestato la compatibilità della disciplina interna in materia di concessioni del demanio marittimo alla libertà di stabilimento sancita dall'art. 43 TCE (oggi art. 49 TFUE).

Al fine di superare le denunciate criticità, il d.l. 30 novembre 2009, n. 194 ha soppresso il diritto di insistenza, stabilito dall'art. 37, co. 2, cod. nav., prorogando la durata delle concessioni demaniali in essere sino al 31 dicembre 2012. Tuttavia, in sede di conversione, la l. 26 febbraio 2010, n. 25, oltre ad estendere ulteriormente la proroga delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015, ha nuovamente fatto salve le disposizioni relative al rinnovo automatico⁴⁷.

La risposta della Commissione europea non è tardata ad arrivare e con lettera di messa in mora complementare del 5 maggio 2010 ha aperto una seconda procedura d'infrazione n. 2010/2734, censurando la posizione privilegiata dei prestatori uscenti, così come cristallizzata dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25, avendo la possibilità di vedersi rinnovare la concessione in assenza di una procedura imparziale e trasparente, in violazione della libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e dell'art. 12⁴⁸ della direttiva 2006/123/CE⁴⁹, che avrebbe dovuto essere recepita negli ordinamenti nazionali entro il 28 dicembre 2009.

diritto di insistenza, di cui all'art. 37, comma 2, del codice della navigazione, potesse essere utilizzato come criterio nella scelta del contraente, ai fini della più proficua utilizzazione della concessione, attribuendogli un peso non inferiore al 30% per le concessioni destinate a enti o associazioni senza fini di lucro e non inferiore al 10% per quelle aventi finalità di lucro. Tuttavia, tale criterio veniva previsto come applicabile solo in una fase successiva, ovvero nel caso di perfetta equivalenza tra più offerte. L'Authority ha ritenuto tale impostazione non conforme ai principi comunitari, ribadendo – in linea con la giurisprudenza amministrativa – che il diritto di insistenza deve avere un ruolo meramente residuale e sussidiario. Cfr. Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; Cons. St., sez. VI, 1° luglio 2008, n. 3326; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2008, n. 2721.

⁴⁶ In particolare, la Commissione censurava l'art. 37, co. 2, cod. nav., la l.r. del Friuli-Venezia Giulia 13 novembre 2006, n. 22 e il Piano di Utilizzazione del demanio marittimo della Regione Friuli-Venezia Giulia, approvato con Decreto del Presidente della Regione, n. 0320/Pres. del 9 ottobre 2007, in quanto configuranti restrizioni alla libertà di stabilimento e tese a snaturare la procedura di selezione del concessionario, provocando una rottura della parità di trattamento dei diversi operatori economici.

⁴⁷ In particolare, la legge di conversione del d.l. 30 novembre 2009, n. 194, alla fine del comma 18 dell'art. 1, aveva infatti previsto che venissero fatte salve le disposizioni di cui all'art. 03, co. 4-*bis*, del d.l. n. 400/1993, convertito nella l. n. 494/1993.

⁴⁸ L'art. 12 della c.d. direttiva 2006/123/CE prevede che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, l'applicazione di una procedura di selezione che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e stabilisca un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Inoltre, il par. 2 del medesimo articolo precisa come sia vietato il rinnovo automatico di tali autorizzazioni nonché altri eventuali vantaggi al prestatore uscente.

⁴⁹ Conosciuta anche come Direttiva Bolkestein o direttiva servizi, recepita in Italia con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

Il legislatore è così dovuto ancora una volta correre ai ripari e, al fine di chiudere la procedura d'infrazione⁵⁰, ha approvato la l. 15 dicembre 2011, n. 217 (legge comunitaria 2010), con la quale⁵¹ è stata disposta definitivamente l'abrogazione dell'art. 01, co. 2, d.l. n. 400/1993 ed è stato delegato il Governo all'adozione entro quindici mesi (in realtà mai avvenuta), previa intesa in Conferenza unificata, di un decreto legislativo di revisione e riordino della legislazione in materia di concessioni demaniali marittime. Nonostante la complessità della vicenda dall'esito sicuramente non scontato, dopo pochi mesi, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia e con l'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha ulteriormente prorogato sino al 31 dicembre 2020 la durata delle concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo in scadenza al 31 dicembre 2015.

L'art. 1, commi 675-682, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio del 2019), ponendo le basi per un riordino complessivo della disciplina di settore delle concessioni demaniali, rimesso all'adozione di un futuro di D.P.C.M da adottarsi entro il 1° maggio 2019, ha ulteriormente prorogato le concessioni in essere al 1° gennaio 2019 sino al 31 dicembre 2033⁵².

Quest'ultima proroga⁵³, la quarta in ordine cronologico, ha portato la Commissione europea ad aprire sul tema una nuova procedura di infrazione n. 2020/4118 nei confronti dell'Italia⁵⁴, rilevando ancora una volta l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa italiana in materia di rilascio di concessioni

⁵⁰ Intervenuta in via definitiva il 27 febbraio 2012. Per approfondimenti si veda C.E. LEONARDO, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2010, pp. 1239 ss.

⁵¹ Si veda l'art. 11 della l. 15 dicembre 2011, n. 217 che, al co. 2, aveva individuato tra i principi e criteri direttivi la necessità di: a) stabilire limiti minimi e massimi di durata delle concessioni entro i quali le regioni potranno fissare la durata delle stesse in modo da assicurare un uso rispondente all'interesse pubblico nonché proporzionato all'entità degli investimenti; b) prevedere criteri e modalità di affidamento nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti; c) individuare modalità per la riscossione e per la suddivisione dei proventi derivanti dai canoni tra comuni, province e regioni.

⁵² C. LENZETTI, *La (futura) riforma delle concessioni demaniali marittime e la loro (attuale) proroga*, in *Dir. Trasp.*, 2019, 3, pp. 89 ss.; R. TRUDDU, *La nuova "proroga" delle concessioni demaniali marittime deve essere disapplicata*, in *Aziendaitalia*, 2019, 6, pp. 889 ss.

⁵³ Emerge, inoltre, con evidenza come, nonostante le chiare indicazioni della giurisprudenza e gli impegni assunti dal legislatore per procedere, entro termini precisi, al riordino della disciplina del settore, l'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio"), convertito con modificazioni nella legge 17 luglio 2020, n. 77, nel tentativo disorganico di evitare possibili impugnative dinanzi al giudice amministrativo da parte di potenziali concorrenti esclusi dalle proroghe/rinnovi delle concessioni demaniali in essere, da un lato, e di offrire un riferimento normativo alle pubbliche amministrazioni disorientate da un quadro regolatorio confuso e da prassi applicative profondamente disomogenee, dall'altro, ha finito per rafforzare ulteriormente le scelte pregresse, imponendo il divieto di avvio di nuove procedure di affidamento e sospendendo quelle volte alla riacquisizione del patrimonio pubblico delle aree demaniali. Cfr. sul punto N. MAZZA, *Le autonomie territoriali alla prova dell'attuazione della Direttiva Bolkestein in materia di demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo*, in A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, ESI, Napoli, 2021, 53 ss.; B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia di mercato. Una prospettiva di riforma*, in federalismi.it, 2021, 20, p. 9.

⁵⁴ G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urb. e app.*, 2021, 2, pp. 153 ss.

demaniali marittime, in quanto in grado di creare incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, di scoraggiare gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia e di causare una perdita di reddito potenzialmente significativa per il Paese⁵⁵.

La l. 30 dicembre 2018, n. 145 è stata oggetto di censura da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, come si vedrà di seguito, con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021 ha individuato nella proroga delle concessioni estesa sino al 2033 una sostanziale elusione degli obblighi di adeguamento della normativa interna al diritto dell'Unione europea, con l'effetto di reintrodurre di fatto un rinnovo automatico ostativo ad una procedura selettiva.

Facendo proprio l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria, il legislatore ha approvato la l. 5 agosto 2022, n. 118, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, con la quale viene stabilito come le attuali concessioni demaniali in essere continuino ad avere efficacia sino al 31 dicembre 2023 (art. 3, co. 1), salvo che, in presenza di oggettive ragioni⁵⁶ incidenti sulla procedura selettiva, l'autorità competente con atto motivato differisca il termine di scadenza, comunque entro e non oltre il 31 dicembre 2024.

Tale disposizione è stata oggetto di ulteriori tre modifiche a cura del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198⁵⁷, che ha portato il termine generale di scadenza delle concessioni in essere al 31 dicembre 2024, del d.l. 16 settembre 2024, n. 131⁵⁸, che ha nuovamente spostato il medesimo termine al 30 settembre 2027, e dalla l. 14 novembre 2024 n. 166, di conversione del d.l. 131/2024, che lo ha ulteriormente posticipato al 31 marzo 2028, in caso di contenziosi pendenti o altre ragioni di oggettiva difficoltà nell'esecuzione delle gare.

4. La Direttiva Bolkestein e il paradigma europeo della liberalizzazione dei servizi

Il forte contrasto tra normativa interna e sovranazionale, in ordine al tema delle concessioni demaniali marittime, si è ulteriormente acuito con l'entrata in vigore della c.d. Direttiva Bolkestein sulla liberalizzazione dei servizi.

⁵⁵ Cfr. G. GUZZO, *L'attività edilizia nelle aree oggetto di concessione demaniale marittima*, in G. Guzzo, G. Palligiano, *L'attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni tutela*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 573 ss.

⁵⁶ La c.d. Legge Draghi aveva indicato a titolo esemplificativo come le ragioni dovessero legarsi alla presenza di un eventuale contenzioso o a difficoltà riscontrate nell'espletamento della procedura selettiva. Per approfondimenti si veda E. BRUTI LIBERATI, *La legge annuale sulla concorrenza e la sua difficile attuazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2, 2023, pp. 143 ss.

⁵⁷ Convertito con modificazioni nella l. 24 febbraio 2023, n. 14.

⁵⁸ Il c.d. "decreto salva infrazioni", con il quale il Governo ha concertato con la Commissione europea la chiusura della procedura d'infrazione n. 2020/4118, che tuttavia allo stato attuale rimane ancora aperta, nell'attesa da parte dell'istituzione dell'Unione di verificare la concreta attuazione di quanto promesso dall'Italia.

Alle origini del cammino comunitario, l'instaurazione di un mercato comune⁵⁹, poi divenuto mercato interno⁶⁰, ha rivestito una posizione centrale, quale strumento per il raggiungimento dello sviluppo economico e dell'integrazione tra Stati. Ciò è confermato dal rilievo degli obiettivi che le istituzioni comunitarie erano state chiamate a perseguire: l'abolizione dei dazi e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci fra gli Stati, come di altre misure ad effetto equivalente, la creazione di un regime di concorrenza non falsata e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune, nel quale fossero altresì garantite le libertà di circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali⁶¹.

L'art. 49 TFUE (ex art. 52 TCE) definisce il diritto di stabilimento come la libertà per i cittadini di uno Stato membro di poter esercitare in forma autonoma o d'impresa attività in uno Stato membro diverso da quello di origine, alle stesse condizioni previste per i cittadini del Paese ospitante⁶², mentre l'art. 57 TFUE (ex art. TCE) sancisce come debbano essere considerati servizi le prestazioni normalmente fornite dietro retribuzione⁶³, non regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone, e che ricomprendono attività di carattere industriale, commerciale, artigianale e legate alle libere professioni⁶⁴.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che il divieto di restrizioni alla libertà di circolazione imposto agli Stati, nel quale risulta incluso anche il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento e di

⁵⁹ La realizzazione del mercato comune era stata infatti prefigurata dall'art. 2 TCEE come lo strumento atto a garantire uno sviluppo armonioso delle attività economiche, il miglioramento del tenore della qualità della vita e la solidarietà tra gli Stati membri. La sua costruzione è avvenuta per tappe graduali: inizialmente attraverso una integrazione negativa, con l'unione doganale e la conseguente eliminazione delle barriere commerciali tra gli Stati membri agli scambi di merci, persone, servizi e capitali; successivamente attraverso una integrazione positiva, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta, con la definitiva eliminazione delle frontiere tecniche, fisiche e fiscali tra i mercati degli Stati membri e l'armonizzazione della fiscalità indiretta. Per approfondimenti si veda J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003, 307 ss.; B. OLIVI, R. SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 125 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, pp. 366 ss.;

⁶⁰ L'Atto unico europeo del 1986 ha integrato l'obiettivo della creazione del mercato interno nel Trattato CEE, definendolo come «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», anche se spesso l'utilizzazione delle espressioni mercato comune, mercato interno e mercato unico è stata ritenuta equivalente. In realtà, la differenza tra mercato comune e mercato interno è riposta nella diversa disciplina data alle libertà di circolazione: nel primo caso intese solo come libertà negative, ovvero nel divieto posto agli Stati di adottare misure discriminatorie, nel secondo come libertà positive, ovvero nella prospettiva che i trattamenti siano armonizzati.

⁶¹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 347 ss.; F. POLITI, *Temi di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 4 ss.; G. CAPECCHI, *Il mercato interno*, in U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 103 ss.

⁶² Tale diritto si estende anche agli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, i quali possono aprire agenzie, succursali e filiali negli altri Stati membri.

⁶³ La Corte di giustizia ha chiarito che la locuzione «fornite normalmente dietro retribuzione» debba essere intesa nel senso che i servizi devono in ogni caso avere carattere economico, ovvero devono essere prestati a fronte di un corrispettivo. C. Giust., sent. 23 febbraio 2016, C-179/14, *Commissione c. Ungheria*.

⁶⁴ Sono fatte salve regole peculiari per i servizi bancari, assicurativi e dei trasporti (art. 57 TFUE).

prestazione di servizi, è dotato di efficacia diretta⁶⁵. Limitazioni all'esercizio di tali libertà sono ammesse dai Trattati⁶⁶, ma devono risultare circoscritte e giustificate da esigenze nazionali collegate alla salvaguardia dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza, della sanità pubblica e dalla necessità di esercitare i pubblici poteri dello Stato⁶⁷ o, ancora, da ragioni imperative di interesse generale⁶⁸, purché ragionevoli e proporzionate.

Al fine di dare attuazione alle norme di diritto primario sancite dai Trattati, il legislatore comunitario ha adottato la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. La direttiva scaturisce dal quadro delle azioni del Consiglio europeo di Lisbona del 2000⁶⁹, tese a realizzare entro il 2010 una crescita economica sostenibile, con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggior coesione sociale⁷⁰.

Obiettivo generale della direttiva è quello di eliminare gli ostacoli di ordine legislativo e burocratico, che limitano lo sviluppo del mercato dei servizi e, in particolare, impediscono di fatto alle attività autonome di circolare liberamente tra gli Stati membri⁷¹. Al fine di raggiungere tale risultato, la direttiva agisce su due versanti: quello della semplificazione dei procedimenti amministrativi e quello dell'armonizzazione del regime delle autorizzazioni⁷². La regola generale diventa pertanto quella della libera prestazione dei servizi, salvo il caso della presenza di una imperante ragione di interesse generale⁷³, che richieda, al fine del controllo da parte della pubblica autorità, il rilascio di un preventivo titolo abilitativo⁷⁴.

Il regime autorizzatorio diventa così una eccezione alla regola generale, da considerarsi legittima solo nell'ipotesi in cui i requisiti richiesti a livello statale per il rilascio del titolo rispettino il principio di non discriminazione e siano chiari e inequivocabili, oggettivi, resi pubblici preventivamente, trasparenti, accessibili e giustificati da un motivo imperativo di interesse generale⁷⁵.

⁶⁵ C. Giust., sent. 21 giugno 1974, C-2/74, *Reyners*; Id., sent. 7 luglio 1976; C-118/75, *Lynne Watson e Alessandro Belmann*; Id., sent. 11 marzo 2004, C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*; Id., sent. 30 marzo 1993, C-168/91, *Konstantinidis*.

⁶⁶ Si legga in particolare il combinato disposto degli artt. 51, 52 e 62 TFUE.

⁶⁷ La Corte di Giustizia ha più volte avuto modo di affermare che tali limitazioni, costituendo una deroga alle libertà enunciate dal Trattato, devono andare interpretate restrittivamente. Cfr. ad esempio C. Giust., 24 maggio 2011, *Commissione c. Francia*, C-50/08.

⁶⁸ Come, ad esempio, la tutela dell'ordine sociale, l'efficacia dei controlli fiscali, la lotta contro la criminalità e la frode, la protezione dell'ambiente e della salute, la tutela dei consumatori.

⁶⁹ C.d. "strategia Lisbona".

⁷⁰ Si vedano le [Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000](#).

⁷¹ L'obiettivo primario della direttiva è l'eliminazione delle barriere allo sviluppo dei servizi tra i singoli Stati membri, al fine di garantire una libertà di accesso nell'esercizio delle relative prestazioni. Cfr. G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 526 ss.; A. FLORIO, *Le concessioni demaniali marittime tra vecchia disciplina e auspicata riforma alla luce degli interventi dell'Unione europea*, in *Nuov. Giur. civ. Comm.*, 4, 2023, pp. 997 ss.

⁷² B. BAREL, *Diritto europeo, direttiva «servizi» e disciplina italiana delle concessioni degli arenili*, in *Munus*, 1, 2018, 354 ss.

⁷³ L'art. 4, n. 8, della direttiva 2006/123/CE positivizza i motivi imperativi di interesse generale, che consentono deroghe da parte degli Stati, così come riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

⁷⁴ V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 660 ss.

⁷⁵ Si veda l'art. 10 della direttiva 2006/123/CE.

Il recepimento della direttiva 2006/123/CE nell'ordinamento interno, avvenuto con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, ha tuttavia posto svariate problematiche, soprattutto con riferimento all'inquadramento giuridico della sua portata applicativa all'ambito materiale delle concessioni demaniali. In primo luogo, è stato rilevato come la stessa si occupi essenzialmente di servizi, per i quali deve essere garantita la libera circolazione e il diritto di stabilimento, e ciò ha fatto dubitare della sua estensione alla disciplina interna che regola la concessione del godimento esclusivo di un bene⁷⁶. In secondo luogo, l'assenza di una chiara linea di demarcazione tra contratto di appalto e contratto di concessione ha portato a ritenere la materia in esame assoggettata ad altra disciplina eurounitaria di cui alla direttiva 2014/23/UE⁷⁷. Tali perplessità interpretative sono state definitivamente superate con la pronuncia della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016⁷⁸, nelle cause riunite C-418/14 e C-67/15⁷⁹, che ha permesso di offrire una soluzione alle principali questioni sollevate.

⁷⁶ Cfr. B. BAREL, *op. cit.*, p. 358; D. CICCARELLI, S. CARRATÙ, *Le concessioni demaniali marittime in Italia: principi europei, leggi regionali e bandi comunali. Lo stato dell'arte*, in *App. e contr.*, 9, 2017, pp. 58 ss.; A. PELLICANÒ, *Le concessioni demaniali marittime in Italia alla luce della Direttiva Bolkestein e il principio di concorrenza*, 2019, in www.ildirittoamministrativo.it; S. VILLAMENA, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. Lami (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato, presente e futuro*, Cedam, Padova, 2010, pp. 90 ss.; M.P. CHITI, *Le concessioni demaniali tra diritto europeo e codice dei contratti pubblici. Simmetrie e asimmetrie*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 197 ss.; S. ZUNARELLI, *Concessioni demaniali e "diritto d'insistenza" alla luce della Direttiva Bolkestein*, in S. Zunarelli, N. Carnimeo (a cura di), *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Cacucci, Bari, 2019, 25 ss.

⁷⁷ Il 15° considerando della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione stabilisce infatti 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». La direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 50/2016, c.d. novo Codice dei contratti pubblici, ove all'art. 17 si affermava «Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: a) aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni». La medesima norma è oggi riscontrabile nell'art. 56, co. 1, lett. e) del d.lgs. 36 del 2023.

⁷⁸ La pronuncia scaturisce a seguito del rinvio pregiudiziale operato dal Tar Lombardia e dal Tar Sardegna circa la compatibilità dell'art. 1, co. 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché con gli artt. 49, 56 e 106 TFUE. In particolare, i giudici amministrativi si chiedono se le reiterate proroghe del termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime, operate dal legislatore nazionale, possano configurare una restrizione ingiustificata alla libera concorrenza e a quella di stabilimento, rendendo estremamente difficile l'accesso di qualsiasi altra realtà imprenditoriale. Per un commento alla sentenza si vedano A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. Reg. dei mercati*, 2016, 2, pp. 160 ss.; A. TORTORA, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in Giustamm.it, 2017, 11, pp. 1 ss.; E. AMANTE, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla proroga automatica delle concessioni demaniali, il legislatore interno corre ai ripari: due passi avanti e uno indietro in favore della concorrenza*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 2, pp. 95 ss.; L. NICOTERA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo al vaglio della Corte di Giustizia dell'U.E.*, in *Riv. It. Dir. Tur.*, 2016, 97 ss.; F. PRADA, *Proroga ex lege della durata delle concessioni demaniali marittime: tra diritto europeo e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Tur.*, 22, 2018, pp. 46 ss.; E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime – Il commento*, in *Urb. e app.*, 2016, 11, pp. 1211 ss.

⁷⁹ Per un commento sul rinvio pregiudiziale si veda D. MONEGO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali a finalità turistico-ricreativa al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Tur.*, 2015, 14, pp. 157 ss.; M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia UE, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, 4, pp. 359 ss.

In particolare, la Corte⁸⁰ ha chiarito che gli atti di ammissione allo sfruttamento di beni appartenenti al demanio marittimo fluviale e lacuale con finalità turistico-ricreative non rientrano nell'ambito delle concessioni di servizi, disciplinate dalla direttiva 2014/23/UE, ma debbano essere ricondotti fra le "autorizzazioni" di cui alla direttiva servizi 2006/123/CE, a prescindere dalla qualificazione del diritto nazionale⁸¹. Ciò in quanto le concessioni risultano atti formali che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali per esercitare la propria attività economica, facendo così applicazione dell'ormai consolidato principio eurounitario della prevalenza della sostanza sulla forma⁸².

Tuttavia, la Corte precisa come la Direttiva Bolkestein non trovi applicazione in tutte le concessioni demaniali marittime, ma solo in quelle che ai sensi dell'art. 12⁸³, per scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche, siano autorizzabili in numero limitato, rimettendo però tale valutazione al giudice nazionale.

Da ciò è possibile comprendere come, una volta stabilita la sussistenza di una scarsità di risorse naturali, debbano trovare applicazione i principi stabiliti dalla direttiva, che impongono per il rilascio di dette autorizzazioni l'assolvimento di una procedura di selezione comparativa tra i candidati, atta a garantire il rispetto dell'imparzialità, della trasparenza e di una adeguata pubblicità. Pertanto, una proroga generalizzata ad opera di una normativa nazionale risulta in contrasto con la direttiva e i principi stabiliti dai Trattati.

La Corte di Giustizia evidenzia altresì, sulla base di un principio emerso in sede pretoria e da ritenersi oramai consolidato, che il diritto primario dell'Unione abbia una portata residuale⁸⁴, qualora vi sia stata una armonizzazione completa di un dato settore a livello sovranazionale. Questo è proprio il caso della

⁸⁰ Come attentamente osservato, la Corte di Giustizia ha fatto riferimento al complessivo assetto dell'Unione europea quale parametro per valutare la legittimità della disposizione interna. Si veda per tutti B. BAREL, *op. cit.*, p. 363.

⁸¹ In realtà, come è stato evidenziato da più parti, tra autorizzazione e concessione si rilevano molteplici profili di differenziazione. Basti pensare al fatto che con una autorizzazione la p.a. si limita a rendere possibile l'esercizio di un diritto o di un potere già in capo al richiedente, mentre con una concessione quest'ultimo acquisisce una nuova situazione giuridica soggettiva da parte della p.a. Per approfondimenti si veda M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Dir. eco.*, 1, 2015, pp. 9 ss.; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comu.*, 3-4, 2016, pp. 912 ss.; M.C. GIRARDI, *op. cit.*, p. 42.; M. CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione (Parte I)*, in *Urb. e App.*, 2020, 6, pp. 745 ss.; ID., *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione (Parte II)*, in *Urb. e App.*, 2021, 1, pp. 5 ss.

⁸² Alcuni autori hanno infatti più volte notato come la questione fosse più teorica che pratica, alla luce dei numerosi segnali provenienti dall'ordinamento dell'Unione europea circa la necessità di porre la materia delle concessioni demaniali sotto le regole della concorrenza. Cfr. S. VILLAMENA, *Concessioni demaniali e concorrenza*, in G. Lami (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato, presente e futuro*, Cedam, Padova, 2010, p. 90;

⁸³ L'art. 12, par. 1, della direttiva 2006/123/CE stabilisce infatti che: «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».

⁸⁴ C. BENETAZZO, *op. cit.*, pp. 322 ss.

direttiva servizi, pertanto il diritto di stabilimento sancito dall'art. 49 TFUE potrebbe ritenersi violato solo nell'ipotesi di totale assenza di trasparenza nell'ambito di una procedura di assegnazione di una concessione demaniale avente un interesse transfrontaliero certo⁸⁵, a favore di una impresa con sede nello Stato dell'amministrazione aggiudicatrice, in quanto integrante una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in altro Stato membro.

La Corte ha così concluso che, in virtù del principio dell'effetto diretto delle norme comunitarie, il giudice nazionale avrebbe dovuto disapplicare il diritto interno contrastante ed applicare il diritto sovranazionale, garantendo una procedura ad evidenza pubblica nell'ambito dell'affidamento di una concessione del demanio marittimo.

5. Il multiforme contenzioso giurisdizionale tra principi europei e dinamiche nazionali

Sette provvedimenti legislativi di proroga, tre procedure di infrazione per violazione del diritto unionale, una delle quali ancora aperta, e quattro mancate promesse di revisione organica della materia hanno caratterizzato sino ad oggi l'approccio sostanzialmente inerziale e inadeguato del legislatore italiano.

Questa impostazione ha alimentato un altissimo grado di conflittualità, sfociato in un abnorme contenzioso giurisdizionale, articolato su quattro distinti livelli: *a)* in sede europea, davanti alla Corte di Giustizia; *b)* in sede costituzionale, di fronte al Giudice delle Leggi; *c)* in sede amministrativa, dinanzi a numerosi Tar e al Consiglio di Stato; *d)* in sede civile e penale, davanti alla Suprema Corte di Cassazione. L'ampia produzione giurisprudenziale che ne è scaturita ha contribuito in modo significativo alla elaborazione e alla definizione di numerosi principi, che oggi, nel loro insieme, costituiscono un vero e proprio statuto delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

5.1. Il contenzioso europeo: dalla sentenza “*Promoimprese*” ai più recenti interventi della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia, come già sopra evidenziato, è intervenuta a più riprese per chiarire la portata applicativa del diritto dell'Unione rispetto al regime delle proroghe legate alle concessioni demaniali.

⁸⁵ La Corte precisa inoltre, al punto 66, che per aversi un interesse transfrontaliero certo è necessaria la ricorrenza di tutti i criteri individuati dalla giurisprudenza, quali l'importanza economica dell'affidamento, il luogo dell'esecuzione, le caratteristiche tecniche. Ciò ha permesso ad alcuni di ritenere in linea più teorica che pratica che, in presenza di una concessione demaniale di scarsa rilevanza economica, sia possibile prescindere da una procedura ad evidenza pubblica. Si veda, ad esempio, F. PRADA, *Proroga ex lege della durata delle concessioni demaniali marittime: tra diritto europeo e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Tur.*, 22, 2018, p. 84; V. GIANNUZZI SAVELLI, *Brevi note sul sistema di regolazione del demanio marittimo*, in *Rass. Avv. St.*, 2017, n. 1, pp. 10 ss.

In particolare, già con la sentenza *Promoimprese e Melis*⁸⁶, l'alta Corte europea, chiamata a decidere in via pregiudiziale, ha avuto modo di fornire ai giudici nazionali una guida per una corretta interpretazione della Direttiva 2006/123/CE e degli artt. 49, 56 e 106 TFUE con riferimento alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali.

In particolare, il Giudice europeo con la sentenza del 14 luglio 2006 ha chiarito come: a) le concessioni demaniali marittime rientrino nell'ambito di applicazione della Direttiva Bolkestein; b) il *genus* delle concessioni debba essere ricondotto nell'ambito delle autorizzazioni all'esercizio di attività economiche, a prescindere dalla qualificazione operata dal legislatore nazionale; c) spetti al giudice nazionale l'accertamento della sussistenza della scarsità naturale, quale presupposto per l'applicazione dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE; d) laddove sia applicabile l'art. 12, par. 1, della Direttiva 2006/123/CE, ovvero in tutte le ipotesi in cui il giudice nazionale accerti preliminarmente che le risorse demaniali siano scarse, la proroga automatica si pone in contrasto con il par. 2 del medesimo art. 12; e) la proroga automatica di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio marittimo non consenta di organizzare una procedura di selezione come prevista dal par. 1 dell'art. 12; f) soluzioni fondate sulla tutela del legittimo affidamento dei concessionari rispetto agli investimenti effettuati e adottate dalle Autorità nazionali non possano prescindere da una valutazione caso per caso, che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione; g) nell'ipotesi in cui l'affidamento delle concessioni demaniali marittime sia sottratta all'ambito applicativo dell'art. 12 della Direttiva, ovvero nell'assenza di scarsità di aree demaniali, le relative procedure di affidamento e di rinnovo soggiacciono all'art. 49 TFUE, volto a sancire il principio di non discriminazione; h) presupposto applicativo dell'art. 49 TFUE sia la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo⁸⁷, da valutarsi sulla base dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia, quali l'importanza economica della concessione, il luogo della sua esecuzione e le sue caratteristiche; i) in presenza di un interesse transfrontaliero certo l'assegnazione della concessione demaniale ad una impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice debba avvenire con una procedura trasparente, diversamente si sostanzia una disparità di trattamento a danno

⁸⁶ C. Giust., sent. 14.07.2006, *Promoimprese e Melis*, C-458/14 e C-67/15. Per un commento si veda: A SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. Reg. mercati*, 2, 2016, pp. 160 ss.; A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di Giustizia dell'UE*, in federalismi.it, 14, 2016, pp. 2 ss.; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimprese-Melis*, in *Riv. Reg. mercati*, 2, 2016, pp. 182 ss.; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 3-4, 2016, pp. 912, ss.; M. MAGRI, *Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 4, 2016, pp. 359 ss.

⁸⁷ C. Giust., sent. 7.12.2000, *Teleaustria*, C-324/98, 60; Id., sent. 14.11.2013, *Belgacom*, C-221/12, 29; Id., sent. 17.12.2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14, 30;

di imprese con sede in altri Stati membri vietata dall'art. 49 TFUE; *h*) l'art. 49 TFUE vieti una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative qualora presentino un interesse transfrontaliero certo.

Con la sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa* del 20 aprile 2023⁸⁸, la Corte di Giustizia, adita in via pregiudiziale dal Tar Lecce⁸⁹, torna a pronunciarsi sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime⁹⁰. Molte delle questioni oggetto di questo pronunciamento⁹¹ erano già state affrontate e decise; tuttavia, in tale sede la Corte ha modo di meglio puntualizzarne certi aspetti e correggerne e chiarirne degli altri.

In particolare, il Giudice europeo afferma come: *a*) l'interesse transfrontaliero⁹² certo non costituisca presupposto per l'applicazione dell'art. 12, parr. 1 e 2, della Direttiva 2006/123/CE, dovendo trovare attuazione sempre. Pertanto, la valutazione dell'interesse transfrontaliero certo si pone come meramente eventuale e secondaria, una volta escluso il carattere scarso delle risorse naturali in questione. Gli articoli contenuti nel Capo III della Direttiva sono così applicabili anche a situazioni puramente interne, ovvero prive di elementi transfrontalieri⁹³; *b*) requisito di applicabilità della direttiva rimane la determinazione della scarsità delle risorse naturali. La Corte, rispetto al caso *Promoimprese*, specifica come possano sussistere due diversi approcci utili all'accertamento di tale presupposto, anche combinati tra di loro: uno di carattere generale e astratto, valido per tutto il territorio nazionale, e uno rivolto a stabilire caso per caso, teso a porre l'attenzione sul territorio costiero del singolo comune. In ogni caso è necessario che i criteri adottati dallo Stato membro per stabilire la sussistenza della scarsità delle risorse naturali si basino su elementi obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati; *c*) l'art. 12, parr. 1 e 2, della Direttiva 2006/123/CE, nella parte in cui si rivolge a imporre l'obbligo nei confronti degli Stati membri di svolgere

⁸⁸ C. Giust., sent. 20.04.2023, *AGCM c. Comune di Ginosa*, C-348/22.

⁸⁹ La vicenda trae origine dalla delibera del Comune pugliese di Ginosa che nel dicembre 2020, in applicazione della legge di bilancio, aveva disposto la proroga delle concessioni demaniali in essere sino al 31 dicembre 2033. La delibera era stata oggetto di attenzione da parte dell'AGCM che, nell'esercizio dei suoi poteri di controllo, l'aveva ritenuta incompatibile con gli artt. 49 e 56 TFUE e l'art. 12 della Direttiva servizi. Di fronte al rifiuto del Comune di adeguarsi al parere rilasciato dall'AGCM, quest'ultima ha deciso di impugnare di fronte al Tar Lecce la delibera e i successivi atti di proroga delle concessioni adottati dal Comune.

⁹⁰ Cfr. E. CHITI, *Le concessioni demaniali marittime e la Corte di Giustizia*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2023, pp. 629 ss.; D. GRANARA, *Le concessioni balneari al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. It.*, 2024, pp. 885 ss.; G. ARMAO, *Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario: la fine del "tempo delle more"*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2023, pp. 53 ss.; C. GRECO, *La Corte di Giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in [Federalismi.it](https://federalismi.it), 14, 2023, pp. 126 ss.; E. CAMPAGNANO, *La concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime dopo le sentenze dell'Adunanza plenaria e della Corte di Giustizia: l'Italia all'ultima spiaggia*, in *Contr. Impr.*, 2, 2024, pp. 537 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urb. App.*, 1, 2024, pp. 5 ss.

⁹¹ Si tratta principalmente delle questioni legate alla scarsità delle risorse naturali e all'interesse transfrontaliero certo che, tuttavia, sono oggetto di una ulteriore puntualizzazione.

⁹² D'altronde la Corte aveva già chiarito nella precedente sentenza *Promoimprese* come l'interesse transfrontaliero certo di cui all'art. 49 TFUE rilevasse esclusivamente laddove non fosse applicabile l'art. 12 della Direttiva servizi in ragione dell'accertamento negativo in ordine alla scarsità delle risorse naturali.

⁹³ La Corte sul punto richiama propri precedenti orientamenti, cfr. C. Giust., sent. 30.01.2018, *X e Visser*, C-360/15 e C-31/16; Id., sent. 22.09.2020, *Cali Apartments*, C-724/18 e C-727/18.

una procedura di selezione imparziale e trasparente tra candidati potenziali e a vietare di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività, è formulato in termini incondizionati e sufficientemente precisi da poter essere considerato disposizione produttiva di effetti diretti; d) dall'effetto diretto deriva l'obbligo di disapplicazione delle disposizioni nazionali contrarie sia da parte dei giudici nazionali sia dalle autorità amministrative, comprese quelle comunali⁹⁴.

Nel più recente pronunciamento dell'11 luglio 2024⁹⁵, su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato e attinente al caso *Società Italiana Imprese Balneari srl c. Comune di Rosignano Marittimo*, il Giudice di Lussemburgo ha altresì avuto modo di chiarire come: a) non costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento, prevista dall'art. 49 TFUE, una norma nazionale, come quella dell'art. 49 del cod. nav., secondo la quale, alla scadenza di una concessione per l'occupazione del demanio pubblico e salva diversa pattuizione nell'atto concessorio, il concessionario sia tenuto a cedere immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa, anche in caso di rinnovo della concessione⁹⁶.

5.2. Il contenzioso costituzionale: il riparto delle competenze e la salvaguardia della concorrenza

Il contenzioso costituzionale venutosi a generare sul tema oggetto della presente indagine ha coinvolto segnatamente alcune leggi regionali, impugnate dal Governo con ricorso in via principale *ex art.* 127 Cost. La disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, come peraltro già sottolineato, si presenta infatti potenzialmente atta a coinvolgere una pluralità di materie, alcune delle quali di competenza esclusiva statale, come la tutela della concorrenza e dell'ambiente, altre di competenza concorrente Stato-regioni, come il governo del territorio, e altre ancora di competenza residuale delle regioni, come il turismo. Tutto ciò rende facilmente comprensibile come la Corte costituzionale sia stata chiamata, ancora una volta, a dirimere i confini, attraverso un'opera di ripermimetrazione degli ambiti competenziali dello Stato e delle regioni.

⁹⁴ A tal fine la Corte di Lussemburgo richiama la propria precedente giurisprudenza, con la quale aveva già da tempo chiarito come incomba anche su tutte le autorità amministrative presenti negli ordinamenti degli Stati membri l'obbligo di disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto dell'Unione. Si tratta delle sentenze C. Giust., sent. 22.06.1989, *Fratelli Costanzo*, C-103/08; Id., sent. 10.10.2017, *Frarell*, C-413/15.

⁹⁵ C. Giust., sent. 11.07.2024, *Società Italiana Imprese Balneari srl c. Comune di Rosignano Marittimo*, C-598/22, 62.

⁹⁶ Cfr. G. IOANNIDES, *La devoluzione gratuita delle opere amovibili realizzate dal concessionario di aree demaniali marittime e il nodo degli indennizzi*, in *DPCE Online*, 3, 2024, 2183 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, in *Dir. Soc.*, 3, 2021, pp. 441 ss.; M. LUCETTI, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali*, in *Urb. e app.*, 2019, 1, pp. 21 ss.

Il contributo così offerto dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁷ ha permesso di chiarire ulteriori e significativi aspetti della materia, utili ad essere ricompresi nell'ambito dei principi costituenti lo statuto delle concessioni demaniali marittime.

In particolare, le censure mosse nei confronti della legislazione regionale si fondano essenzialmente sulla violazione degli artt. 117, co. 1, e 117, co. 2, lett. e), Cost., legati al rispetto dei vincoli derivanti dall'Unione europea, e segnatamente dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e diritto di stabilimento, e alla competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza. I filoni tematici affrontati dalla Corte possono essere schematicamente classificati in tre categorie.

La prima riguarda gli aspetti legati alla legislazione regionale di proroga/rinnovo delle concessioni demaniali in essere. Molte regioni, parallelamente alle iniziative legislative dello Stato, avevano infatti proceduto all'adozione di provvedimenti normativi rivolti a favorire meccanismi di preferenza per i concessionari uscenti, tra i quali innanzitutto quelli volti ad incidere sulla durata delle concessioni demaniali marittime, mediante una estensione temporale delle stesse.

⁹⁷ Per una ricostruzione dei principali approdi giurisprudenziali si veda S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, I, 2018, pp. 371 ss.; F. SANCHINI, *Il contributo della Corte costituzionale nella definizione del riparto di competenze legislative sulle concessioni "balneari": quali margini d'intervento per le Regioni?*, in federalismi.it, 24, 2024, pp. 195 ss.; A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, in [Dirittifondamentali.it](https://dirittifondamentali.it), 1, 2019, 1 ss.; G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2020, 3, pp. 543 ss.; M. CERUTI, *La "grande illusione": la proroga ex lege delle concessioni demaniali [Nota a sentenza: Corte cost., 9 gennaio 2019, n.1]*, in *Appalti e contratti*, 2019, 4, pp. 58 ss.

In relazione a tale tentativo, perpetrato dalle Regioni Emilia-Romagna⁹⁸, Friuli-Venezia Giulia⁹⁹, Toscana¹⁰⁰, Marche¹⁰¹, Abruzzo¹⁰², Veneto¹⁰³, Liguria¹⁰⁴, Puglia¹⁰⁵, Calabria¹⁰⁶ e Sicilia¹⁰⁷ in un primo momento la Corte costituzionale ha ritenuto violato il solo parametro di cui all'art. 117, co. 1, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea in tema di diritto di stabilimento e tutela della concorrenza. In particolare, il Giudice delle leggi in più occasioni ha affermato come la previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura aperta, risulti in netto contrasto rispetto al fine della tutela della concorrenza, della parità di trattamento e di adeguamento ai principi del diritto dell'Unione¹⁰⁸, determinando un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato nella gestione del demanio marittimo. In un secondo momento, la Corte ha fatto riferimento anche alla violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. in quanto l'introduzione di nuove proroghe si pone in contrasto con l'art. 12, par. 2, della Direttiva 2006/123/CE, che vieta qualsivoglia forma di automatismo alla scadenza della concessione in quanto volto a favorire il concessionario uscente. Inoltre, secondo la Corte la disciplina dei termini di scadenza delle concessioni demaniali marittime, incidendo sull'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, rientra nell'ambito della materia della tutela della concorrenza¹⁰⁹ di competenza esclusiva dello Stato.

⁹⁸ L'Emilia-Romagna, con l'art. 1 della l.r. 23 luglio 2009, n. 8, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 20 maggio 2010, n. 180.

⁹⁹ Il Friuli-Venezia Giulia, con l'art. 36, co. 2, della l.r. 30 luglio 2009, n. 13, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 1° luglio 2010, n. 233, e successivamente con l'art. 9, co. 3, della l.r. 21 aprile 2017, n. 10, con il quale veniva individuato il termine massimo di durata delle concessioni del demanio marittimo turistico ricreativo in quarant'anni, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 30 maggio 2018, n. 109, e con l'art. 2 della l.r. 18 maggio 2020, n. 8, con il quale si riproduceva l'art. 1, commi 682 e 683, della l. 30 dicembre 2018, n. 145, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 6 luglio 2021, n. 139.

¹⁰⁰ La Toscana, con l'art. 16, co. 2, della l.r. 23 dicembre 2009, n. 77, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 26 novembre 2010, n. 340.

¹⁰¹ Le Marche, con l'art. 4, co. 1, della l.r. 11 febbraio 2010, n. 7, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 18 luglio 2011, n. 213.

¹⁰² L'Abruzzo, con gli artt. 1 e 2 della l.r. 18 febbraio 2010, n. 3, dichiarati incostituzionali con la sentenza della C. cost., sent. 18 luglio 2011, n. 213.

¹⁰³ Il Veneto, con l'art. 5 della l.r. 16 febbraio 2010, n. 13, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 18 luglio 2011, n. 213.

¹⁰⁴ La Liguria, con l'art. 1 della l.r. 30 luglio 2012, n. 24, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 4 luglio 2013, n. 171, e degli artt. 2, co. 1-3, art. 4, co. 1, della l.r. 10 novembre 2017, n. 26, che avevano esteso sino a trent'anni la durata dei titoli concessori, dichiarati incostituzionali con sentenza della C. cost., sent. 9 gennaio 2019, n. 1.

¹⁰⁵ La Puglia, con l'art. 14, co. 9, della l.r. 10 aprile 2015, n. 17, dichiarato incostituzionale con la sentenza della C. cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 40.

¹⁰⁶ La Calabria, con l'art. 1 della l.r. 25 novembre 2019, n. 46, dichiarato incostituzionale con sentenza della C. cost., sent. 29 gennaio 2021, n. 10.

¹⁰⁷ La Sicilia, con l'art. 36 della l.r. 22 febbraio 2023, n. 2, dichiarato incostituzionale con sentenza della C. cost., sent. 24 giugno 2024, n. 109.

¹⁰⁸ Si veda, in particolare C. cost., sent. 20.05.2010, n. 180, in *Foro it.*, 2010, I, 1977 ss.

¹⁰⁹ Come specificato nella sentenza C. Cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 14, per definire l'espressione «tutela della concorrenza», di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. non è possibile prescindere dalla sua dimensione operante a livello dell'Unione europea, volta a ricomprendere non solo gli interventi regolativi, ma anche la disciplina dell'antitrust e delle misure destinate a promuovere un mercato aperto. Ciò ha portato a rappresentare la concorrenza come una «materia

La seconda categoria attiene alle declaratorie d'incostituzionalità delle normative regionali introducenti misure volte ad assicurare indennizzi in favore dei concessionari uscenti e posti a carico di quelli subentranti.

La Toscana¹¹⁰, il Friuli-Venezia Giulia¹¹¹ e il Veneto¹¹² avevano infatti previsto meccanismi atti a prevedere forme di indennizzo, variamente modulate, a carico del nuovo concessionario da versare prima del subentro a favore di quello uscente.

La Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire come la previsione di simili forme di indennizzo, pur volte a tutelare il concessionario uscente, si ponga in contrasto con il principio di libera concorrenza sancito dall'ordinamento dell'Unione europea e con la competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost.

In diverse pronunce¹¹³, la Corte costituzionale ha evidenziato come l'introduzione di un obbligo indennitario a carico del concessionario subentrante finisca per alterare il naturale equilibrio concorrenziale del mercato, disincentivando la partecipazione di nuovi operatori economici e ponendo barriere all'accesso che contrastano con il principio di parità di trattamento e con il diritto di stabilimento garantito dall'ordinamento dell'Unione europea.

In particolare, la Corte ha ribadito che la regolamentazione della materia delle concessioni demaniali marittime deve garantire condizioni di mercato aperte e competitive, senza introdurre oneri ingiustificati che possano favorire i concessionari uscenti a scapito di nuovi operatori. Di conseguenza, le normative regionali che prevedevano forme di indennizzo sono state dichiarate costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 117, co. 1 e 2, lett. e), Cost., nella misura in cui si ponevano in contrasto con le direttive europee e con la competenza esclusiva dello Stato nella tutela della concorrenza.

La terza e ultima categoria di questioni affrontate dalla Corte costituzionale riguarda le disposizioni regionali che tentavano di introdurre criteri selettivi o modalità di preferenza per determinati operatori economici nella procedura di assegnazione delle concessioni. Diversi legislatori regionali, nel tentativo di tutelare il tessuto economico locale e garantire una continuità gestionale, avevano introdotto criteri che

trasversale» o «materia-non materia», in quanto in grado di legittimare l'intervento dello Stato anche a settori riservati, in tutto o in parte, alle regioni. Cfr. C. cost., sent. 26 luglio 2022, n. 407; C. cost., sent. 15 gennaio 2010, n. 10; C. cost., sent. 24 luglio 2012, n. 207.

¹¹⁰ La Toscana, con l'art. 2, co. 1, lett. d), della l.r. 9 maggio 2016, n. 31, aveva previsto un indennizzo pari al 90% del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione, attestato da una perizia giurata, da pagarsi integralmente prima del subentro. Tale norma è stata dichiarata incostituzionale con C. cost., sent. 7 luglio 2017, n. 157.

¹¹¹ Il Friuli-Venezia Giulia, con l'art. 49 della l.r. 21 aprile 2017, n. 10, aveva previsto un meccanismo analogo a quello della regione Toscana, dichiarato incostituzionale con C. cost., sent. 20 maggio 2018, n. 109.

¹¹² Il Veneto, con l'art. 54, commi 2, 3, 4 e 5, della l.r. 4 novembre 2002, n. 33, aveva previsto un meccanismo analogo a quello della Toscana e del Friuli-Venezia Giulia, dichiarato incostituzionale con C. cost., sent. 23 ottobre 2020, n. 222.

¹¹³ Si vedano C. cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 221, che dichiara l'illegittimità costituzionale della l.r. Liguria 10 novembre 2017, n. 25; C. cost., sent. 22 settembre 2020, n. 222, che dichiara l'illegittimità costituzionale della l.r. Veneto 4 novembre 2002, n. 33.

attribuivano punteggi preferenziali o altre forme di vantaggio ai concessionari uscenti o agli operatori economici locali.

Anche in questo caso, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tali disposizioni, ritenendole in contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., per violazione delle norme europee sulla concorrenza e sul diritto di stabilimento. La Corte ha sottolineato che qualsiasi meccanismo che privilegi il concessionario uscente, sia esso diretto o indiretto, costituisce una restrizione ingiustificata alla concorrenza e ostacola l'ingresso di nuovi operatori, in violazione della Direttiva 2006/123/CE. Inoltre, è stato ribadito che le concessioni devono essere assegnate attraverso procedure aperte, trasparenti e competitive, senza favoritismi di alcun tipo.

In conclusione, la giurisprudenza costituzionale ha svolto un ruolo fondamentale nel delimitare il perimetro delle competenze tra Stato e regioni in materia di concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, riaffermando il primato della tutela della concorrenza quale competenza esclusiva statale e garantendo il rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea.

5.3. Il contenzioso amministrativo: disapplicazioni, procedure ad evidenza pubblica e tutela del legittimo affidamento

Il tema delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo ha generato un contenzioso giurisdizionale di proporzioni eccezionali, frutto di un'approssimativa gestione normativa. L'incapacità del legislatore di adeguare il quadro normativo ai principi europei ha determinato un alto grado di conflittualità e la sede della giurisdizione amministrativa ha rappresentato il principale campo di battaglia¹¹⁴.

Il cuore della disputa è ruotato essenzialmente attorno a tre temi: *a)* la illegittimità delle proroghe automatiche delle concessioni; *b)* l'obbligo di gara pubblica; *c)* la questione degli indennizzi per i concessionari uscenti.

¹¹⁴ Cfr. sul punto i vari commenti M. CERUTI, *Quel pasticcio brutto delle concessioni demaniali marittime*, in *App. cont.*, 5, 2017, pp. 61 ss.; L. CAIANELLO, *Concessioni demaniali marittime fino al 20235: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, in *Foro Amm. (II)*, 12, 2018, pp. 2309 ss.; S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5, 2020, pp. 625 ss.; L. NICOTERA, *Rassegna giurisprudenziale sul demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo*, in *Riv. It. Dir. Tur.*, 2015, 14, pp. 215 ss.; E. CHITI, *False piste: Il T.A.R. Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Gior. Dir. Amm.*, 6, 2021, pp. 801 ss.; C. CARRERA, *L'illegittimità eurounitaria della recente proroga delle concessioni balneari (art. 10-quater, comma 3, D.L. n. 198/2022)*, in *Urb. e App.*, 4, 2023, pp. 467 ss.

Con riferimento al primo profilo, nella maggior parte dei casi, i giudici amministrativi¹¹⁵ sia in primo grado¹¹⁶ sia in grado di appello hanno convenuto per la disapplicazione¹¹⁷ della proroga prevista dall'art. 1, co. 682, l. 20 dicembre 2018, n. 145, in quanto in contrasto con l'art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento e con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (Direttiva Bolkestein), e l'applicazione di procedure ad evidenza pubblica¹¹⁸.

I giudici amministrativi hanno quindi ribadito l'obbligo per le amministrazioni locali di avviare procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni, in applicazione diretta del diritto unionale, e il Consiglio di Stato n. 7874/2019¹¹⁹ ha sancito l'incompatibilità delle proroghe con i principi della concorrenza.

Questo orientamento è stato recentemente confermato sia da numerosi TAR¹²⁰ sia dal Consiglio di Stato, anche in relazione all'art. 3 della legge 29 dicembre 2022, n. 118, il quale prevedeva che le concessioni demaniali in essere mantenessero efficacia fino al 31 dicembre 2023, salvo che — in presenza di oggettive ragioni ostative allo svolgimento della procedura selettiva — l'autorità competente, con atto motivato, ne differisse la scadenza entro e non oltre il 31 dicembre 2024.

Tale disciplina è stata successivamente oggetto di ulteriori interventi normativi: prima con il decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, che ha esteso il termine generale di scadenza al 31 dicembre 2024; poi con il decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, che ha prorogato ulteriormente la durata delle concessioni fino al 30 settembre 2027. Infine, la legge di conversione del decreto-legge n. 131/2024 ha stabilito una nuova proroga fino al 31 marzo 2028, qualora risultino pendenti contenziosi o sussistano ulteriori cause oggettive che ostacolano l'espletamento delle gare.

¹¹⁵ Già all'inizio degli anni 2000: Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.

¹¹⁶ Con riferimento ai Tar si vedano ad esempio: Tar Campania Salerno, sez. II, 10 febbraio 2020, n. 221; Tar Veneto, sez. I, 3 marzo 2020, n. 218; Tar Campania Salerno, sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265; Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40; Tar Sicilia Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, nn. 504 e 505; Tar Campania Napoli, sez. VII, 23 febbraio 2021, n. 1218; Tar Toscana, sez. II, 8 marzo 2021, n. 363; Tar Calabria Catanzaro, sez. II, 13 maggio 2021, n. 973; Tar Toscana Firenze, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 112;

¹¹⁷ Con riferimento al Consiglio di Stato si vedano ad esempio: Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1219; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3412. Dopo la legge di bilancio 2019: Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Sulla disapplicazione del diritto interno contrastante con la normativa eurolunitaria si vedano anche le pronunce della Suprema Corte di Cassazione: Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2013, n. 21158; Cass. pen., sez. III, 2 maggio 2013, n. 32966; Cass. pen., sez. III, 31 luglio 2013, n. 33170; Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2014, n. 7267; Cass. pen., sez. III, 21 maggio 2015, n. 21045; Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281; Cass. pen., sez. III, 13 maggio 2019, n. 20476; Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993; Cass. pen., sez. II, 15 giugno 2020, n. 18200; Cass. pen., sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29105; Cass. pen., sez. III, 28 gennaio 2021, n. 3581.

¹¹⁸ Consiglio di Stato: Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3377; Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2020, n. 431. Tar: Tar Puglia Lecce, sez. I, 28 luglio 2017, n. 1329; Tar Campania Salerno, sez. II, 2 ottobre 2019, n. 1697; Tar Puglia Lecce, sez. I, 17 gennaio 2020, n. 36; Tar Campania Napoli, sez. VII, 10 maggio 2021, n. 3082.

¹¹⁹ Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

¹²⁰ Tar Toscana Firenze, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 112; Tar Calabria, sez. II, 22 aprile 2024, n. 653; Tar Campania, sez. VII, 14 gennaio 2025, n. 365; Tar Liguria, 19 febbraio 2025, n. 183;

La VII sezione del Consiglio di Stato¹²¹, sulla scorta dei principi enunciati dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze 17 e 18 del 9 novembre 2021¹²², ha infatti ritenuto che tutte queste disposizioni nazionali, volte nuovamente ad introdurre le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, debbano essere disapplicate, in quanto contrastanti con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e comunque con l'art. 49 TFUE, e che l'unica proroga ammissibile risulti quella tecnica sino al 31 dicembre 2024, al fine di consentire il completamento delle procedure di gara.

Con riferimento al secondo profilo, il contenzioso amministrativo ha portato al definitivo superamento del cosiddetto diritto di insistenza. Inizialmente, la giurisprudenza aveva mostrato un andamento oscillante, con alcune pronunce volte a riconoscerne la validità¹²³ e altre orientate verso la sua eliminazione¹²⁴. La svolta decisiva è avvenuta con la sentenza del Consiglio di Stato n. 168/2005, che per la prima volta ha stabilito in modo chiaro l'incompatibilità del diritto di insistenza con la normativa europea, in particolare con i principi di concorrenza e parità di trattamento sanciti dall'ordinamento comunitario. Tale principio è stato poi ribadito dalle successive decisioni amministrative¹²⁵, consolidando l'obbligo di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime.

Tale principio è stato definitivamente confermato nelle sentenze gemelle n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che hanno dichiarato l'illegittimità della proroga delle concessioni al 2033, imponendo alle amministrazioni di bandire immediatamente nuove gare e stabilendo che qualsiasi normativa nazionale in contrasto con il diritto UE debba essere disapplicata. L'Adunanza Plenaria ha chiarito che il mercato delle concessioni demaniali marittime deve essere aperto alla concorrenza e che qualsiasi forma di rinnovo preferenziale a beneficio dei concessionari uscenti è da considerarsi illegittima.

¹²¹ Cons. St., sez. VII, 29 maggio 2024, nn. 4479, 4480 e 4481; si vedano anche Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192; Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2023, n. 7992; Cons. St., sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11200. Per un commento ai più recenti assesti del Consiglio di Stato si veda A. MARTINO, *Le concessioni balneari: tra (in)certezza del diritto e arte del procrastinare*, in *Urb. App.*, 4, 2024, pp. 441 ss.; N. CARNIMEO, G. DELLE FOGLIE, *Direttiva Bolkestein e nuovi orientamenti in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in *Riv. Dir. Eco. Trasp. Amb.*, XXII, 2024, pp. 171 ss.

¹²² Per un commento si veda A. GIANNELLI, G. TROPEA, *Il funzionalismo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 5-6, 2021, pp. 723 ss.; F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. Amm.*, 4, 2022, pp. 1037 ss.; D. GRANARA, *Le concessioni balneari tra le Corti e il Legislatore: dialogo o monologhi?*, in *Giur. It.*, 2023, pp. 2710 ss.

¹²³ Cons. St., sez. VI, 9 dicembre 2002 n. 6764; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; Cons. St., sez., VI, 1° luglio 2008, n. 3326;

¹²⁴ Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6477; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2011, n. 3160; Tar Abruzzo -L'aquila, sez. I, 18 giugno 2009, n. 270;

¹²⁵ Si vedano Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2011, n. 3160; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5061; Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2889; Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2017, n. 1763; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4610.

Con riferimento al terzo profilo, nonostante la Corte Costituzionale abbia già dichiarato l'illegittimità costituzionale di normative regionali che prevedevano forme di indennizzo per i concessionari uscenti, ritenendole in contrasto con il principio della libera concorrenza, e la Corte di Giustizia abbia recentemente chiarito che l'art. 49 del Codice della Navigazione - che stabilisce l'acquisizione gratuita da parte dello Stato delle opere inamovibili realizzate dal concessionario alla scadenza del rapporto o in caso di rinnovo - non contrasti con il diritto di stabilimento sancito dall'art. 49 TFUE, la giurisprudenza amministrativa, in presenza di determinate condizioni, ha aperto alla possibilità di riconoscere forme di indennizzo.

In particolare, il Consiglio di Stato, in diverse pronunce, ha chiarito che l'uscente non ha un diritto automatico al rinnovo della concessione, ma può vantare una legittima aspettativa alla tutela dei propri investimenti, purché essi siano stati realizzati in conformità alle previsioni della concessione stessa e delle normative vigenti¹²⁶.

L'Adunanza Plenaria, affrontando la problematica del legittimo affidamento ingenerato nei concessionari attraverso il regime delle proroghe automatiche *ex lege*, ha affermato che, ove ne ricorrano i presupposti, le procedure competitive per l'assegnazione delle nuove concessioni dovranno essere supportate dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti¹²⁷.

Tuttavia, il Supremo Consesso Amministrativo collega la corresponsione dell'indennizzo alla lesione del legittimo affidamento ingenerato dalla previsione delle proroghe automatiche, limitandone di fatto la portata a tali casi e a quelli in cui l'atto di concessione lo contempli espressamente¹²⁸.

Le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria costituiscono un passaggio epocale per garantire la piena conformità dell'ordinamento nazionale al diritto eurounionale, mettendo fine a quella incertezza interpretativa che sino ad oggi ha caratterizzato il tema delle concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo.

Le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, oltre a dichiarare l'illegittimità delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime previste dall'art. 1, commi 682 e 683, della l. n. 145/2018 e dall'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34/2020, ribadiscono l'obbligo di assegnare tali concessioni attraverso procedure di evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e non discriminazione tra gli operatori economici. In particolare le sentenze chiariscono che: a) l'art. 12 della

¹²⁶ Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

¹²⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 18/2021, punto 49; per un approfondimento sul diritto di indennizzo dei concessionari uscenti si veda A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria*, in *Riv. Giur. Ed.*, 6, 2022, 527 ss.

¹²⁸ N. D'ANZA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. Prolegomeni e prospettive*, in *Osservatorio costituzionalisti*, 2024, n. 2, 43 ss.

Direttiva 2006/123/CE è *self-executing*, senza necessità di ulteriori atti di recepimento da parte dello Stato; b) le amministrazioni pubbliche sono tenute a disapplicare le norme nazionali in contrasto con il diritto eurounionale, senza dover attendere un intervento della Corte costituzionale o del legislatore, in quanto le proroghe *ex lege* sono da considerarsi *tamquam non esset*; c) le aree demaniali marittime costituiscono una risorsa naturale scarsa, dato l'elevato numero di concessioni già rilasciate e la limitata disponibilità di nuovi spazi assegnabili; d) le concessioni balneari presentano sempre un interesse transfrontaliero certo¹²⁹ e pertanto devono essere assegnate mediante procedura di evidenza pubblica, in conformità al principio di concorrenza; e) non sussiste un diritto automatico all'indennizzo per i concessionari uscenti, ma nella definizione delle gare potranno essere valutati gli investimenti¹³⁰ dagli stessi effettuati per garantire equità e tutelare l'affidamento legittimo¹³¹; f) il sistema dei canoni¹³² concessori deve essere riformato per garantire che le concessioni rispecchino il reale valore di mercato dei beni demaniali; g) le concessioni cesseranno comunque di produrre effetti al 31 dicembre 2023 indipendentemente dall'eventuale presenza di provvedimenti amministrativi o sentenze favorevoli ai concessionari.

Le decisioni dei giudici amministrativi hanno dunque costituito un elemento essenziale per la modernizzazione del settore, ponendo fine a un sistema caratterizzato da incertezza e proroghe reiterate. L'Adunanza Plenaria ha stabilito in modo chiaro i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione Europea, imponendo alle amministrazioni l'adozione di criteri competitivi e non discriminatori per la gestione del demanio marittimo. In tal modo, la giurisprudenza amministrativa ha assunto un ruolo di garante della legalità e dell'effettiva apertura del mercato, promuovendo un modello di gestione più efficiente e conforme ai principi della concorrenza e della trasparenza.

¹²⁹ L'Adunanza Plenaria, ripercorrendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ritiene, infatti, come sussista nel caso delle concessioni demaniali un interesse per le imprese di altri Stati membri a partecipare alle gare per la relativa assegnazione, con conseguente obbligo dello Stato di garantire una procedura di selezione pubblica e non discriminatoria. L'Italia, infatti, possiede un patrimonio costiero di altissimo valore economico e turistico, l'interesse economico e le possibilità di investimento superano i confini nazionali e non è possibile escludere l'interesse transfrontaliero valutando singolarmente ogni concessione.

¹³⁰ Tuttavia, l'Adunanza Plenaria chiarisce come l'eventuale indennizzo debba essere limitato agli investimenti non ancora ammortizzati e che abbiano un legame diretto con l'attività concessa.

¹³¹ L'Adunanza Plenaria ricorda come secondo il diritto europeo un legittimo affidamento possa sorgere solo alla presenza di un certo numero di condizioni. In particolare, si richiede: a) la presenza di assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, fornite dall'amministrazione; b) tali assicurazioni debbano essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto in cui si rivolgono; c) siffatte assicurazioni debbano essere conformi alle norme applicabili.

¹³² In particolare, l'Adunanza Plenaria evidenzia come l'attuale sistema di determinazione dei canoni risulti inadeguato, non riflettendo il reale valore economico delle concessioni. Il settore balneare in Italia possiede infatti un giro d'affari stimato in circa 15 miliardi di euro annui, mentre l'importo complessivo dei canoni riscossi dallo stato supera di poco i 100 milioni di euro, registrando una gestione inefficiente e poco remunerativa per l'interesse pubblico.

5.4. Il contenzioso civile e penale: occupazione abusiva e validità del titolo concessorio

Le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo costituiscono un ambito particolarmente sensibile in cui si intrecciano competenze amministrative, vincoli costituzionali e principi derivanti dall'ordinamento europeo. Oltre al ruolo storicamente ricoperto dalla giustizia amministrativa, anche la Corte di Cassazione, sia in sede civile sia in sede penale, ha fornito un contributo determinante nel delineare i contorni applicativi di tale disciplina.

Le controversie legate al rilascio, rinnovo o revoca del titolo, hanno infatti finito per radicarsi anche di fronte ai giudici ordinari, a causa delle diverse situazioni giuridiche soggettive e dei differenti interessi coinvolti.

Sul piano civile, l'esigenza di tutela di diritti patrimoniali e contrattuali, nonché la necessità di regolare i rapporti tra concessionari e terzi (o tra i medesimi concessionari), hanno determinato il sorgere di contenziosi concernenti in particolare la validità di contratti accessori stipulati sul bene demaniale¹³³, le responsabilità per danni subiti o arrecati durante la gestione delle strutture balneari¹³⁴ e la sorte delle opere realizzate sull'area oggetto della concessione¹³⁵.

Sul piano penale, invece, il principale fattore di attrazione del contenzioso è venuto a costituirsi dalla configurabilità del reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo, previsto dall'articolo 1161 del Codice della Navigazione, che sanziona la permanenza sul bene pubblico in mancanza di un valido titolo.

È stato proprio l'intreccio tra l'illegittimità delle proroghe automatiche, dichiarata anche dalla Corte di Giustizia e recepita dalla giurisprudenza interna, e la centralità dei principi di libera concorrenza e non discriminazione che ha portato le questioni sul demanio marittimo a sfociare, in ultima analisi, davanti alla Corte di Cassazione.

In particolare, in plurimi pronunciamenti, il Supremo Giudice di Legittimità ha più volte avuto modo di chiarire come l'abusiva occupazione di suolo demaniale non dipenda soltanto dalla mancanza formale di un atto di concessione, ma anche da un titolo che sia divenuto inefficace o che sia intrinsecamente nullo o inesistente, in quanto in contrasto con norme imperative come, ad esempio, i principi di derivazione europea in materia di libera concorrenza¹³⁶.

¹³³ Cass. civ., sez. III, 27.03.2009, n. 7532; Cass. civ., sez. III, 31.01.2017, n. 2347; Cass. civ., sez. III, 14.03.2016, n. 4902.

¹³⁴ Cass. civ., sez. I, 12.06.2006, n. 13589; Cass. civ., sez. III, 15.10.2010, n. 21330.

¹³⁵ Cass. civ., sez. III, 24.03.2020, n. 5842; Cass. civ., sez. V, 22.01.2020, n. 1326; Cass. civ., 24.10.2023, n. 29492; Cass. civ., sez. I, 24.12.2024, n. 34250.

¹³⁶ La Cassazione ha chiarito che le proroghe sono applicabili solo alle concessioni non scadute: Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2013, n. 21158; Cass. pen., sez. III, 2 maggio 2013, n. 32966; Cass. pen., sez. III, 31 luglio 2013, n. 33170; Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2014, n. 7267; Cass. pen., sez. III, 21 maggio 2015, n. 21045; Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281; Cass. pen., sez. III, 13 maggio 2019, n. 20476; Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993; Cass. pen., sez. II, 15 giugno 2020, n. 18200; Cass. pen., sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29105; Cass. pen., sez. III, 28 gennaio 2021, n. 3581.

La Cassazione¹³⁷ recentemente, circoscrivendo l'applicazione dell'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha ribadito che le proroghe legali possono riguardare esclusivamente nuove concessioni, ossia quelle rilasciate dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 194/2009, con la conseguenza che quando un concessionario detenga un titolo rilasciato prima di tale data e successivamente prorogato *ex lege* risulta integrato il reato di abusiva occupazione di suolo demaniale¹³⁸.

Tale orientamento ha destato più di qualche perplessità¹³⁹, in quanto in contrasto con la giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite¹⁴⁰, volta a sancire il principio secondo cui la disapplicazione di una norma interna per contrasto con il diritto dell'Unione europea non possa comportare effetti pregiudizievoli per l'imputato. In tal modo, si verrebbe a determinare una interpretazione in *malam partem* della fattispecie penale nazionale, vietata dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia UE che, in ossequio ai principi generali del diritto, di legalità della pena e di applicazione retroattiva della pena più mite, quali elementi delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ha statuito come l'obbligo di interpretazione conforme non possa giungere sino al punto che una direttiva determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le sue disposizioni¹⁴¹.

Il concessionario, in questo caso, non può invocare la propria buona fede, laddove prosegua l'occupazione demaniale in virtù di proroghe legislative o amministrative contrastanti con il diritto dell'Unione europea o già dichiarate incompatibili¹⁴². L'errore scusabile potrebbe semmai configurarsi solo se l'illegittimità della proroga non fosse stata già acclarata in via definitiva.

La Cassazione penale ha più volte evidenziato che il giudice penale non può sostituirsi a quello amministrativo nell'accertare la legittimità formale di una concessione. Tuttavia, ai fini della sussistenza del reato, il giudice penale ben può (e deve) verificare se il titolo che abilita l'occupazione sia valido anche sotto il profilo della sua esistenza giuridica e concreta efficacia.

Se tale atto risulta inesistente, annullato, scaduto oppure privo di effetti per contrasto con norme di rango superiore (come quelle eurounitarie), il giudice penale – senza invadere il merito dell'azione

¹³⁷ Cass. pen., sez. III, 13 aprile 2022, n. 15676.

¹³⁸ Per un commento sul punto di veda G. BOTTO, *Demanio e patrimonio dello stato e degli enti pubblici. Sviluppo delle pronunce dell'Adunanza plenaria sulle proroghe ex lege delle concessioni demaniali marittime*, in *Giur. It.*, 12, 2022, p. 2729 ss.

¹³⁹ P. OTRANTO, *Illegittima proroga ex lege della concessione balneare e reato di "abusiva occupazione dello spazio demaniale"*. *Cronaca di un finale annunciato (nota a Cass. pen. 22 aprile 2022, n. 15676)*, in [Giustiziainsieme.it](https://www.giustiziainsieme.it), 2022; si veda anche G. TROPEA, *Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi "lati oscuri" della disapplicazione del giudice penale (nota a Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, n. 25993)*, in [Dirittifondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it), 1, 2020, pp. 706 ss.

¹⁴⁰ Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 22225.

¹⁴¹ C. Giust., grand. sez., 3 maggio 2005, in cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*; Id., 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*; Id., 5 luglio 2007, in causa C-321/05 *Kofoed*, § 45.

¹⁴² La Corte di Cassazione ha infatti chiarito che il reato di abusiva occupazione di suolo demaniale si configuri anche quando una concessione rea valida in passato, ma è stata mantenuta senza titolo legittimo a seguito di proroghe ritenute illegittime. Vedi Cass., sez. III, 19 gennaio 2023, n. 404.

amministrativa – deve ritenere integrato il reato di cui all’art. 1161 cod. nav., salva la possibilità di un proscioglimento se si configuri un errore scusabile di diritto o un caso di forza maggiore.

6. Le basi di uno statuto delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, tra principi emergenti e nuovi paradigmi

L’analisi sin qui condotta ha evidenziato come la complessa evoluzione legislativa e la fitta rete di interventi giurisdizionali, maturati su quattro diversi fronti, abbiano finito per convergere verso un insieme di regole di fondo, capaci di orientare in modo coerente e sistematico l’affidamento e la gestione delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. Queste regole costituiscono, a tutti gli effetti, un vero e proprio “statuto” delle concessioni demaniali, frutto dell’intersezione delle fonti eurounitarie con i precetti costituzionali, l’elaborazione dei giudici amministrativi e le pronunce della Corte di Cassazione in sede civile e penale.

Tali principi, diversi per importanza ed estrazione, operano oggi in modo complementare, garantendo sia la tutela dell’interesse generale – insito nella proprietà pubblica del demanio marittimo e nelle sue finalità ambientali e sociali – sia il rispetto di valori imprescindibili, come la concorrenza, la parità di trattamento, la trasparenza delle procedure e la libera circolazione dei servizi nel mercato unico europeo.

Nell’intento di offrire una mappa chiara dei fondamenti giuridici ai quali occorre oggi necessariamente rapportarsi per affrontare il tema oggetto della presente indagine, è possibile ordinare i principi rientranti nello statuto delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative secondo due diverse sistematizzazioni, a seconda della loro fonte di derivazione, da un lato, e della loro funzione, dall’altro.

Nell’ambito della prima categoria possono essere innanzitutto ricondotti i principi di matrice eurounitaria, tra cui: il principio della libera concorrenza (art. 49 TFUE), che assicura l’apertura del mercato impedendo forme di rinnovo automatico delle concessioni e imponendo procedure a evidenza pubblica; il principio di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e di libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), i quali tutelano l’accesso di operatori di altri Stati membri e vietano discriminazioni a favore dei concessionari esistenti; il principio di non discriminazione e di trasparenza, che, unitamente all’art. 12 della direttiva 2006/123/CE (Bolkestein), impongono meccanismi selettivi imparziali e aperti a tutti gli interessati, specie in caso di “scarsità naturale” delle aree costiere; il principio dell’effetto diretto delle disposizioni eurounitarie e quello di disapplicazione delle norme interne ad esse contrastanti, che rendono inoperanti proroghe automatiche o rinnovi preferenziali.

I principi di matrice eurounitaria risultano idonei a inficiare immediatamente la validità di qualsiasi norma interna contrastante, obbligando le autorità nazionali – giudiziarie e amministrative – a disapplicarla.

In secondo luogo, sempre nell'ambito della medesima categoria, possono scorgersi i principi di rango costituzionale, fra i quali: il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo (art. 117, co. 1 Cost.), che obbliga il legislatore e la pubblica amministrazione a conformarsi ai Trattati e alle direttive UE; la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (art. 117, co. 2, lett. e) Cost.), che impedisce alle regioni di introdurre proroghe, rinnovi automatici o criteri selettivi che ostacolino l'ingresso di nuovi operatori; i principi di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.), richiamati dalla giurisprudenza per ribadire l'obbligo delle amministrazioni di affidare le concessioni con procedure trasparenti e concorrenziali; i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione (art. 118 Cost.), che giustificano il conferimento delle funzioni amministrative ai Comuni, fermo restando il rispetto della competenza statale sui profili concorrenziali.

I principi costituzionali costituiscono il perno della conformazione degli atti legislativi e amministrativi ai valori supremi dell'ordinamento, ribadendo l'esigenza di conformarsi alle indicazioni europee e di salvaguardare la libera concorrenza nelle procedure di gara.

In terzo luogo, emergono i principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa, che ha chiarito in modo decisivo: la necessità di procedure di evidenza pubblica per il rilascio o il rinnovo delle concessioni, superando il "diritto di insistenza" e il rinnovo automatico; l'illegittimità delle proroghe generalizzate, da disapplicare in quanto contrarie al diritto UE; la protezione del legittimo affidamento dei concessionari solo se fondato su investimenti effettivamente autorizzati e nel rispetto delle norme vigenti, ammettendo eventuali indennizzi unicamente in casi selettivi e non automatici; l'obbligo per le autorità amministrative di disapplicare la legge nazionale contrastante con l'ordinamento eurounitario, senza attendere pronunce della Corte costituzionale.

In quarto luogo, sul piano civile, la Corte di Cassazione ha chiarito: il principio di acquisto gratuito delle opere inamovibili (art. 49 Cod. Nav.) da parte dello Stato alla scadenza della concessione (o in caso di rinnovo), ritenuto conforme al diritto di stabilimento; la tutela dei diritti patrimoniali dei concessionari e dei terzi, con riferimento alla validità di rapporti contrattuali e alle pretese risarcitorie, purché non si traducano in ostacoli alla concorrenza e alla trasparenza delle assegnazioni.

Infine, sul piano penale, si collocano i principi che riguardano la configurazione del reato di occupazione abusiva di suolo demaniale (art. 1161 Cod. Nav.): il principio di legalità e di tipicità, in forza dei quali è punibile chi permane sull'area demaniale in assenza o inefficacia del titolo concessorio, anche se tale inefficacia derivi dal contrasto tra la norma interna e il diritto UE; l'eventuale errore scusabile (o buona fede), invocabile solo se l'illegittimità della proroga non fosse già stata accertata in modo definitivo.

I principi di derivazione giurisprudenziale, sia amministrativa che ordinaria, possiedono eguale impatto superprimario, perché danno concreta attuazione, in via interpretativa, ai fondamentali obblighi costituzionali ed eurounitari e ne fanno discendere effetti diretti a carico delle norme interne difformi.

Nell'ambito della seconda categoria, seppur originati da fonti differenti, i principi possono invece essere tra loro raggruppati secondo un criterio funzionale, in base al ruolo che essi esercitano sulla disciplina delle concessioni, distinguendosi così: i principi di concorrenza (libera circolazione, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e divieto di proroghe automatiche); i principi di corretto esercizio dell'azione amministrativa (buon andamento, imparzialità, rispetto delle competenze); i principi di tutela del concessionario (affidamento, ipotizzabile indennizzo per gli investimenti), i principi sanzionatori e di responsabilità (profilo penale e civile, con particolare riguardo all'occupazione abusiva e ai rapporti tra concessionari e terzi).

Tutti questi principi, benché di differente fonte e con diverso grado di cogenza, formano oggi un sistema coerente – un vero e proprio “statuto” delle concessioni demaniali marittime – che garantisce l'armonizzazione tra le esigenze di concorrenza e tutela del mercato da un lato e la difesa degli interessi pubblici e del corretto assetto del demanio dall'altro.

7. La ricomposizione sistemica delle fonti e la ricerca di un equilibrio tra concorrenza ed interesse pubblico

Nel mare aperto e spesso agitato delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, i principi enucleati e applicati dalla giurisprudenza costituiscono la bussola necessaria per orientarsi nel complesso panorama normativo. Essi assumono infatti una rilevanza centrale nel guidare e disciplinare l'operato del legislatore, dei giudici, delle amministrazioni e degli stessi operatori economici, garantendo un equilibrio tra esigenze di mercato e tutela degli interessi pubblici.

I principi giuridici, sia essi derivanti dalla Costituzione, dal diritto eurounitario o dall'elaborazione della giurisprudenza amministrativa, civile e penale, non rappresentano solo norme astratte, ma autentici punti cardinali che permettono di orientare interpretazioni e comportamenti.

In questo contesto, il ruolo dei principi, come si è cercato di dimostrare, si rivela decisivo, poiché essi fungono da parametro di legittimità sostanziale a cui il legislatore e la prassi amministrativa dovrebbero costantemente conformarsi, rappresentando altresì un criterio di risoluzione dei contrasti laddove la disciplina normativa non sia univoca o si dimostri lacunosa.

La loro importanza non risiede esclusivamente nella forza cogente immediata o nella loro capacità di disapplicare norme interne incompatibili, ma soprattutto nella loro funzione di "valori guida" che

riflettono esigenze fondamentali quali la concorrenza, l'imparzialità, il buon andamento della pubblica amministrazione e la tutela dell'affidamento.

Nel contesto delle concessioni demaniali marittime, questi principi agiscono da catalizzatori giuridici, armonizzando il diritto nazionale con quello europeo e trasformando un quadro normativo altrimenti caotico e conflittuale in un sistema coerente e unitario.

Così, il principio della libera concorrenza tutela il mercato impedendo barriere ingiustificate; il principio di imparzialità e buon andamento assicura procedure amministrative trasparenti e giuste; i principi di derivazione giurisprudenziale in ambito civile e penale garantiscono certezza e giustizia nei rapporti tra i diversi attori coinvolti.

Questo ruolo dei principi rende possibile superare lo stallo creato dalla contrapposizione tra tutela degli interessi imprenditoriali esistenti e apertura alla concorrenza europea, indirizzando la gestione del demanio verso soluzioni sostenibili e conformi alle esigenze di un contesto giuridico sempre più complesso e interconnesso.

In definitiva, nella continua evoluzione della disciplina delle concessioni demaniali marittime, l'applicazione rigorosa e coerente di questi principi costituisce la condizione imprescindibile per assicurare equilibrio, giustizia e sviluppo durevole dell'intero settore.

L'Autorità per la lotta al riciclaggio (AMLA): un nuovo modello europeo di supervisione? *

di **Francesca Maria Mancioppi**

Dottoranda di Ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche
Università degli Studi Guglielmo Marconi

Abstract [It]: Il presente contributo esamina l'introduzione dell'Autorità per la lotta al riciclaggio (AMLA) approfondendone l'impatto sul processo evolutivo dell'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario. L'AMLA, dotata di poteri regolatori e di supervisione diretta (e indiretta), segna una svolta significativa verso la creazione di un sistema europeo centralizzato e coordinato di contrasto al riciclaggio. Lo studio analizza altresì il rapporto fra l'AMLA e le Autorità europee di vigilanza (ESAs), con particolare attenzione all'efficacia operativa e alla cooperazione interistituzionale fra le suddette autorità.

Title: The Anti-Money Laundering Authority (AMLA): a new European supervision model?

Abstract [En]: This paper examines the introduction of the Anti-Money Laundering Authority (AMLA) and explores its impact on the evolutionary process of the apex architecture of the financial system. The AMLA, endowed with direct (and indirect) regulatory and supervisory powers, marks a significant turning point towards the creation of a centralised and coordinated European anti-money laundering system. The study also analyses the relationship between the AMLA and the European Supervisory Authorities (ESAs), with a focus on operational effectiveness and inter-institutional cooperation between these authorities.

Parole chiave: AMLA, antiriciclaggio, architettura finanziaria europea, ESAs, vigilanza, regolazione.

Keywords: AMLA, anti-money laundering, European financial architecture, ESAs, supervision, regulation.

Sommario: 1. L'architettura finanziaria dell'ordinamento europeo – 2. Le origini e il ruolo dell'AMLA – 3. Il ruolo dell'AMLA nell'evoluzione della vigilanza finanziaria europea

1. L'architettura finanziaria dell'ordinamento europeo.

Negli ultimi decenni, l'architettura finanziaria dell'Unione Europea¹⁴³ ha subito significativi interventi regolatori, resi necessari dai rapidi cambiamenti del mercato legati al processo di internazionalizzazione delle attività creditizie e finanziarie e alla crescente complessità delle operazioni di mercato. Da tempo, infatti, l'UE promuove una intensa interazione fra gli Stati membri incrementando l'armonizzazione normativa del settore. Ciò ha dato vita ad un quadro giuridico stratificato, in quanto articolato su diversi livelli di produzione disciplinare.¹⁴⁴

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo è destinato, in una diversa versione, alla pubblicazione degli Atti del Convegno "L'antiriciclaggio alla prova della dimensione europea" tenutosi a Roma, presso il Palazzo di Giustizia, il 5 novembre 2024.

¹⁴³ Per approfondimenti, *ex multis*, S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, p. 16 ss.; V. TROIANO, *L'assetto istituzionale dell'ordinamento finanziario europeo*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Manuale di Diritto Pubblico dell'Economia*, CEDAM, Padova, 2023, p. 481 ss.

¹⁴⁴ G. GASPARRI, *I nuovi assetti istituzionali della vigilanza europea sul mercato finanziario e sul sistema bancario*, in *Quaderni giuridici*, Consob, 2017, p. 7 ss.

La crisi finanziaria degli anni 2007 e seguenti¹⁴⁵ – innescata dal crollo del mercato immobiliare e dei mutui *sub-prime* negli Stati Uniti – ha messo a nudo le fragilità della *governance* economica europea (provocando l'aumento del debito pubblico e il crollo della fiducia dei risparmiatori e investitori nel mercato finanziario) e, in un contesto di perenne «tensione fra la libertà nel mercato e il potere di regolazione e vigilanza del sistema»,¹⁴⁶ ha rivelato la necessità di un'azione più coordinata a livello comunitario in grado di governare fenomeni di dimensione (anche) globale.

Tale crisi ha evidenziato l'esigenza di «ridefinire le regole di condotta degli operatori finanziari»¹⁴⁷ nonché di riformare gli assetti di vertice della supervisione finanziaria. All'epoca, tali assetti erano fondati sui comitati di terzo livello (introdotti dalla procedura Lamfalussy¹⁴⁸) che, istituiti per controllare il settore finanziario in ambito sovranazionale (mantenendo, tuttavia, le competenze e le prerogative domestiche), hanno, al contrario, accentuato l'inconciliabilità tra l'obiettivo di completare il processo di integrazione europea e l'applicazione di regole e prassi di vigilanza saldamente ancorate ai confini nazionali. In tale contesto, la Commissione europea ha nominato un gruppo di esperti di alto livello presieduto da Jacques de Larosière¹⁴⁹ per formulare raccomandazioni che contribuissero a rendere il sistema di vigilanza europeo «più efficiente, integrato e sostenibile».¹⁵⁰ La relazione di Larosière si è rivelata rivoluzionaria

¹⁴⁵ Tale crisi ha rappresentato uno degli shock più significativi per l'economia mondiale dalla Grande Depressione del 1929; cfr. B. EICHEGREEN, *Hall of Mirrors: The Great Depression, The Great Recession, and the Uses-and Misuses-of History*, OUP, Oxford, 2015.

¹⁴⁶ Il tradizionale approccio fondato sull'autoregolazione di alcuni settori del mercato finanziario (come le agenzie di rating, i fondi speculativi e i cd. mercati over the counter (OTC)) si è dimostrato inadeguato, considerando, inoltre, le problematiche connesse ai requisiti di capitale e ai principi contabili che promuovevano la deresponsabilizzazione degli operatori; M. OCCHIENA, *La riforma della vigilanza finanziaria nell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'economia*, 4, 2010, p. 637 ss.

¹⁴⁷ E. VENTURI, *Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria. Identificazione di possibili interventi correttivi*, in *Banca e borsa*, 1, 2009, p. 84.

¹⁴⁸ La procedura istituzionale europea è stata introdotta nel 2001 per incrementare l'efficienza e la flessibilità dell'iter legislativo in ambito finanziario in ragione vuoi dei rapidi cambiamenti del mercato, vuoi della maggiore dimensione dei soggetti vigilati, promuovendo una maggiore armonizzazione normativa. In tale contesto, i comitati di terzo livello sono stati l'esito di un ampio dibattito inteso a individuare «l'assetto di vertice più adeguato allo svolgimento delle funzioni di regolazione e supervisione in ambito finanziario». Cfr. V. TROIANO, *L'assetto istituzionale...*, cit., p. 484 ss.; C. COMPORTI, *L'integrazione dei mercati finanziari europei e la c.d. «procedura Lamfalussy»*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1, 2004, p. 264 ss.; V. G. FERRARINI, *Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (Mifid): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture*, in *European Review of Contract Law*, 2005, p. 19 ss.; F. CIRAIOLO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari, dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2, 2011, p. 415 ss.

¹⁴⁹ J. DE LAROSIÈRE, L. BALCEROWICZ, O. ISSING, R. MASERA, C. MC CARTHY, L. NYBERG, J. PÉREZ, O. RUDING, *Report by the High Level Group on financial supervision in the EU*, Brussels, 25.2.2009, disponibile su https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf; R. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto De Larosiere*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2009, p. 147 ss.; F. CAPRIGLIONE, *La finanza come fenomeno di dimensione internazionale*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di Diritto Bancario e Finanziario*, CEDAM, Padova, 2024, p. 90 ss.

¹⁵⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'operato delle autorità europee di vigilanza (AEV) e del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF)*, COM(2014) 509 final, Bruxelles, 8.8.2014, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0509&from=pl>.

nella parte in cui ha distinto la vigilanza di tipo macro-prudenziale dalla vigilanza di tipo micro-prudenziale.¹⁵¹

La Commissione europea ha recepito l'impostazione indicata nella suddetta relazione¹⁵² istituendo nel 2010 il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), il cui compito principale è quello di garantire una corretta applicazione della normativa di settore per salvaguardare la stabilità del sistema finanziario, ripristinare la fiducia in tale sistema nonché tutelare i consumatori dei servizi finanziari.¹⁵³ Il SEVIF è composto da due pilastri: l'*European Systemic Risk Board* (ESRB) che, presieduto dal Presidente della BCE,¹⁵⁴ è responsabile della vigilanza macro-prudenziale¹⁵⁵ e l'*European System of Financial Supervisors* (ESFS) che si occupa della vigilanza micro-prudenziale attraverso la cooperazione fra la rete di autorità nazionali di vigilanza finanziaria e tre Agenzie settoriali (l'*European Banking Authority* (EBA), l'*European Securities and Markets Authority* (ESMA) e l'*European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA), note come *European Supervisory Authorities* (ESAs)) che – sostituendo i comitati di “livello 3” CEBS, CEIOPS e CESR – sono rispettivamente dedicate al settore bancario, dei mercati e prodotti finanziari nonché assicurativo e previdenziale.¹⁵⁶ Le ESAs hanno il compito di realizzare un insieme di regole prudenziali armonizzate (il cd. *single rulebook*) per contribuire alla risoluzione delle problematiche di frammentazione normativa degli Stati membri, promuovendo il *level-playing field* nelle pratiche di vigilanza UE (la cd. *supervisory convergence*).¹⁵⁷ Significativo in tale contesto è, poi, l'elevato livello di competenza

¹⁵¹ M. ONADO, *La supervisione finanziaria europea dopo il Rapporto de Larosière: siamo sulla strada giusta?*, in *Bancaria*, 3, 2010, p. 16 ss.

¹⁵² COMMISSIONE EUROPEA, *Vigilanza finanziaria europea*, COM(2009) 252 definitivo, Bruxelles, 27.5.2009, comunicazione consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/european-financial-supervision.html>.

¹⁵³ V. TROIANO, *L'assetto istituzionale*, op. cit., p. 505.

¹⁵⁴ G. GASPARRI, *I nuovi assetti istituzionali...*, cit.

¹⁵⁵ Per approfondimenti cfr. F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politics and Finance in the European Union*, in *Law and economics yearly review*, 2015, p. 6 ss.; S. FERRARI, M. PIROVANO, W. CORNACCHIA, *Identifying early warning indicators for real estate-related banking crises*, Occasional Paper Series No. 8, European Systemic Risk Board, 2015; T. MYKLEBUST, *Form and Function of the ESRB: A Critical Analysis*, in M. ANDENAS, G. DEIPENBROCK (a cura di), *Regulating and Supervising European Financial Markets, More Risks than Achievements*, Springer, Berlin, 2016, p. 43 ss.; W. CORNACCHIA, M. PIROVANO, *A guide to early warning models for real estate-related banking crises*, in J. ŁASZEK, K. OLSZEWSKI, R. SOBIECKI (a cura di), *Recent trends in the real estate market and its analysis*, SGH, Warsaw, 2018, p. 123 ss.; C. ENOCH, *Europe Beyond the Euro, Building Protection for Europe's Economies in the Time of Risks*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, p. 175 ss.; D. SEGOIN, *The accountability of the ECB as a macroprudential supervisor*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 30, 2023, p. 524 ss.

¹⁵⁶ Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea); Regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali); Regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati).

¹⁵⁷ E. GUALANDRI, E. MANGONE, A. STANZIALE, *Internal Corporate Governance and the Financial Crisis: Lessons for Banks, Regulators and Supervisors*, Paper presented at the IAAER Conference: Accounting Renaissance, Lessons from the Crisis and Looking into the Future Learning from Histories and Institutions, Venice, 4 - 5 November 2011.

tecnica delle *Autorithies*. Queste ultime, dotate di personalità giuridica, rivestono, dunque, un ruolo essenziale nel tutelare gli utenti dei servizi e nel monitorare i mercati.¹⁵⁸ Come sarà analizzato nelle pagine che seguono, le funzioni svolte dalle ESAs assumono, nei fatti, una natura regolatoria,¹⁵⁹ delegando alle autorità nazionali competenti il ruolo di responsabili della vigilanza finanziaria.¹⁶⁰

Va altresì considerato come la crisi del debito sovrano del 2010¹⁶¹ - la quale, ad avviso della dottrina, ha segnato il passaggio dal «fallimento del mercato» al «fallimento dello Stato»¹⁶² - abbia rivelato l'inadeguatezza delle misure precedentemente adottate¹⁶³ e, dunque, l'esigenza di una vera e propria riforma strutturale del sistema di vigilanza europeo. Tale riforma è stata realizzata attraverso un progetto innovativo basato sulla creazione di un sistema accentrato di vigilanza e di risoluzione delle crisi bancarie al fine di ripristinare la fiducia collettiva verso l'euro e le banche. L'Unione Bancaria Europea (UBE)¹⁶⁴ si

¹⁵⁸ F. CAPRIGLIONE, *La finanza...*, cit. Più nel dettaglio, le ESAs esercitano specifiche funzioni; fra queste, rileva l'emanazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione e progetti di norme tecniche di attuazione con cui promuovono una applicazione uniforme di norme e prassi di vigilanza nell'Unione (solo qualora sussista una delega da parte della Commissione europea e questa approvi tali progetti). Cfr. V. TROIANO, *L'assetto istituzionale dell'ordinamento finanziario europeo*, p. 492 ss.; F. CIRAOLO, *Il processo di integrazione...*, cit.; DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, Ricerca preparata per il convegno "1865-2015. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana", 15-16 ottobre 2015, p. 5 ss.; M. SIMONCINI, *I poteri quasi-normativi delle agenzie europee: le decisioni della European Securities and Market Authority (ESMA)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2020, p. 1540 ss.; D. FOÀ, *I poteri di vigilanza dell'EBA nell'ambito del Regolamento MiCA*.

Una nuova "breccia" nella dottrina Meroni?, in *federalismi.it*, 9, 2024, p. 127 ss.

¹⁵⁹ C. GORTSOS, K. LAGARIA, *The European Supervisory Authorities (ESAs) as "direct" supervisors in the EU financial system*, EBI Working Paper Series, 57, 2020, p. 4.

¹⁶⁰ Salvo per ciò che concerne gli enti creditizi che dal 2014 sono sottoposti alla vigilanza centralizzata del SSM a seguito del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, L. 287/63, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 29.10.2013.

¹⁶¹ F. CAPRIGLIONE, G. SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani L'Unione Europea tra rischi ed opportunità*, Utet, Torino, 2012.

¹⁶² G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 384.

¹⁶³ Ciò in quanto l'ordinamento non prevedeva strumenti diretti a prevenire o reprimere le difficoltà relative all'insostenibilità del debito pubblico degli Stati membri.

¹⁶⁴ Per approfondimenti, cfr. M. SARCINELLI, *L'Unione Bancaria Europea*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2012, p. 333 ss.; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea, Una sfida per un'Europa più unita*, Utet, Torino, 2013; M. SARCINELLI, *L'Unione Bancaria Europea e La Stabilizzazione Dell'Eurozona*, in *Moneta e Credito*, 66, 2013, p. 7 ss.; S. ROSSI, *Verso l'unione bancaria europea: in fondo a una strada lunga e tortuosa*, Intervento del Direttore Generale della Banca d'Italia, Convegno in onore di Marco Onado, Dipartimento di Economia "Marco Biagi", Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Modena, 15 gennaio 2014; S. PUGLIESE, *L'Unione bancaria europea tra esigenze di coerenza interna e risposte alle sfide globali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2014, pp. 831 ss.; G. FORESTIERI, *L'Unione Bancaria Europea e l'impatto sulle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2014, p. 489 ss.; V. LEMMA, *Ad Un Anno Dal Single Supervisory Mechanism: Riflessioni Per Un Primo Bilancio* in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 3, 2015, p. 114 ss.; A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2015, p. 391 ss.; M. ORTINO, *L'Unione bancaria nel sistema del diritto bancario europeo*, in M. P. CHITI, V. SANTORO, *L'Unione Bancaria Europea*, Pacini, Pisa, 2016, p. 65 ss.; L. LIONELLO, *L'attuazione del progetto di Unione Bancaria Europea. Problematiche e prospettive di completamento*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2, 2017, p. 651 ss.; S. AMOROSINO, *L'Unione Bancaria Europea e l'egemonia delle decisioni politiche*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 1, 2018, p. 31 ss.;

colloca, quindi, in una strategia di portata particolarmente ampia, quale è il consolidamento dell'Unione Economica e Monetaria.¹⁶⁵

Se ne deduce che l'istituzione del SEVIF e il successivo rafforzamento della *governance* bancaria attraverso l'UBE sono stati determinanti per individuare i rimedi alle crisi del 2007 e del 2010. Tuttavia, nonostante i significativi progressi verso un'adeguata armonizzazione della normativa di settore, permangono alcune sfide da affrontare: ci si riferisce alla prevenzione del riciclaggio di denaro di provenienza illecita e del finanziamento del terrorismo. Ed invero, considerando la funzione prevalentemente regolatoria delle ESAs (volta alla definizione di *standard* comuni e di linee guida), gli Stati membri sono rimasti i soli responsabili della supervisione sul riciclaggio di denaro; le autorità di vigilanza nazionali si avvalevano di metodologie e criteri diversi per effettuare le analisi di rischio,¹⁶⁶ modalità operativa che rendeva spesso inefficienti i controlli effettuati sulle operazioni transfrontaliere. È emersa, dunque, l'inadeguatezza di tale sistema di vigilanza basato sulla "concorrenza tra ordinamenti"¹⁶⁷ in quanto rischiava di provocare «*national vicious circles, which tend to be self-perpetuating rather than self-correcting*».¹⁶⁸ Di conseguenza, si è resa necessaria l'istituzione di un'autorità europea specializzata, capace di coordinare e centralizzare le attività di vigilanza in materia di antiriciclaggio. È stata così introdotta l'Autorità Europea Antiriciclaggio (*Anti-Money Laundering Authority* (AMLA)) che, fondata sull'art. 114 TFUE,¹⁶⁹ è destinata a integrare e rafforzare il quadro regolatorio creato dalle ESAs.

¹⁶⁵ F. CIRAOLO, *Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, p. 2.

¹⁶⁶ Ad esempio, in Finlandia solo dieci membri del personale sono incaricati della supervisione della conformità alle norme antiriciclaggio e antiterrorismo nel settore finanziario, mentre in Austria i membri sono 27; ciò, nonostante i settori finanziari abbiano dimensioni simili e nonostante la presenza, in entrambi i Paesi, di importanti gruppi finanziari. Nel settore non finanziario, il Belgio e i Paesi Bassi hanno assegnato più di 10 membri del personale alla supervisione dei professionisti del settore immobiliare, mentre la Croazia ha assegnato 1 persona a questo compito e la Germania ha dichiarato di aver assegnato 15 persone alla supervisione dell'intero settore non finanziario (circa 1 milione di entità). Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the Anti-money laundering package*, SWD(2021) 190 final, Brussels, 20.7.2021 p. 19.

¹⁶⁷ T. FAVARO, *La torsione "accentratrice" della vigilanza antiriciclaggio: verso un nuovo paradigma*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 1, 2021, p. 185.

¹⁶⁸ J. KIRSCHENBAUM, N. VÉRON, *A better European Union architecture to fight money laundering*, in *Policy Contribution*, 19, 2018, p. 15.

¹⁶⁹ L'art. 114 TFUE è la base giuridica delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno ad oggetto il funzionamento del mercato interno. In particolare, l'art. 114 TFUE è utilizzato in caso di divergenze tra le normative nazionali laddove le stesse influenzino il buon funzionamento del mercato interno. In sostanza, l'art. 114 TFUE «*is the most powerful tool for the expansion of the EU legislative activity*». Cfr. B. DE WITTE, *Exclusive Member States competences: is there such a thing?*, in I. GOVAERE, S. GARBEN (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, p. 59; M. CHAMON, *The Empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the proposed Single Resolution Mechanism*, in *European Law Review*, 39, 2014, p. 380 ss.; S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, Sezione "Atti convegni AISDUE", 5, 2021, p. 69 ss.

2. Le origini e il ruolo dell'AMLA.

Le dinamiche di globalizzazione rivelano l'importanza di individuare «canoni comportamentali volti all'attuazione di meccanismi economico-finanziari efficienti» e improntati alla correttezza, introducendo «forme più sofisticate di riallocazione dei rischi».¹⁷⁰ In tale contesto, la libera circolazione dei fattori di produzione determina, talvolta, la creazione di “meccanismi perversi”¹⁷¹ che pregiudicano i benefici derivanti dalla *finanziarizzazione* dell'economia globale, favorendo il riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite. Tali meccanismi, se non adeguatamente regolati, possono incentivare il processo di “disintegrazione dell'Unione”,¹⁷² alterare la stabilità dei mercati finanziari e dell'economia globale, compromettere la fiducia dei consumatori nonché promuovere nuove forme di finanziamento del terrorismo internazionale.¹⁷³

Il riciclaggio di denaro rappresenta uno dei principali strumenti di sostentamento della criminalità organizzata, generando flussi economici il cui valore si stima fra i 100 e 200 miliardi di euro in Europa e fra i 700 e 1800 miliardi di euro nel globo.¹⁷⁴ Basti pensare che nel 2017 l'1% del PIL annuo dell'UE è stato utilizzato per svolgere attività finanziarie sospette.¹⁷⁵ Va altresì considerata la difficoltà di contrastare tale fenomeno a causa della natura sempre più transazionale e virtuale dei servizi finanziari che complica la corretta individuazione dei titolari effettivi¹⁷⁶ di tali servizi nell'ambito dell'adeguata verifica del cliente (basti pensare alle problematiche poste dalle criptovalute¹⁷⁷); ciò rendendo ancora più evidenti le criticità

¹⁷⁰ F. CAPRIGLIONE, *La finanza*, op. cit., p. 75 ss.

¹⁷¹ F. CAPRIGLIONE, *ibid.*

¹⁷² I. KRASTEV, *A Fraying Union?*, in *Journal of Democracy*, 2012, p. 23 ss.; D. WEBBER, *European Disintegration? The policy of Crisis in the European Union*, Red Globe Press, London, 2019.

¹⁷³ Sulla connessione tra riciclaggio e terrorismo internazionale cfr. C. RUGGIERO, *La nuova autorità Europea per il contrasto del riciclaggio e la lotta al terrorismo (AML/CFT): disciplina ed evoluzione*, in *Economia Pubblica*, 1, 2024, p. 66 ss.

¹⁷⁴ CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Cos'è il riciclaggio?*, 2023, disponibile sul sito del [Consiglio dell'Unione Europea](https://www.consilium.europa.it/).

¹⁷⁵ EUROPOL, *Financial Intelligence Group, From suspicion to action, Converting financial intelligence into greater operational impact*, Luxembourg, 2017, disponibile sul sito dell'[Europol](https://www.europol.europa.it/).

¹⁷⁶ Ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. pp del d.lgs. 231/2007, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse del quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è instaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita. In sostanza, il titolare effettivo è il destinatario principale degli effetti economici del servizio prestato dal professionista soggetto agli obblighi antiriciclaggio nei confronti di società, enti o trust.

¹⁷⁷ Per approfondimenti sul tema delle criptovalute nel riciclaggio di denaro cfr. A. URBANI, *La disciplina antiriciclaggio alla prova del processo di digitalizzazione dei pagamenti*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 5, 2018, p. 2 ss.; L. PICOTTI, *Profili penali del Cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 3, 2018, p. 390 ss.; F. VITOLO, *Il fenomeno del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo mediante criptovalute: studio, applicazioni e metodologie di contrasto di una nuova zona grigia*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2, 2019, p. 295 ss.; G. J. SICIGNANO, *L'interesse e il vantaggio dell'ente nel riciclaggio mediante criptovalute*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2021, p. 99 ss.; G. SOANA, *Antiriciclaggio mediante acquisto di criptovalute*, in *Diritto di Internet*, 2, 2022, p. 40 ss.; R. GABBIADINI, L. GOBBI, E. RUBERA, *Riciclaggio e blockchain: si può seguire la traccia nel mondo crypto?*, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, 893, 2024.

e le incertezze con cui si confrontano i destinatari della normativa di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

La portata globale del fenomeno ha reso imprescindibile l'elaborazione di un quadro normativo mirato alla prevenzione e al contrasto del riciclaggio di denaro e caratterizzato da un'impostazione a-territoriale che ne consente l'applicazione in ordinamenti giuridici eterogenei.¹⁷⁸ In tale contesto, le fonti di *soft law* sono state essenziali: il primo atto internazionale *in subiecta materia*, adottato dal Comitato di Basilea, è stata la *Dichiarazione dei Principi sulla prevenzione dell'utilizzo a fini criminosi del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita* del 1988,¹⁷⁹ alla quale hanno fatto seguito le *Quaranta Raccomandazioni del Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale* (GAFI),¹⁸⁰ quest'ultimo istituito nel 1989 in qualità di organismo intergovernativo in occasione del quindicesimo vertice OCSE.

Tali Raccomandazioni hanno indotto molti Paesi, inclusi gli Stati membri dell'UE, a istituire la *Financial Intelligence Unit* (FIU), un organismo nazionale incaricato di ricevere segnalazioni di operazioni sospette da parte di intermediari finanziari e altri soggetti obbligati.¹⁸¹ A partire dagli anni '90 del secolo scorso, la normativa internazionale ed europea ha compiuto significativi progressi,¹⁸² culminati con la recente adozione dell'*AML Package*.¹⁸³ La consolidata normativa UE di lotta al riciclaggio, è stata integrata da ulteriori interventi migliorativi volti a garantire una maggiore cooperazione fra l'Unione e gli Stati membri;

¹⁷⁸ D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi della disciplina antiriciclaggio, Integrazione europea della supervisione e sussidiarietà orizzontale del mercato*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 64 ss.

¹⁷⁹ Nonostante si trattasse di una mera enunciazione di principi generali non vincolanti, tale Dichiarazione fu essenziale in quanto rappresentativa della consapevolezza che le banche o altri enti finanziari potessero essere utilizzati per il deposito o il trasferimento di soldi provenienti da attività illecite.

¹⁸⁰ GROUP D'ACTION FINANCIÈRE INTERNATIONALE SUR LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX (GAFI), *Special Recommendations on Terrorist Financing*, 31 ottobre 2001.

¹⁸¹ Per approfondimenti sul ruolo delle FIUs cfr. J-F THONY, *Processing Financial Information in Money Laundering Matters: The Financial Intelligence Units*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 3, 1996, p. 257 ss.; D. MASCIANDARO, *Financial supervisory unification and financial intelligence units*, in *Journal of Money Laundering Control*, 8, 2005, p. 354 ss.; J. D'SOUZA, *Terrorist Financing, Money Laundering, and Tax Evasion: Examining the Performance of Financial Intelligence Units*, Taylor & Francis, London, 2012.

¹⁸² Lo sviluppo normativo in materia è molto vasto. Per approfondimenti, *ex multis*, E. CASSESE, *Il controllo pubblico del riciclaggio finanziario*, Giuffrè, Milano, 1999; F. CAPRIGLIONE, *La finanza*, *op. cit.*, p. 76 ss.; A URBANI, *Gli strumenti di contrasto dell'economia illegale*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di Diritto Bancario e Finanziario*, CEDAM, Padova, 2024, p. 621 ss.; D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi...*, *cit.*, p. 64 ss. Più nel dettaglio, la prima direttiva è la n. 1991/308/CE, con cui l'UE ha imposto per la prima volta specifici obblighi agli enti creditizi e finanziari degli Stati membri relativi alla predisposizione di sistemi di identificazione e segnalazione delle attività considerate sospette; tali obblighi sono stati estesi ai professionisti con la direttiva n. 2001/97/CE. La direttiva n. 2005/60/CE ha esteso l'ambito di applicazione al finanziamento del terrorismo internazionale e, grazie alla direttiva n. 2006/70/CE, anche alle persone politicamente esposte. Attraverso la direttiva n. 2015/849/UE l'UE ha recepito le sopra richiamate Raccomandazione del GAFI e, in seguito, la direttiva n. 2018/843/UE intende contrastare l'utilizzo delle valute virtuali per finalità criminali. Inoltre, dopo aver chiarito le funzioni delle società di partecipazione finanziaria, le società di partecipazione finanziaria mista, i poteri di vigilanza e le misure di conservazione del capitale con la direttiva n. 2019/878, la successiva n. 2019/1153 ha promosso un utilizzo di informazioni finanziarie più agevolato. Infine, l'ultimo intervento l'UE *in subiecta materia* è avvenuto nel 2021 con l'*AML package*.

¹⁸³ EUROPEAN COUNCIL, *Anti-money laundering: Council adopts package of rules*, 30 May 2024, disponibile sul sito del [Consiglio dell'Unione Europea](https://www.consilium.europa.it/it/press/press-releases/2024/05/30-aml-package/).

ciò in ragione, da un lato, del crescente numero di casi di riciclaggio (aggravato anche dalla pandemia da Covid-19) in cui sono coinvolti enti bancari e finanziari e, dall'altro lato, della disomogeneità e frammentazione delle prassi e delle regolazioni nazionali in materia. In tal senso, sin dalle prime iniziative internazionali in ordine al “sistema di governo dell’antiriciclaggio” le funzioni regolatorie sono sempre state attribuite alle istituzioni sovranazionali laddove le funzioni amministrative e di controllo erano svolte dalle autorità nazionali.¹⁸⁴ Va, al riguardo, segnalato che le dinamiche di internazionalizzazione delle attività finanziarie e l'introduzione di nuove tecnologie digitali hanno evidenziato le difficoltà emergenti dalla collaborazione tra le FIU e le Autorità europee di vigilanza; tali difficoltà riflettono la medesima esigenza di coordinamento che aveva portato all'istituzione del SEVIF e, più nel dettaglio, delle ESAs. Oggi, come allora, il coordinamento volontario tra le autorità si è rivelato insufficiente; da qui, la necessità di trasferire alcuni compiti (sino a quel momento svolti dalle autorità nazionali) ad un organismo sovranazionale capace di garantire una migliore efficacia operativa.

Sulla base di tali considerazioni, la Commissione europea ha presentato nel 2021 un pacchetto di provvedimenti composto da quattro proposte legislative, volte ad armonizzare l'organizzazione delle strutture nazionali e le regole deputate alla lotta al riciclaggio. Più nel dettaglio, trattasi della VI Direttiva AML relativa ai meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo;¹⁸⁵ del regolamento (UE) 2023/1113 sui dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività;¹⁸⁶ del regolamento (UE) 2024/1624 relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo (che compone il *single rulebook*).¹⁸⁷ Da ultimo completa detto quadro disciplinare il regolamento (UE) 2024/1620 che introduce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA) e modifica i regolamenti istitutivi delle ESAs.¹⁸⁸

¹⁸⁴ D. ANDRACCHIO, «Pluteunomia». *La vigilanza bancaria europea alla prova della supervisione antiriciclaggio*, in *federalismi.it*, 24, 2024, p. 26 ss.

¹⁸⁵ Direttiva (UE) 2024/1640 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024 relativa ai meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, e modifica e abroga la direttiva (UE) 2015/849, Serie L, Gazzetta Ufficiale. 19.6.2024.

¹⁸⁶ Regolamento (UE) 2023/1113 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2023 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2015/849, L 150/1, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 9.6.2023.

¹⁸⁷ Regolamento (UE) 2024/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024 relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, Serie L, Gazzetta Ufficiale. 19.6.2024.

¹⁸⁸ Regolamento (UE) 2024/1620 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024 che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010 e (UE) n. 1095/2010, Serie L, Gazzetta Ufficiale. 19.6.2024.

L'istituzione di autorità uniche di coordinamento si è sempre rivelata un'esperienza positiva in ambito UE.¹⁸⁹ In tale contesto, l'AMLA,¹⁹⁰ dotata di personalità giuridica, ha l'obiettivo di proteggere l'interesse pubblico, la stabilità e l'integrità del sistema finanziario dell'Unione e il buon funzionamento del mercato interno. In particolare, tale Agenzia decentrata dell'UE intende prevenire l'utilizzo del sistema finanziario per finalità AML/CFT, individuare e valutare i rischi che minacciano il mercato UE, supervisionare il mercato interno, promuovere l'armonizzazione nelle prassi delle FIU nonché sostenere lo scambio di informazioni tra queste ultime e le autorità competenti.¹⁹¹ In sostanza, trattasi di un'Autorità che agisce coordinando e cooperando con le autorità nazionali e che intende realizzare una vigilanza e regolamentazione uniforme per superare le inefficienze derivanti dalla disomogeneità normativa e operativa degli ordinamenti degli Stati membri.¹⁹²

La scelta di istituire un nuovo soggetto giuridico – al posto di delegare nuove funzioni alle Autorità già esistenti – promuove un sistema organico, con «caratteristiche peculiari nel panorama delle agenzie dell'Unione»¹⁹³ e, dunque, separato rispetto agli apparati a questo connessi (come il SSM e quello dedicato alle indagini penali in cui rientrano l'Europol, Eurojust e *European Public Prosecutor*).¹⁹⁴

L'AMLA assume un duplice ruolo, operando, da un lato, in un sistema di supervisione AML/CFT¹⁹⁵ composto dalla suddetta Autorità e dalle autorità nazionali competenti (il cd. *sistema hub and spokes*¹⁹⁶) e, dall'altro, in un meccanismo di sostegno e coordinamento delle FIUs presenti negli Stati membri UE.¹⁹⁷

¹⁸⁹ Basti pensare al funzionamento dei meccanismi già esistenti nell'UE che svolgono compiti di vigilanza centralizzati, come il SSM, il Comitato di risoluzione unico e l'ESFS. Cfr. Comunicazione della Commissione relativa a un piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo (2020/C 164/06). In realtà, una possibile ipotesi era quella di rafforzare le funzioni dell'EBA. Tuttavia, la frammentazione delle pratiche di vigilanza in materia avrebbe pregiudicato un'efficace armonizzazione. A ciò aggiungasi che l'EBA non ha né l'esperienza né la competenza necessaria per svolgere una corretta vigilanza che dovrebbe interessare anche settori diversi da quello finanziario. Sarebbe stato, dunque, necessario modificare l'attuale modello di governance per introdurre una nuova componente dell'Autorità dedicata esclusivamente al riciclaggio; in sostanza, sarebbe stato comunque inevitabile modificare l'assetto organizzativo vigente. Cfr. V. DE FALCO, *La rete europea nel contrasto al riciclaggio di denaro Le ragioni di una complessità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2022, p. 249 ss.

¹⁹⁰ L'AMLA è stata istituita il 10 luglio 2024; una parte delle attività sarà avviata nel luglio 2025; il primo processo di selezione degli intermediari per la vigilanza diretta sarà nel luglio 2027; la vigilanza diretta sarà avviata nel luglio 2028.

¹⁹¹ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 1.

¹⁹² C. RUGGIERO, *La nuova autorità Europea...*, cit., p. 71 ss.

¹⁹³ P. COSTANZO, *L'AMLA (Anti-Money Laundering Authority europea)*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni dell'antiriciclaggio, Analisi e studi La normativa in tema di prevenzione del riciclaggio: autorità, regole e controlli*, n. 20, 2023, p. 96 ss.

¹⁹⁴ P. COSTANZO, *L'AMLA (Anti-Money Laundering Authority europea)*, *ibid.*; F. CAPRIGLIONE, *La finanza*, op. cit., p. 78.

¹⁹⁵ Regolamento (UE) 2024/1620, artt. 7-11.

¹⁹⁶ Intervento di M. SEPE, *La nuova disciplina antiriciclaggio nell'AML Package*, al Convegno "L'ordinamento del credito tra finanza alternativa e mutamenti geopolitici", Complesso Monumentale di Santa Chiara, Napoli, 24 – 25 ottobre 2024.

¹⁹⁷ Regolamento (UE) 2024/1620, artt. 39-48.

Con riguardo alla prima funzione, tale Autorità esercita poteri di supervisione diretta nei confronti dei soggetti obbligati selezionati¹⁹⁸ (all'osservanza delle disposizioni antiriciclaggio). Trattasi di categorie individuate in base ad una metodologia¹⁹⁹ che si incentra sull'attività svolta da tali soggetti, sulle particolari politiche e procedure interne di organizzazione e verifica, sulle aree geografiche di operatività nonché sulla natura dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo a cui le medesime sono esposte. Nello specifico, tali poteri si individuano nella richiesta di informazioni,²⁰⁰ in indagini generali,²⁰¹ ispezioni in loco,²⁰² nell'adozione di misure amministrative (fra queste ultime, raccomandazioni, dichiarazioni pubbliche, ordini e così via)²⁰³ e nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie.²⁰⁴ A ciò aggiungasi la facoltà dell'AMLA di istituire per ogni soggetto obbligato selezionato un gruppo di revisione congiunto composto dal personale dell'Autorità e dalle autorità di vigilanza nazionali interessate;²⁰⁵ trattasi di un approccio che richiama quello già previsto dal SSM per la vigilanza degli intermediari significativi.²⁰⁶ Inoltre, l'Autorità esercita poteri di supervisione *indiretta* nei confronti di soggetti obbligati non selezionati del settore finanziario²⁰⁷ e non finanziario²⁰⁸ attraverso organismi di autoregolazione o supervisori nazionali. Si tratta di una vera e propria “vigilanza sulla vigilanza”²⁰⁹ in quanto l'AMLA valuta,²¹⁰ coordina e indirizza²¹¹ le attività svolte dalle autorità nazionali di supervisione. Tuttavia, in circostanze eccezionali, queste ultime possono richiedere all'Autorità di assumere poteri di vigilanza diretti.²¹²

Per ciò che concerne il secondo compito relativo al corretto funzionamento del meccanismo di sostegno e coordinamento, l'AMLA deve assicurare un'adequata cooperazione tra le FIUs nella conduzione di analisi congiunte e nella predisposizione di sistemi informatici e di intelligenza artificiale. Si conferisce all'AMLA un mero potere di impulso (e non di partecipazione alle attività), riconoscendo alle autorità nazionali una maggiore facoltà di iniziativa. Il meccanismo si distingue in due fasi: una metodologica, in

¹⁹⁸ Trattasi di enti creditizi e di enti finanziari, e di gruppi di enti creditizi e di enti finanziari il cui rischio residuo è considerato elevato ai sensi dell'art. 12 del Regolamento (UE) 2024/1620.

¹⁹⁹ P. COSTANZO, *L'AMLA...*, cit., p. 100.

²⁰⁰ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 17.

²⁰¹ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 18.

²⁰² Regolamento (UE) 2024/1620, art. 19.

²⁰³ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 21.

²⁰⁴ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 22.

²⁰⁵ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 16.

²⁰⁶ A. URBANI, *Verso la centralizzazione della supervisione antiriciclaggio?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, Supplemento al n. 1, 2022, p. 185.

²⁰⁷ Regolamento (UE) 2024/1620, artt. 30-34.

²⁰⁸ Regolamento (UE) 2024/1620, artt. 35-39.

²⁰⁹ A. URBANI, *Verso la centralizzazione...*, cit., p. 187.

²¹⁰ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 30.

²¹¹ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 31.

²¹² Regolamento (UE) 2024/1620, art. 32. Diversamente dall'art. 16, qui appare evidente la differenza rispetto al regime previsto per il SSM, il cui regolamento prevede all'art. 9 che la BCE può emettere mere istruzioni alle autorità di vigilanza nazionali rispetto alle banche non significative, senza poter intervenire direttamente; cfr. A. URBANI, *Verso la centralizzazione*, op. cit., p. 187.

cui sono individuati i criteri di selezione di casi *cross-border* assoggettabili all'analisi congiunta nonché le modalità di svolgimento della suddetta analisi, e una seconda fase (operativa) dedicata allo svolgimento di attività di sostegno per l'analisi di casi di operatività transfrontaliera sospetta. In sostanza, l'AMLA elabora formati e indicatori per l'individuazione delle segnalazioni di operazioni sospette, predispone formazioni specifiche e supporto finanziario alle FIUs, valuta l'adeguatezza delle attività svolte dalle FIUs e media tra queste ultime in caso di disaccordo.²¹³

L'AMLA assume, dunque, un ruolo di supervisione diretta e di coordinamento. Tuttavia, per comprendere appieno l'importanza di questa nuova Autorità, appare fondamentale esaminarla all'interno dell'odierna architettura finanziaria europea approfondendo, in particolare, il suo rapporto con le ESAs che, sin dall'istituzione del SEVIF, rivestono un ruolo centrale nella regolazione e supervisione del settore.

3. Il ruolo dell'AMLA nell'evoluzione della vigilanza finanziaria europea.

Il contesto storico attuale rende indispensabile una riflessione sull'ambito di esercizio dell'attività di vigilanza; non si tratta di considerare solo gli sconvolgimenti finanziari avvenuti a partire dal 2007, ma anche le implicazioni di recenti avvenimenti come la pandemia da Covid-19, il conflitto Russia-Ucraina e in Medio Oriente e la crisi energetica. Nel sistema finanziario europeo (incentrato sulla regolazione e sul controllo pubblico) l'attività di vigilanza è, dunque, un elemento cruciale per guidare il mercato verso la stabilità e l'equilibrio economico.²¹⁴

Dopo l'istituzione del SEVIF e dell'UBE, l'introduzione dell'AMLA segna una svolta significativa nel processo evolutivo dell'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario. Va sottolineato che essa non si limita a colmare una lacuna istituzionale, ma si inserisce come tassello fondamentale della *governance* finanziaria europea, rafforzando il controllo centralizzato²¹⁵ e contribuendo al completamento di un sistema integrato e coordinato. Appare evidente, infatti, che un quadro normativo più solido in materia di antiriciclaggio permetterà di rafforzare l'integrità del sistema finanziario UE; integrità considerata centrale per il completamento dell'Unione bancaria e dell'Unione economica e monetaria.²¹⁶

²¹³ Intervento di M. SEPE, *La nuova disciplina...*, cit.

²¹⁴ D. ROSSANO, *Presentazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, supplemento al n. 1, 2022, p. 8.

²¹⁵ In realtà, trattasi, da un lato, di un controllo e coordinamento centralizzato nella parte in cui l'AMLA esercita poteri di vigilanza diretta nei confronti dei soggetti obbligati selezionati; dall'altro lato, si è in presenza di un pieno decentramento laddove si tratti della vigilanza indiretta che l'Autorità europea esercita sui soggetti non selezionati del settore finanziario e non finanziario. Ed invero, in tal caso, sono le autorità nazionali stesse a provvederne alla supervisione.

²¹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione relativa ad un Piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo*, C 164/06, 2020, 13.5.2020, p. 3.

Come si è detto, le ESAs sono state introdotte per armonizzare la normativa di settore e promuovere una supervisione uniforme attraverso competenze prevalentemente regolatorie. La loro funzione principale si è finora estrinsecata nell’emanazione di standard tecnici, linee guida e raccomandazioni, lasciando, nei fatti, alle autorità nazionali il compito di svolgere le attività di vigilanza. Questo modello, seppur rivoluzionario, si è dimostrato insufficiente a fronte delle sfide poste dalla globalizzazione e dall’evoluzione tecnologica, in particolare nel contesto dell’antiriciclaggio dove la frammentazione delle prassi nazionali ha esacerbato i rischi sistemici. In questo quadro, l’AMLA deve essere considerata un soggetto innovativo, dotato non solo di competenze regolatorie²¹⁷ ma anche di poteri di supervisione diretta e indiretta (tipici della BCE²¹⁸ ai sensi dell’art. 127, para. 6 TFUE²¹⁹) tali da farla assurgere ad Autorità di riferimento del settore antiriciclaggio.²²⁰ L’AMLA affronta le problematiche di frammentazione del sistema offrendo un centro di supervisione e di sostegno capace di coordinare le attività delle FIUs e di intervenire direttamente nei casi di maggiore rilevanza; in sostanza, l’Autorità sembra finalizzata a promuovere un modello di integrazione senza precedenti.

Va altresì ricordato che l’introduzione di una nuova agenzia specializzata in materia di antiriciclaggio è stata considerata più opportuna rispetto all’opzione alternativa di rafforzare i compiti dell’EBA,²²¹ alla quale era stato assegnato un mandato limitato (alla luce dei principi sanciti dalla giurisprudenza UE nel caso Meroni²²²). Invero, nel 2019, l’EBA è stata incaricata di coordinare e monitorare le autorità nazionali competenti in ordine alle procedure e politiche adottate in tema di contrasto del riciclaggio di denaro e

²¹⁷ Ed invero, l’AMLA può predisporre progetti di norme tecniche di regolamentazione e progetti di norme tecniche di attuazione (ai sensi del Regolamento (UE) 2024/1620, artt. 49 e 53 che devono essere approvati dalla Commissione.

²¹⁸ D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, op. cit., p. 358.

²¹⁹ Con cui sono conferiti alla BCE “compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione”. A ciò aggiungasi l’art. 1 del Regolamento istitutivo del SSM n. 1024/2013 che “attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all’interno dell’Unione e di ciascuno Stato membro, con pieno riguardo e dovere di diligenza riguardo all’unità e all’integrità del mercato interno, in base alla parità di trattamento degli enti creditizi al fine di impedire l’arbitraggio regolamentare”.

²²⁰ D. ANDRACCHIO, *ibid.*, p. 350.

²²¹ Nonostante la politica antiriciclaggio sia connessa per molteplici aspetti al settore bancario, «il riciclaggio è un fenomeno che oramai interessa più e diversi settori, con la conseguenza che risulterebbe poco coerente, per quanto più economica, la scelta di restringere i confini della supervisione all’interno di un’unione amministrativa di settore collegata ad un settore ben preciso e determinato»; cfr. D. ANDRACCHIO, *ibid.*

²²² Causa 9/56, Meroni v. High Authority [1957-1958], ECR 133 e causa 10/56, Meroni v. High Authority [1957-1998], ECR 157; Ai sensi di tale dottrina è considerata illegittima la delega di poteri discrezionali ad organismi non previsti dai Trattati. Per approfondimenti cfr. E. CERVONE, *Servizi di pagamento e innovazione tecnologica. Ruolo dell’Autorità bancaria europea alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Analisi Giuridica dell’Economia, Studi e discussioni sul diritto dell’impresa*, 2, 2018, p. 393 ss.; M. SIMONCINI, *I poteri quasi-normativi...*, cit.; M. SIMONCINI, *The delegation of powers to EU Agencies after the financial crisis*, in F. LOSADA-K. TUORI (a cura di), *The Law of the Economic and Monetary Union: Complementing, Adapting or Transforming the EU Legal Order?*, in *European Papers*, 3, 2021, p. 1485 ss.; F. ANNUNZIATA, *The remains of the day: EU financial agencies, soft law and the relics of “Meroni”*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 4, 2022, p. 331 ss.; D. FOÀ, *I poteri di vigilanza...*, cit., p. 113 ss. Il conferimento di poteri alle agenzie europee tra cui l’EBA²¹ è da ritenersi legittimo solo in relazione a poteri esecutivi ben definiti

del finanziamento del terrorismo.²²³ Tuttavia, l'EBA non è stata in grado di far rispettare gli standard e le linee guida in materia di antiriciclaggio e di lotta al finanziamento del terrorismo dal momento che la medesima non ha l'autorità di supervisionare direttamente i singoli istituti finanziari e non possiede gli strumenti giuridici necessari per assicurarne la conformità.²²⁴ Le ESAs, dunque, sono state criticate a causa delle molteplici carenze riscontrate per la «*fragmentation, one-size-fits-all architectural design, absence of enforcement capacity [and] conflict between national and supra-national reflexes*».²²⁵ In particolare, Il Parlamento europeo nella risoluzione 2820/2019 ha evidenziato l'insufficiente attuazione delle norme UE in materia di antiriciclaggio e l'incapacità dell'EBA di svolgere la propria missione in questo campo;²²⁶ donde, la formazione di un generalizzato consenso sulla necessità di conferire lo svolgimento di tali compiti specifici ad un organismo specializzato in qualità di supervisore AML/CFT a livello europeo.²²⁷ Ciò posto, sebbene negli ultimi anni i poteri delle ESAs siano stati oggetto di significativi ampliamenti di funzioni – si pensi alle competenze attribuite con il Regolamento (UE) 2175/2019, da un lato, all'EBA in merito alla lotta al riciclaggio di denaro e al finanziamento al terrorismo e, dall'altro, all'ESMA con riferimento alla progressiva estensione dell'attività di supervisione sulle condizioni di accesso al mercato²²⁸ – appare innegabile che l'AMLA, per le sue peculiari caratteristiche, sia espressione di un nuovo modello europeo di supervisione. In particolare, come già evidenziato, l'Autorità esercita poteri di supervisione diretta nei confronti di un numero selezionato di entità ad alto rischio e con rilevanza transfrontaliera, rispetto alle quali è legittimata a esercitare i poteri tipici di un'autorità di vigilanza nazionale, inclusi poteri ispettivi *on-site* e *off-site* e strumenti di *enforcement* incisivi, quali misure sanzionatorie (fino a due milioni di euro o all'1% del fatturato annuo dell'ente interessato²²⁹), correttive e vincolanti. Inoltre, nell'ambito della vigilanza indiretta, l'AMLA si distingue per la facoltà di subentrare, in via eccezionale, alle autorità nazionali, assumendo funzioni di vigilanza anche su soggetti ordinariamente esclusi dalla propria competenza diretta.

²²³ Regolamento (UE) 2019/2175 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2019, L 334/1, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 27.12.2019.

²²⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the Anti-money laundering package*, SWD(2021) 190 final, Brussels, 20.7.2021 p. 19; D. SCHLARB, *Rethinking anti-money laundering supervision: the single supervisory mechanism – a model for a European anti-money laundering supervisor?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 1, 2022, p. 69 ss.

²²⁵ K. BOTOPOULOS, *The European supervisory authorities: role-models or in need of re-modelling?*, in *Journal of the Academy of European Law*, 2, 2020, p. 196.

²²⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 2019 sullo stato di attuazione della legislazione antiriciclaggio dell'Unione (2019/2820(RSP)), C 171/30, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 6.5.2021.

²²⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 luglio 2020 su una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo — piano d'azione della Commissione e altri sviluppi recenti (2020/2686(RSP)), C 371/92, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 15.9.2021.

²²⁸ Regolamento 1095/2010/UE, come modificato dal Regolamento 2019/2175/UE, art. 9, para. 5.

²²⁹ Regolamento (UE) 2024/1620, art. 22, para. 3, l. a).

A ciò si aggiunga un assetto organizzativo innovativo, concepito per assicurarne indipendenza, efficienza e capacità decisionale. In luogo di un organo decisionale dominato dai rappresentanti delle autorità nazionali – come avviene nei *Board of Supervisors* delle ESAs – l'AMLA si avvale, accanto al Consiglio Generale, di un Comitato Esecutivo composto da membri indipendenti a tempo pieno (il Presidente, un Vicepresidente e altri quattro componenti), selezionati tramite una procedura pubblica²³⁰. La presenza di membri indipendenti consente di ridurre sensibilmente il rischio di pressioni politiche o conflitti di interesse di matrice nazionale, assicurando che l'azione dell'Autorità sia effettivamente orientata alla tutela dell'interesse comune europeo.

A ben considerare, l'originaria impostazione dell'attività di supervisione e vigilanza, destinata ad estrinsecarsi in una mera attività di indirizzo normativo (svolta dalle ESAs) è stata sostituita da una funzione (dell'AMLA) orientata ad affermare il controllo di competenza delle autorità di vertice, riflettendo una maturità e consapevolezza sistemica di non poco conto. L'AMLA si inserisce, dunque, nel quadro istituzionale europeo in continuità con il percorso avviato dall'Unione Bancaria Europea. L'introduzione di un'autorità unica in materia di antiriciclaggio dimostra, infatti, come il rafforzamento delle strutture sovranazionali sia un presupposto indispensabile per garantire la stabilità del sistema finanziario europeo e prevenire rischi sistemici.

Il successo dell'AMLA sarà strettamente legato alla volontà delle autorità nazionali di appartenere ad un sistema pienamente integrato, evitando resistenze motivate da interessi meramente nazionali. Invero, nel delineare la nuova architettura antiriciclaggio UE, il legislatore europeo ha posto una particolare enfasi sulla cooperazione nella supervisione del settore finanziario, nel convincimento che un approccio frammentato e non coordinato produca risultati limitati. Ciò considerando, altresì, che la cooperazione è un fattore irrinunciabile nel mercato finanziario laddove consenta di orientare i poteri e le funzioni verso gli obiettivi definiti dal quadro giuridico europeo.²³¹ In questo contesto diventa fondamentale che le autorità europee e nazionali instaurino un dialogo costante e strategico per affrontare le sfide comuni e garantire la stabilità del sistema finanziario. Il coinvolgimento di ciascun Stato membro assume, dunque, un ruolo centrale nella configurazione della struttura sovranazionale che tenta di rappresentare l'orientamento complessivo della comunità UE. La realizzazione di tale obiettivo, nonostante sia perseguito da tempo, resta indubbiamente complessa: solo un impegno congiunto, sia politico che istituzionale, potrà assicurare il successo di un progetto da cui dipende il futuro dell'intera Unione Europea.

²³⁰ Regolamento (UE) 2024/1620, Considerando n. 66.

²³¹ D. ANDRACCHIO, «*Pluteunomia*»..., *cit.*, p. 45 ss.

I beni culturali esposti dalla digitalizzazione: ma è davvero tutto oro ciò che luccica? Uno sguardo sui beni e sui “mali” culturali della rivoluzione digitale *

di Antonio Mitrotti

Docente a contratto di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: La dottrina più esperta nello studio dei beni culturali ha arato con grande proficuità nel solco della disciplina giuridica del fenomeno di digitalizzazione del patrimonio culturale, con risultati importanti per chi voglia alzare lo sguardo verso le possibili diramazioni della rivoluzione digitale in atto. Tuttavia, non tutti i tralci di una vite sono positivi: la potatura serve a gestire la crescita. Così, sarebbe ingenuo pensare che la riproduzione virtuale di un bene sia priva di conseguenze negative. Sotto la lente del diritto pubblico, il contributo offre riflessioni sui “beni” culturali esposti dalla riproduzione digitale e sui “mali” culturali mascherati nell’attuale disciplina della digitalizzazione del patrimonio nazionale. L’obiettivo è mettere in guardia dalla pericolosità di incidenti negativi nascosti nell’ascesa ordinamentale della digitalizzazione della cultura, sensibilizzando dottrina e operatori.

Title: Cultural Heritage exposed by digitization: but is all that glitters really gold? A look at the cultural goods and “evils” of the digital revolution.

Abstract [En]: The most experienced doctrine in the study of cultural heritage has worked with great success in the furrow of the legal discipline of the phenomenon of digitizing cultural heritage, achieving important results for those who wish to look toward the possible branches of the ongoing digital revolution. However, not all vine shoots are beneficial: pruning serves to manage growth. Likewise, it would be naïve to think that the virtual reproduction of a cultural asset is free from negative consequences. Through the lens of public law, this contribution offers reflections on the “goods” of cultural heritage revealed by digital reproduction and on the “evils” concealed within the current regulation of digitizing the national heritage. The aim is to warn of the dangers of negative incidents hidden within the legal rise of cultural heritage digitization, raising awareness among scholars and practitioners alike.

Parole chiave: Beni culturali, mali culturali, digitalizzazione, patrimonio culturale, intelligenze artificiali, genius loci, diritti fondamentali.

Keywords: Cultural heritage, cultural evils, digitalization, cultural heritage, artificial intelligence, genius loci, fundamental rights.

Sommario: 1. Alcune considerazioni sulle matrici giuridiche della “riproduzione” digitale dei beni culturali in Italia - 2. I “mali” culturali derivanti dalla digitalizzazione - 3. Il primo “male”: l’indebolimento del genius loci - 4. Una seconda controindicazione: l’alterabilità dell’interesse culturale oggetto del bene digitalizzato - 5. Il terzo “male”: la dilagante esternalizzazione dei servizi digitalizzati sfata il mito di una sostenibilità culturale - 6. Un’ulteriore controindicazione esistente: la vulnerabilità dei diritti fondamentali dinanzi all’uso delle Intelligenze Artificiali nel patrimonio culturale - 7. Il quinto “male”: l’informatizzazione tecnologica come sottile viatico di una promiscuità giuridica tra il riconoscimento culturale di un bene digitalizzato ed il piano delle tutele industriali - 8. Osservazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Alcune considerazioni sulle matrici giuridiche della “riproduzione” digitale dei beni culturali in Italia.

Tra gli esperti nel settore dei beni culturali (da tempo) è stato messo a fuoco come «*la digitalizzazione del patrimonio, l'uso delle banche dati, le modalità di accesso e di fruizione del patrimonio digitalizzato costituiscono un tema non nuovo, ma già ampiamente discusso in questo primo ventennio del nuovo secolo. Certamente, però, la discussione su questi aspetti ha ricevuto un sovrappiù di attenzione in occasione del lockdown causato dalla pandemia da Covid-19, che ha determinato, come è noto, un'accelerazione dei processi di digitalizzazione e di accesso/fruizione on line già in atto*»²³².

In effetti, l'attenta dottrina sui profili caratterizzanti la digitalizzazione del patrimonio culturale possiede i meriti di aver messo in luce (con chiarezza) come le tappe dell'occorsa rivoluzione tecnologica sui beni culturali posseggano radici risalenti: esattamente rinvenibili nel solco di “fondamenta” normative che, in realtà, affondano le matrici giuridiche lungo una via ben nota e «*delineata sin dal 2006 con una serie di raccomandazioni con cui la Commissione [Europea] incoraggia[va proprio] la digitalizzazione e l'accesso online del materiale culturale, di pubblico dominio o protetto da diritti di proprietà intellettuale, presente presso biblioteche, archivi e musei*»²³³.

²³² P. CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2020, p. 263.

Più in generale, coloro i quali desiderassero approfondire i vari ed eterogenei profili dischiusi nel rapporto tra la digitalizzazione ed i beni culturali potrebbero consultare *ex multis* in dottrina le riflessioni di A. SPAZIANTE (a cura di), *Il futuro della memoria: la trasmissione del patrimonio culturale nell'era digitale*, CSI-Piemonte, 2005; A. ORIOLO, *Patrimonio digitale: guidelines internazionali e strategie dell'Unione europea di accessibilità, diffusione e protezione dei beni culturali e scientifici nell'era digitale*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2010, pp. 433-453; S. GRASSI, *Tutela e fruizione del patrimonio culturale*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2012, pp. 307-317; S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 7/2012, pp. 781-782; S. SILVERIO, *Spunti sulle “nuove” modalità fruibili e diffusive del contenuto culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 1/2013, pp. 1-8; F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 5/2016, pp. 505-526; A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *Federalismi.it*, n. 24/2017, pp. 1-26; A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2019, pp. 223-247; P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato: prime note per uno studio giuridico*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, pp. 245-301; D. DONATI, *La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela delle opere d'ingegno*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, pp. 323-337; M. A. CABIDDU, *Diritto alla bellezza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, pp. 367-385; C. VENTIMIGLIA, *Cultura e amministrazione nella transizione digitale*, Bari, Cacucci Editore, 2021; M. IPPOLITO, *Il Patrimonio Digitale della Cultura: un'opportunità di fruizione dei beni culturali “senza barriere”*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, pp. 751-772; M. A. CABIDDU, *Bellezza. Per un sistema nazionale*, Napoli, Doppiovoce, 2021; A. PAPA, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale “europeo”*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, pp. 732-745; A. L. TARASCO - R. MICCÙ, *Il patrimonio culturale e le sue immagini. Diritto, gestione e nuove tecnologie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; M. CROCE, *La digitalizzazione delle collezioni museali. Stato dell'arte e prospettive*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 2/2023, pp. 179-201; M. L. SICILIANO, *Il patrimonio culturale digitale. Le nuove frontiere della valorizzazione e fruizione nell'ottica dello sviluppo intergenerazionale*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2023, pp. 457-480; A. CARIOLA, *Lo Stato culturale. Prime riflessioni sul tema*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2024, pp. 35-49; R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, pp. 251-261; L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, pp. 1350-1360; A. ANSELMO - G. LEMME - M. MIDIRI (a cura di), *Il patrimonio culturale. Tutele, innovazione digitale, transizione ecologica*, Milano, Giuffrè, 2025.

²³³ R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, p. 251.

Infatti (sul punto), la spinta dell'Unione Europea può ritenersi significativa (per non dire “determinante”) nel percorso di progressiva conversione digitale del patrimonio culturale in Italia: al riguardo basterebbe semplicemente focalizzare i contenuti di una celeberrima raccomandazione (2021/1970) attraverso cui la Commissione ha promosso la nascita «di uno spazio europeo dei dati per il patrimonio culturale»²³⁴.

Del resto (a mente dell'articolo 6 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) rientra nel campo delle competenze unionali lo svolgimento di azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'attività degli Stati Membri nei settori della cultura e del turismo: che tramite gli strumenti della digitalizzazione potrebbero cementare la conservazione di un patrimonio comune, di certo, fondamentale nel processo di crescita (e di rafforzamento) dell'integrazione europea nonché delle pertinenti finalità istituzionali.

In quest'ottica, a ben riflettere, un'implicita copertura normativa («pattizia») dello sviluppo digitale nello spazio europeo dei beni culturali può ritenersi consacrato (a nostro avviso) nel primo e secondo comma dell'articolo 167 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che (con gravido senso) dispone - proprio - che *«l'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati Membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare e, se necessario, ad appoggiare ed integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: - miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei; - conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea; - scambi culturali non commerciali; - creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo»*. Sennonché risulta di facilissima intuibilità cogliere un punto di collegamento tra la digitalizzazione ed i profili culturali tutelati dal diritto europeo.

Giacché il miglioramento della conoscenza (e diffusione) della cultura e della storia dei popoli europei, oggi, riesce (sempre più) a svilupparsi nell'eurozona mediante la via dei “nuovi” strumenti digitali, delle pertinenti tecnologie, *in unum* ad ogni riconnesso sviluppo artificiale dei mezzi utilizzabili (compreso il crescente ricorso alle Intelligenze Artificiali - via via - applicabili al settore dei beni culturali).

A tacere oltre tutto delle potenzialità dischiuse nella digitalizzazione rispetto alla conservazione (ed alla salvaguardia) del patrimonio culturale europeo, come pure in riferimento alla promozione degli scambi culturali “non commerciali” in Europa, senza escludere (nondimeno) l'importanza dei mezzi digitali per la semplificazione (e la proliferazione) delle creazioni artistiche e letterarie nell'eurozona.

²³⁴ R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, p. 251. Qui l'Autrice peraltro tiene a puntualizzare nella nota numero 2 che «la raccomandazione 2021/1970/UE (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021H1970&from=EN>) è stata preceduta dalla raccomandazione 2011/711/UE sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale [...], che ha sostituito la precedente raccomandazione 2006/585/Ce sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del materiale culturale e sulla conservazione digitale (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006H0585>)».

Cosicché partendo dal classico principio di attribuzione enucleato nei Trattati (oggetto di un'estensione palpabile tramite i, così detti, poteri impliciti²³⁵) si può comprendere (bene) su quali basi a livello europeo siano stati « *fissati obiettivi, finali ed intermedi, ben precisi anche se privi di carattere prescrittivo: l'obiettivo ultimo da raggiungere entro il 2030 è la digitalizzazione in 3d di tutto il patrimonio culturale a rischio e il 50% dei monumenti, edifici e siti culturali più visitati fisicamente, mentre l'obiettivo intermedio, entro il 2025, è la digitalizzazione del 40% degli obiettivi globali*»²³⁶.

Peraltro, come abbiamo già sottolineato, «*un'accelerazione imprevista verso la digitalizzazione si è [...] avuta con la pandemia da Covid19 che, oltre a far emergere l'utilità dell'accesso digitale ai contenuti culturali, ha portato all'adozione del programma di sovvenzioni Next Generation EU, cui ha fatto seguito in Italia l'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) del 2021*»²³⁷.

In particolare, nella Repubblica italiana i titoli statali di legislazione in materia di tutela dei beni culturali²³⁸ si sono contraddistinti finora per i meritori sforzi di un'attuazione unitaria e quanto più “omogenea” della

²³⁵ Sulla portata dei poteri impliciti si rimanda - *ex multis* - alle pregevoli ricostruzioni sviluppate in A. ANZON, *La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2003, pp. 787-808; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, pp. 85-89; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 45 ss.; F. PALERMO, *I mutamenti costituzionali informali dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2009, pp. 1748-1763; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 104; C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 50 ss.

²³⁶ R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, p. 252.

²³⁷ R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, p. 252.

²³⁸ Com'è noto (ad esito della celeberrima revisione del Titolo V nella Parte II della Costituzione italiana) lo Stato è titolare di legislazione esclusiva in materia di «*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*»: ai sensi del vigente articolo 117, comma secondo (lettera s) della Carta repubblicana. Per l'esattezza, si tratta di una vera e propria competenza “finalistica”, anche definita in dottrina come espressione di una «*materia non materia*» ossia una materia funzionalmente “trasversale” rispetto ad altre materie (suscettibili di sovrapposizioni ed intrecci). Sul punto appare significativo rimandare alle preziose riflessioni di G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1247-1271; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 71 ss.; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2003, pp. 15-24; S. MANGIAMELLI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2003, pp. 337-344; G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2004, pp. 461-500; F. SORRENTINO, *Riflessioni sulle materie trasversali*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, n. 3/2005, pp. 525-528; G. ARCONZO, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in N. ZANON - A. CONCARO (a cura di), *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 181-241; F. BENELLI, *La «smaterializzazione delle materie». Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006; D. MESSINEO, *Competenze finalistiche concorrenti e giudizio costituzionale: sindacato teleologico vs limite dei principi*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2007, pp. 543-572; E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, n. 1/2008, pp. 61-90; R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2009, pp. 618-623; C. MAINARDIS, “*Materie*” trasversali statali e (in)competenza regionale, in *Le Regioni*, n. 5/2010, pp. 1128-1135; G. GARZIA, *Emergenze ambientali, azione amministrativa e bonifica dei siti contaminati*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 3/2015, pp. 1-28; A. PICARONE, *Le materie trasversali tra problematiche interpretative e riforme mancate*, in *Astrid Rassegna*, n. 8/2017; A. MITROTTI, *La capriola dell'interesse nazionale, da clausola di supremazia a criterio di prevalenza: ma le unitarie esigenze di uniformità legislativa statale permangono e il Consiglio di Stato lo conferma in materia*

disciplina europea sulla digitalizzazione del patrimonio culturale: nel pindarico equilibrio tra le esigenze peculiari (e «tipiche»²³⁹) di ciascun bene culturale in Italia (nonché di ogni relativa “tipologia” isolabile nel patrimonio della Nazione) da un lato e dall’altro lato l’obiettivo uniforme di un identico ed unico canone di riproduzione digitale dei beni culturali.

Per il vero, non andrebbe sottovalutata - mai - la conciliabilità (e compatibilità) tra la “natura” culturale di un bene e le necessità occorrenti alla sua digitalizzazione: infatti non è affatto detto che le due cose convergano - sempre - verso l’obiettivo della conservazione (o, nondimeno, della valorizzazione) della culturalità del patrimonio. Poiché conservare la «materia» di un bene in formato digitale non sempre vuol dire (automaticamente) tutelarne il valore culturale²⁴⁰. Se ci fermassimo a riflettere a tutto tondo (in verità) verrebbe in mente come l’esposizione digitalizzata dei beni culturali si configuri soltanto come una delle - possibili - forme di protezione del patrimonio culturale: che tramite esposizioni digitali potrebbe essere “tutelato” nella sua più ristretta accezione immaginabile, secondo una chiusura fisica rispetto ai fruitori del (classico) mondo “analogico” ovvero al riparo dalle potenziali criticità antropiche e con ipotizzabili alleggerimenti per l’Amministrazione sul piano dei costi di una concreta e quotidiana cura (di fatto legata ad ogni riconnessa attività per la gestione). Ma ciò (si stia molto attenti!) non esaurirebbe *in toto* il senso (costituzionale ed amministrativo) della funzione di tutela dei beni culturali nell’ordinamento vigente.

Cheché se ne voglia dire (e da qualsiasi punto di vista si intenda analizzare il fenomeno) ci pare difficile sostenere che la digitalizzazione del patrimonio culturale sia «causalmente» capace di rispondere in modo diretto al peculiare compito di *«impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale»*²⁴¹. Non vi è un rapporto di causalità, infatti, tra l’esposizione digitale di un bene e l’impedimento

ambientale, in Osservatorio AIC, n. 1/2018, pp. 1-6; G. FERRAIUOLO, *Materie trasversali e leale collaborazione*, in *Federalismi.it*, n. 25/2022, pp. 25-48.

²³⁹ Del resto «ogni bene culturale possiede, in sé, sia una dimensione tipicamente ‘individuale’ - legata, cioè, alle radici ed alla cultura del territorio e della comunità locale in cui è nato ed è radicato - che un’indole squisitamente ‘collettiva’, di specifica appartenenza, vale a dire, al complessivo patrimonio storico ed artistico dell’intera Nazione» A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coningio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, p. 32.

²⁴⁰ Sul significato sotteso alla tutela dei beni culturali nell’ordinamento italiano si leggano (*ex plurimis* in dottrina) le brillanti analisi sviluppate nei contributi di F. S. MARINI, *La tutela costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 1998; F. S. MARINI, *Profili costituzionali della tutela dei beni culturali*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, n. 7/1999, pp. 633-664; C. BARBATI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del Titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2003, pp. 145-150; A. CATELANI, *Valorizzazione economica e tutela giuridica dei beni culturali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2003, pp. 565-581; S. FOÀ, *Il restauro è espressione della tutela dei beni culturali: la disciplina normativa è solo statale*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 2/2004, pp. 361-364; S. CAVALIERE, *Riflessioni per una “composizione” del “contrasto” fra tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 4/2007, pp. 686-700; P. GROSSI, *Appunti per un corso sulla tutela giuridica dei beni culturali*, Roma, La Sapienza Editrice, 2008; P. DE MARTINIS, *Da una tutela “relativa” ad una tutela “reale” dei beni culturali*, in *Cultura e Diritti*, n. 2-4/2015, pp. 59-71; S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, Giappichelli, 2016; E. CREMONA, *La tutela giuridica dei beni culturali tra interesse pubblico e interessi privati*, in *Studi Senesi*, n. 2/2021, pp. 371-427; M. MALO - F. MORANDI (a cura di), *Declinazioni del patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2022; A. BARTOLINI, *Quale tutela per il diritto all’immagine dei beni culturali? (riflessioni sui casi dell’Uomo Vitruviano di Leonardo da Vinci e del David di Michelangelo)*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 2/2023, pp. 138-145.

²⁴¹ C. cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 9, par. 7 del Considerato in Diritto.

del degradarsi (naturale e fisiologico) di quel bene stesso (che per essere protetto in senso fisico necessita di azioni mirate e diverse dalla “digitalizzazione”). Né risulterebbe corretto attribuire al fenomeno digitale l’automatismo di effetti qualificanti dell’attività di tutela dei beni culturali in Italia, perché non dovremmo (per nulla) confondere l’uso degli strumenti tecnologici con le finalità della tutela del patrimonio culturale. Il che può cogliersi nella misura in cui la pratica del “dover” digitalizzare un bene di per sé poggia su dei presupposti di disciplina non del tutto coincidenti con i motivi giuridici della *«preservazione della “memoria della comunità nazionale” (art. 1, comma 2, del D. Lgs. n. 42 del 2004)»*²⁴²: tanto è vero che sul piano del diritto pubblico non esiste il margine di combacianti sovrapposibilità tra il regime della digitalizzazione dei beni culturali e *«l’accertamento o la verifica della effettiva sussistenza dell’interesse culturale che queste cose possono presentare e, dunque, di quel carattere dal quale consegue la loro sicura appartenenza al “patrimonio culturale” (sentenza n. 194 del 2013 [della Corte costituzionale])»*²⁴³.

In altri termini, occorre guardarsi bene dal credere che esista nell’ordinamento una scontata conciliabilità tra la “natura” culturale di un bene e la corrispondente “urgenza” (strisciante) di una sua digitalizzazione. Parimenti, non potrebbe escludersi di fatto l’origine di effetti distorcenti nel rapporto tra la culturalità del patrimonio e la sua riproduzione digitale: la qual cosa vale specialmente nel caso in cui si trattasse di un valore immateriale sottoposto all’efficacia di “materializzazioni” digitalizzate. Perché, a ben riflettere, il passaggio dal piano immateriale della cultura alla sfera (tangibile) dei tecnologici supporti digitalizzati potrebbe rivelarsi, potenzialmente, pericoloso nell’alveo di una genuina trasmissione storica dell’interesse culturale - in natura - dematerializzato.

Si ragiona di alcuni aspetti intorno ai quali non ci pare vi sia una “piena” consapevolezza nella disciplina giuridica sulla digitalizzazione del patrimonio culturale: dal che si apre un ventaglio di profili che (perciò) ci sembra interessante approfondire, in questa sede.

Per giunta (se scavassimo fino in fondo nel solco delle rapide premesse tratteggiate, sinora, sulle matrici giuridiche del fenomeno digitale del patrimonio culturale) non potremmo trascurare, oggi, come a livello nazionale le misure adottate per l’attuazione della disciplina europea sembrerebbero piegate più verso lo scopo di un appagamento delle soluzioni tecniche per superare l’articolazione settoriale e territoriale dei sistemi informativi sui beni culturali: l’approccio è “meccanico” e - in altri termini - rinuncia a calarsi nella prospettiva di strategie digitali “ritagliabili” ed adattabili sul valore «particolare» di ogni elemento culturale (di volta in volta) preso in considerazione.

È innegabile - d’altronde - che digitalizzare il Colosseo sarebbe cosa (ben) diversa da un intervento di digitalizzazione su “La Primavera” di Botticelli (sotto più profili, non solo tecnici).

²⁴² C. cost., sent. 28 febbraio 2022, n. 45, par. 2 del Considerato in Diritto.

²⁴³ C. cost., sent. 28 febbraio 2022, n. 45, par. 2 del Considerato in Diritto.

Fra l'altro, tanto più differente sarebbe pensare ad una riproduzione digitale dei beni culturali di "tipo" immateriale che sono incorporei (per pacifica definizione, di comune esperienza) e perciò riproducibili in «versione» digitalizzata con notevoli difficoltà (e con elevatissimi pericoli per l'autenticità dell'oggetto trasmesso), soprattutto sotto il peculiare profilo dell'interesse culturale in sostanza protagonista di una concreta tutela ossia di una "conservazione" nel tempo che (si badi) deve rimanere (sempre) fedele rispetto alla propria identità, anche nei confronti delle future generazioni²⁴⁴ del Paese.

Ed invece la nostra impressione è che nella Repubblica italiana il più importante strumento attuativo della disciplina europea sulla digitalizzazione dei beni culturali vada in direzione (del tutto) opposta alla via di una salvaguardia del «*genius loci*»²⁴⁵ di ogni bene culturale contraddistinguente il patrimonio della Nazione. Per farsi un'idea adeguata è necessario un inquadramento dell'impianto normativo (e del conseguente assetto amministrativo) posto in essere in Italia per effetto del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 dicembre 2019, n. 169.

Balza all'occhio come in materia di digitalizzazione dei beni culturali sia stato (proprio) il Presidente del Consiglio dei Ministri ad aver adottato un Decreto di disciplina regolamentare: che incarna il ricorso ad una fonte del diritto di rango secondario in diretta attuazione (ed esecuzione) dell'articolo 95 della Carta costituzionale che, in effetti, attribuisce al "Primo Ministro" il gravido ruolo del mantenimento «*dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo*», nonché di promozione e coordinamento dell'attività dei Ministri.

²⁴⁴ Del resto, proprio «*Patrimonio e Nazione nell'art. 9 [della Costituzione italiana] sono termini che si implicano reciprocamente, disegnando una relazione biunivoca e solidaristica tra generazioni: 'conserva e valorizza per trasmettere, in modo tale che ne risulti accresciuta la conoscenza nei singoli e nella comunità, e ne derivi il libero sviluppo della persona umana'. Non è certo priva di significato, e non fa altro che valorizzare e riempire di contenuto la scelta operata nel momento fondativo del nostro ordinamento democratico, quell'opinione secondo cui: "ogni singola Nazione ed i suoi cittadini possono sostenere lo 'sviluppo' solo se, da una parte, l'eredità culturale venga retrospettivamente tutelata mediante specifiche clausole di tutela e di identità (es. tutela dei beni culturali nazionali) ... e, dall'altra, qualora si elabori in prospettiva uno sviluppo (ulteriore) dell'elemento culturale: attraverso i fini educativi, i diritti culturali di partecipazione e di accesso ... culminando in un concetto pluralistico di cultura"*» P. MARZARO, *Nuove dinamiche e antichi doveri nel sostegno e nella promozione della cultura: dalle radici della questione museale ai diritti delle generazioni future*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2019, p. 9.

²⁴⁵ Per approfondimenti sul punto si rinvia *ex plurimis* in dottrina (e senza pretese di esaustività nel riferimento) alle pregevoli analisi offerte nei contributi di F. S. MARINI, *Profili costituzionali della tutela dei beni culturali*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, n. 7/1999, pp. 633-664; F. S. MARINI, *Lo Statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*; C. NORBERG-SCHULZ, *Genius Loci. Paesaggio. Ambiente. Architettura*, Milano, Electa, 2003; F. COCOZZA - P. RONCARATI, *I "Parchi letterari". Particolari "luoghi della memoria" alla ricerca di tutela e valorizzazione?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3-4/2003, pp. 581-611; L. LAZZARETTI, *Città d'arte e musei come "luoghi di significati": una possibile risposta alle sfide della "surmodernità"*, in *Economia e Politica Industriale*, n. 1/2005, pp. 65-88; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*; E. A. IMPARATO, *Identità culturale e territorio tra Costituzione e politiche regionali*, Milano, Giuffrè, 2010; F. BEVILACQUA, *Genius Loci. Il Dio dei luoghi perduti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010; S. PEDONE - M. TEDESCHINI (a cura di), *Genius Loci*, Milano - Udine, Mimesis, 2017; S. BUDELLI, *Genius loci: conoscenza e valorizzazione*, in AA. VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, Tortorici, AmbienteDiritto.it Editore, 2018, pp. 30-32; S. CHIODI, *Genius Loci. Anatomia di un mito italiano*, Macerata, Quodlibet, 2021; A. QUADRIO CURZIO, *Il Genius Loci Linceo a Palazzo Corsini*, Roma, Bardi Edizioni, 2021; M. A. CABIDDU, *La società del "bellesere" e il suo sistema*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, pp. 14-34; S. AMOROSINO, *La valenza materiale ed immateriale dei paesaggi urbani di rilievo storico*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2023, pp. 27-31; G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, in *Persona e Mercato*, n. 2/2024, pp. 325-332.

Persino da quest'angolazione prospettica - in verità - affiorano lo spirito e la *ratio* delle misure deliberate, sinora, in Italia per attuare la disciplina europea sulla digitalizzazione del patrimonio culturale: laddove emerge (sempre) - con forza - la funzione di indirizzo e coordinamento nel settore dei programmi digitali sui beni culturali, unitamente ad uno sforzo - crescente - per la realizzazione di progetti digitali comuni ed «interoperabili», al fine di un'unica catalogazione di interesse “culturale”.

A tal uopo le prescrizioni espresse dall'articolo 33 contemplato nel D.P.C.M. del 2 dicembre 2019, n. 169, hanno costituito un apposito “*Istituto centrale per la digitalizzazione del patrimonio culturale (Digital Library)*”: introdotto (si stia attenti) come un Ufficio del Ministero della Cultura dotato di una «*autonomia speciale*» (segnatamente di autonomia scientifica, finanziaria, organizzativa e contabile).

Si tratta di un punto significativo (per l'ordinamento dei beni culturali) da leggere *in unum* all'articolo 35 (rubricato «*Istituto centrale per la digitalizzazione del patrimonio culturale - Digital Library*») del D.P.C.M. n. 169 del 2 dicembre 2019 che ha specificato in cosa consistano le funzioni materialmente esercitabili dal nuovo Ufficio.

Sennonché le disposizioni *ex articolo* 35 del D.P.C.M. n. 169/2019 hanno precisato che «*l'Istituto centrale per la digitalizzazione del patrimonio culturale, di seguito «Digital Library», cura il coordinamento e promuove programmi di digitalizzazione del patrimonio culturale di competenza del Ministero. A tal fine elabora il Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale e ne cura l'attuazione ed esprime parere obbligatorio e vincolante su ogni iniziativa del Ministero in materia. Il direttore della Digital Library, in particolare: a) cura il coordinamento in materia di programmi di digitalizzazione del patrimonio culturale di competenza del Ministero, nonché dei censimenti di collezioni digitali e dei servizi per l'accesso on-line, quali siti Internet, portali e delle banche dati; b) verifica lo stato dei progetti di digitalizzazione attuati dagli Uffici del Ministero e monitora la consistenza delle risorse digitali disponibili; c) coordina appositi tavoli tecnici con rappresentanti degli istituti e degli uffici centrali e periferici del Ministero, ai fini dell'elaborazione e dell'attuazione del Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale; d) fornisce supporto agli uffici del Ministero e redige accordi tipo per la realizzazione di progetti di digitalizzazione del patrimonio culturale, anche in collaborazione con altri Enti pubblici o privati; e) coordina le iniziative atte ad assicurare la catalogazione del patrimonio culturale, ai sensi dell'articolo 17 del Codice. La Digital Library svolge sull'Istituto centrale per gli archivi, sull'Istituto centrale per i beni sonori e audiovisivi, sull'Istituto centrale per il catalogo e la documentazione e sull'Istituto centrale per il catalogo unico delle biblioteche italiane le funzioni di indirizzo e, d'intesa con la Direzione generale Bilancio limitatamente ai profili contabili e finanziari, di vigilanza, anche ai fini dell'approvazione, su parere conforme della Direzione Bilancio, del bilancio di previsione, delle relative proposte di variazione e del conto consuntivo. I direttori di tali istituti sono nominati dal direttore della Digital Library ai sensi dell'articolo 19, comma 5, del Decreto Legislativo n. 165 del 2001. Le risorse umane e strumentali ai suddetti Istituti dotati di autonomia speciale sono assegnate dalla Direzione generale Educazione, ricerca e istituti culturali, d'intesa con la Digital Library, con la Direzione generale Organizzazione e con la Direzione generale*

Bilancio. L'Istituto centrale per gli archivi, l'Istituto centrale per i beni sonori e audiovisivi e l'Istituto centrale per il catalogo unico delle biblioteche italiane dipendono, altresì funzionalmente, per i profili di rispettiva competenza, dalla Direzione generale Archivi e dalla Direzione generale Biblioteche e diritto d'autore».

È impossibile non cogliere il pregnante ruolo di «coordinamento» attribuito alla *Digital Library*: titolare di trasversali funzioni di indirizzo dei programmi di digitalizzazione del patrimonio culturale che in Italia abbraccia non solo beni di proprietà del Ministero della Cultura, e delle sue articolazioni periferiche, ma (in sostanza) comprende finanche ogni bene culturale di Enti pubblici e privati - per vero - assorbiti dalla “forza” di una leale collaborazione indispensabile ai progetti digitali (pur impregnati di un latente potere conformativo, in astratto, esercitabile dall'Istituto centrale per la digitalizzazione).

In tal senso depone la posizione “incarnata” nella Repubblica dal principale strumento amministrativo adottabile dalla *Digital Library*: cui compete elaborare ed attuare il “*Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale*” (ex articolo 35 del D.P.C.M. n. 169 del 2019) ovvero sia un atto pianificatorio che senza remore può ritenersi fondamentale nell'ordinamento, giacché «funzionalmente» preordinato a definire (ed a scandire) le uniformi «*procedure utili per affrontare le sfide organizzative e metodologiche connesse alla digitalizzazione*»²⁴⁶ dei beni culturali in Italia. Si tratta di un Piano dagli effetti nevralgici per il settore dei beni culturali.

Il punto può cogliersi soprattutto dopo la celeberrima revisione dell'articolo 41 della Carta repubblicana che (ad onta della Legge costituzionale n. 1/2022) ha assistito ad una rivitalizzazione del ruolo degli atti di programmazione e di pianificazione nei confronti dell'attività economica (sia pubblica che privata).

D'altronde, non può dirsi una casualità la corposa proliferazione recente di atti pianificatori delle attività economiche²⁴⁷ a macchia d'olio sottoposte ad un indirizzo e coordinamento statale rispetto «*a fini sociali e ambientali*»: i quali (a ben riflettere) per *ratio* logica e sistematica - oggi - non possono non ricollegarsi all'articolo 9 della Costituzione²⁴⁸ ossia al prezioso sviluppo nella Repubblica *della cultura e della ricerca*

²⁴⁶ R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, p. 252.

²⁴⁷ Sul punto *ex plurimis* in dottrina si rimanda (senza pretese di esaustività) alle analisi di S. AMOROSINO, *Note sulle regolazioni delle transizioni “economiche”*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 1/2022, pp. 198-209; A. ROMEO, *Le misure amministrative per la ripresa e la resilienza economica. Il piano italiano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2022, pp. 387-400; G. AMATO, *Ben tornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022; S. AMOROSINO, “*Neoprogrammazioni*” pubbliche o private e mercati in trasformazione, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 4/2022, pp. 46-56; A. BARONE, *Il sindacato sugli atti di pianificazione o programmazione, con particolare riferimento al PNRR*, in *Il processo*, n. 2/2023, pp. 383-393; A. SAPORITO, *Verso un ritorno allo “Stato interventista”?*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, n. 1/2024, pp. 112-131; A. BONOMO, *Governare la transizione ecologica: tra nuovi interessi e nuovi conflitti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2024, pp. 621-637; G. BAROZZI REGGIANI, *La “funzione sociale della tutela dell'ambiente” alla luce della revisione costituzionale del 2022 e del più recente quadro giuridico europeo*, in *Federalismi.it*, n. 7/2024, pp. 47-87.

²⁴⁸ Per approfondimenti sul senso dischiuso nell'articolo 9 della Costituzione italiana appare significativo - qui - rinviare (*ex plurimis* in dottrina e senza pretese di completezza nei suggerimenti) alle preziose analisi di E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, Morano, 1961; A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vol. 2, Firenze, Vallecchi, 1969, pp. 381-428; F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma,

scientifica e tecnica che attraverso la spinta (europea) della digitalizzazione hanno prodotto l'effetto di un silenzioso cambio di «paradigma» ermeneutico nella tutela del patrimonio della Nazione - sempre più - condizionato da una (ossessiva) ricerca di sostenibilità (economica, ambientale e sociale) e perciò interpretato alla stregua di occhi diversi rispetto al passato vissuto, cioè, nell'ottica di un'inedita nonché ineludibile ed uniformante rivoluzione digitale per l'esistenza sostenibile dei beni d'interesse culturale.

Non è un mero e puro caso accidentale (d'altro canto) che l'attenta dottrina si sia soffermata sull'esistenza «delle transizioni gemelle»²⁴⁹, riferendosi (in particolare) al parallelismo (dinamico) «sussistente tra gli obiettivi di sostenibilità ambientale e quelli legati alla trasformazione digitale»²⁵⁰: laddove uno dei più sensibili punti di contatto tra le transizioni in corso deve, *in nuce*, rinvenirsi - proprio - nel settore culturale e dei beni culturali giacché l'elemento della culturalità (a ben vedere) è presente sia nell'obiettivo repubblicano di uno sviluppo della ricerca scientifica e tecnica (*ex articolo 9 Cost.*) sia nei fini sociali ed ambientali chiamati ad indirizzare ed a coordinare (sul territorio) le attività economiche oggetto dei programmi determinabili ai sensi della legge (in base all'ultimo comma del revisionato articolo 41 della Carta costituzionale).

Sul punto è impossibile (e sarebbe diabolico) confutare la contemporanea presenza degli interessi culturali tanto nell'*iter* definitorio dei fini sociali ed ambientali (indirizzanti le attività economiche) nel Paese quanto nel processo di evoluzione scientifica e tecnologica della Repubblica italiana. Calati in quest'ottica la sfera dei beni culturali in Italia rivendica quasi un riconoscimento di paternità, sottaciuta, rispetto alle «transizioni

1975; F. S. MARINI, *Lo Statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*; M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006; G. M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione: dall'economia di cultura all'economia della cultura. Una testimonianza del passato, una risorsa per il futuro*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, pp. 1-9; G. M. FLICK, *L'archeologia "pubblica": ovvero come attuare concretamente l'articolo 9 della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, pp. 1-12; M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2015 (specialmente pag. 87 ss.); S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*; T. MONTANARI, *Costituzione italiana: articolo 9*, Roma, Carocci, 2018; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, pp. 285-314; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, pp. 1-22; A. ALBISETTI, *Sull'articolo 9 della Costituzione*, in *Diritto e religioni*, n. 1/2022, pp. 48-53; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2022, pp. 127-154; V. GIOMI - P. MILAZZO (a cura di), *Beni culturali e Diritto. Un dialogo giuridico anche alla luce della recente riforma dell'art. 9 Cost.*, Pisa, Pisa University Press, 2024.

²⁴⁹ F. CAMISA, *Ambiente e tecnologia: l'interconnessione tra le 'transizioni gemelle'*, in *Federalismi.it*, n. 14/2024, pp. 55-75 (specialmente pag. 60 ss.). Sulle così dette "transizioni gemelle" si confrontino - altresì - le interessanti analisi di E. VERDOLINI - C. BELPIETRO, *Giusta transizione ecologica: l'impatto delle tecnologie digitali*, in *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 174/2022, pp. 205-224; U. RONGA, *La sostenibilità ambientale nella transizione ecologica e digitale del PNRR. Un primo bilancio*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2023, pp. 1-20; A. MORRONE, *Sul "ritorno dello Stato" nell'economia e nella società*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2023, pp. 269-292; T. TREU, *"Just transition": indicazioni europee e responsabilità italiane*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3/2023, pp. 441-467; G. M. FLICK, *Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 05/12/2023, pp. 1-11 (consultabile sul sito di [Questione Giustizia](#)); F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del Diritto Amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024; M. D'ORSOGNA, *Organizzazioni amministrative e transizioni: le sfide del cambiamento*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 1/2024, pp. 1-21.

²⁵⁰ F. CAMISA, *Ambiente e tecnologia: l'interconnessione tra le 'transizioni gemelle'*, in *Federalismi.it*, n. 14/2024, p. 60.

*gemelle*²⁵¹: non è una combinazione che queste transizioni abbiano finito per condizionarsi reciprocamente, anche sulla base (fondamentale) di un comune fattore dischiuso nella «fisionomia» della cultura italiana e per conseguenza nella disciplina caratterizzante il patrimonio culturale della Nazione. Un’oggettiva traccia di queste riflessioni è scolpita - proprio - nel novellato testo degli articoli 9 e 41 della Costituzione che si caratterizza - soprattutto - per la pertinente capacità «di raccogliere sotto le proprie ali i vari temi così sinteticamente evocati e di offrirne una prospettiva comune»²⁵² attraverso l’introdotto riferimento (peculiare) all’«interesse delle future generazioni»: che senza dubbio cementifica *pro futuro* gli attuali collegamenti tra la transizione ecologica, la transizione digitale e «lo sviluppo della cultura» esistente nel tessuto (sociale, ambientale, giuridico, politico ed economico) della Repubblica grazie all’eredità tramandata dal patrimonio della Nazione (e dal suo - intimo - significato, profondo e polimorfico).

Com’è stato messo a nudo da Giovanni Maria Flick, «il collegamento tra il passato (il patrimonio storico-artistico) e il futuro (prima visto nel paesaggio; poi ed ora esplicitamente nell’ambiente con le sue potenzialità e implicazioni) si realizza attraverso la cultura; ma anche attraverso il riconoscimento delle possibilità di crescita economica e di occupazione che la testimonianza di quel patrimonio rappresenta per il Paese»²⁵³ sotto il profilo evolutivo delle pregiate risorse esistenti in Italia (nel campo sociale, culturale, scientifico, ambientale, ecologico, ecosistemico, economico, politico ed istituzionale).

Sicché, se volessimo sintetizzare al massimo, si potrebbe sostenere che partendo da «matrici» europee la digitalizzazione dei beni culturali ha rinvenuto una piena attuazione a livello nazionale: dove il fenomeno digitale sul patrimonio culturale ha fatto breccia sulla spinta di due pregnanti elementi, segnatamente un elemento esogeno ed uno endogeno alla Repubblica italiana.

Il fattore esogeno rispetto all’ordinamento italiano (come detto, più volte) è rappresentato dalla fervida disciplina giuridica dell’Unione Europea, in effetti, alimentatasi con forte incisività “performante” negli Stati Membri dopo lo scoppio del *Covid-19* e le conseguenti misure del *Next Generation EU*: «cui ha fatto seguito in Italia l’adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) del 2021»²⁵⁴.

Dirimpetto, un forte stimolo endogeno nella Repubblica italiana verso la costruzione di un impianto per la disciplina di digitalizzazione del patrimonio culturale è rinvenibile negli effetti prodotti dalla celeberrima revisione costituzionale del 2022.

²⁵¹ F. CAMISA, *Ambiente e tecnologia: l’interconnessione tra le ‘transizioni gemelle’*, in *Federalismi.it*, n. 14/2024, pp. 55-75 (specialmente pag. 60 ss.).

²⁵² P. MARZARO, *Nuove dinamiche e antichi doveri nel sostegno e nella promozione della cultura: dalle radici della questione museale ai diritti delle generazioni future*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2019, p. 8.

²⁵³ G. M. FLICK, *Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 05/12/2023, pp. 4-5 (consultabile sul sito di [Questione Giustizia](#)).

²⁵⁴ R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, p. 252.

Giacché (a ben vedere) proprio le espresse finalità *sociali ed ambientali* risultanti (con solennità) dalla riforma del testo dell'articolo 41 all'interno della Carta hanno finito per saldarsi in modo sistematico, ed in maniera complementare, con gli obiettivi ed i compiti fissati nelle disposizioni *ex articolo 9* della Costituzione. Per intendersi - qui - risulta opportuno precisare come la cura degli elementi culturali (frutto della fitta sintesi dialettica tra sviluppo, ricerca scientifica e tecnica, cultura e patrimonio storico ed artistico della Nazione) nell'ordinamento ha ricevuto nuovi impulsi ed ulteriori e trasversali forme di "consapevolezze" giuridiche esattamente dalla storica consacrazione superprimaria della tutela dell'ambiente, delle biodiversità e degli ecosistemi, nonché dall'enunciazione costituzionale dei fini *sociali ed ambientali* come importanti limiti *ex lege* programmabili per le attività economiche sul territorio. D'altronde, le tutele per l'ambiente e le finalità sociali ed ambientali in campo economico difficilmente maturerebbero con una seria cognizione di causa senza propedeutici ed integrati regimi sostanziali per il patrimonio della Nazione: che può intendersi quale universalità di "tutti" i beni materiali ed immateriali di interesse culturale (ma anche di valore paesaggistico ed ambientale), financo suscettibili di una rilevanza (ed una "valorizzazione") sotto il profilo economico (dei cespiti - volta per volta - considerati).

Autorevole dottrina ci suggerirebbe, del resto, che *«il dialogo tra passato e futuro, fondato sulla cultura, ci permette di vivere la realtà del presente nella sua complessità. Il nostro rapporto con la bellezza e con la ricchezza del passato e della natura è reso consapevole, possibile ed è sviluppato grazie alla cultura e alla ricerca attraverso la conservazione delle tracce del passato e la tutela dell'ambiente, di fronte ai guasti sempre più irreparabili che esso subisce»*²⁵⁵.

Emblematico al riguardo è un autorevole orientamento del Consiglio di Stato che, particolarmente, dal 2022 (si badi) argomenta la sussistenza di *«uno specifico regime di salvaguardia territoriale delle zone circostanti e limitrofe»*²⁵⁶ ad ogni bene culturale: un approdo che identifica un "fisico" punto di integrazione giuridica tra salvaguardia culturale, paesaggistica, ambientale ed economica nello "spazio" territoriale della Repubblica italiana²⁵⁷.

²⁵⁵ G. M. FLICK, *Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 05/12/2023, p. 8 (consultabile sul sito di [Questione Giustizia](#)).

²⁵⁶ Cons. Stato, Sezione Sesta, sent. 23/09/2022, n. 8167, par. 3.3 del Considerato in Diritto. Per degli utili commenti in dottrina si rimanda, particolarmente, alle lucide riflessioni sviluppate in A. PERSICO, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele* (Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167), in [www.giustiziainsieme.it](#), 01 dicembre 2022; E. ROMANI, *La protezione del patrimonio culturale e la promozione dello sviluppo sostenibile: la necessità di una tutela integrata*, in *Rivista Giuridica Europea*, n. 2/2022, pp. 79-99; R. GIANI, *Alla ricerca della integrazione tra salvaguardia dell'ambiente e tutela del patrimonio culturale*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, n. 1/2023, pp. 153-169; C. VIVIANI, *Ambiente, clima e patrimonio culturale: un approccio giurisprudenziale innovativo*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2023, pp. 351-360.

²⁵⁷ Per un approfondimento sul punto sia consentito rinviare alle (recenti) riflessioni in A. MITROTTI, *Sentieri giuridici per le zone montane. Genealogia degli itinerari ad "alta quota" del diritto costituzionale e pubblico italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025 (specialmente pag. 99 ss.).

Anche sotto questa lettura prospettica (vista dal Giudice Amministrativo e, poi, corroborata dai successivi orientamenti della giurisprudenza costituzionale²⁵⁸) la cultura costituisce un «filo rosso» trasversalmente attraversante e, cioè, condizionante nonché “contaminante” sia il campo dell’ambiente, sia la fisionomia dei «*fini sociali ed ambientali*» nell’ambito delle attività economiche, sia il terreno della ricerca scientifica e tecnica nel Paese.

Per giunta, quale fattore in comune alle discipline summenzionate, l’elemento della culturalità in Italia ha rappresentato e rappresenta - allo stesso tempo - un veicolo di trasmissione tra i regimi giuridici in materia di ambiente, dei connessi fini sociali ed ambientali per le attività economiche nonché nel settore materiale di concreto (e quotidiano) sviluppo della ricerca scientifica e tecnica del Paese.

Ed è così che la digitalizzazione nata sulla spinta europea e fondata nell’ordinamento italiano sui titoli di promozione dello sviluppo culturale e della ricerca scientifica e tecnica (*in unum* alla trasversale materia di coordinamento informativo ed informatico) è riuscita a ricevere nuova linfa dalla riforma costituzionale del 2022. Perché il perimetro di intervento dei revisionati articoli 9 e 41 della Carta ha prodotto gli effetti di una dilatazione delle maglie concatenanti la cura per la cultura (che - si badi, bene - è presupposta nelle tutele per l’ambiente e nella sfera definitoria dei fini «*sociali ed ambientali*») e per questo l’insita propensione “finalistica” verso lo sviluppo culturale, scientifico e tecnologico ha giovato di un’ulteriore estensione dei confini materiali nonché della più ampia espansività possibile nell’ordinamento attraverso la via (tecnica) della digitalizzazione dei beni culturali, del paesaggio e dell’ambiente. Non si dimentichino mai (d’altra parte) i collegamenti (le attiguità) e tutte le (varie) connessioni ordinamentali esistenti tra i beni culturali, il paesaggio e l’ambiente: a partire dalla disciplina di livello costituzionale (emblematico è l’articolo 9 della Carta²⁵⁹, a tacere degli elementi nell’articolo 117 Cost.), sino ad arrivare al piano delle fonti normative di

²⁵⁸ La menzionata sentenza del Consiglio di Stato n. 8167 del 2022 andrebbe, infatti, riletta finanche alla luce di una più recente sentenza della Corte costituzionale del 15/06/2023, n. 119, in cui il Giudice delle Leggi è intervenuto sulla complessa tematica degli usi civici e dei (“complementari”) vincoli di tipo paesaggistico ed ambientale: argomentando l’integrazione tra la funzione collettiva, propria, degli usi civici gravanti sulla proprietà dominicale e la (pertinente) destinazione paesistico-ambientale con cui la proprietà privata e non ancora liquidata “può” circolare nel nostro ordinamento. «*In sostanza, la proprietà privata circola unitamente agli usi civici e al vincolo paesaggistico, incorporando in tal modo la destinazione paesistico-ambientale, con la conseguenza che chiunque acquisti il fondo non può compiere alcun atto che possa compromettere il pieno godimento promiscuo degli usi civici [...] L’inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici [e] non ancora liquidati non presenta, dunque, alcuna ragionevole connessione logica con la conservazione degli stessi e, per loro tramite, con la tutela dell’interesse paesistico-ambientale, in vista dell’eventuale richiesta del proprietario di accedere al meccanismo della liquidazione*» C. cost., sent. 15 giugno 2023, n. 119 par. 10.2 e 10.3 del Considerato in Diritto.

²⁵⁹ «*La sequenza fra i tre momenti della cultura e della ricerca, del patrimonio storico-artistico e del paesaggio, non è casuale o dovuta soltanto a esigenze di sistema; risponde ad una continuità logica. Dalla cultura nasce la ricerca che a sua volta genera altre istanze e prospettive di cultura; la comprensione e la connessione di entrambe sono legate e funzionali reciprocamente e nel loro collegamento con il passato, espresso dal patrimonio culturale ed il futuro, espresso dalla progettualità e dalla realtà dell’ambiente. In quest’ultimo si ricomprendono la tutela della biodiversità – anche quella della specie umana con la pluralità delle culture – e l’interesse delle generazioni future*» G. M. FLICK, *Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 05/12/2023, p. 2 (consultabile sul sito di [Questione Giustizia](https://www.questionegiustizia.it)).

rango primario (tra le quali - ovviamente - spicca l'impianto contemplato dal celeberrimo D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42).

Su queste basi il settore culturale, come già evidenziato, configura un perno di collegamento collocato sul crinale di discipline integrabili tra loro in un'ottica di natura sostanziale e funzionale: essendo innegabile che il presupposto giuridico della culturalità assuma i panni di un punto (sensibilissimo) di contatto tra i profili dello sviluppo scientifico e tecnologico nella Repubblica, i riconnessi - e delicati - aspetti plasmani l'iter di definizione nell'ordinamento di quali possano essere in concretezza le finalità «*sociali ed ambientali*» per le attività economiche in Italia e (nondimeno) i vari tratti concorrenti al processo di una progressiva sedimentazione “fisionomica” del regime di tutela dell'ambiente, delle biodiversità e degli ecosistemi, sul territorio italiano.

Ed è in quest'ottica, in realtà, che gli obiettivi di promozione repubblicana dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica hanno visto nella digitalizzazione un innovativo “strumento” di gravida cura del patrimonio culturale, paesaggistico, ambientale ed ecosistemico nella nostra Repubblica.

Il patrimonio della Nazione è così sembrato idoneo ad essere salvaguardabile con modalità progressiste e (soprattutto) con grande sistematicità (giuridica, storica ed istituzionale) rispetto alle espansive funzioni di attuazione della tutela dell'ambiente²⁶⁰ e dei fini sociali ed ambientali (nonché in armonia con il

²⁶⁰ Sulla trasversalità connotante la materia di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali sia consentito rimandare (*ex plurimis* e senza pretese di esaustività nel riferimento) alle analisi in A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, p. 158 ss.

principio di sostenibilità²⁶¹) della “nuova” transizione ecologica (dapprima dischiusa nel PNRR e poi contemplata come oggetto di “protezione” nella Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1²⁶²).

In altri termini, il fenomeno digitale ha incarnato (di colpo) una sintesi tra i valori costituzionali enucleati negli articoli 9 e 41 della Carta repubblicana: anche perché non ci si deve nascondere dal fatto che la digitalizzazione ha rappresentato all'improvviso una soluzione - papabile - per sciogliere le forti tensioni

²⁶¹ In particolare, per degli approfondimenti sul principio di sostenibilità nel panorama della copiosa letteratura scientifica, appare qui significativo rimandare (senza alcuna pretesa di esaustività nel riferimento) agli studi sviluppati nei contributi di C. A. CIAMPI, *Crescita economica e ambiente. Il progetto di un'economia responsabile*, in *il Mulino*, n. 4/1991, pp. 591-597; F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2/1998, pp. 235-244; A. MAZZITELLI, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione. Il principio dello sviluppo sostenibile*, Cosenza, Editore Periferia, 1999; L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2002; A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/2002, pp. 1056-1080; G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Politica del Diritto*, n. 4/2003, pp. 581-608; F. FRACCHIA - L. GILI, *Ecomusei e aree protette tra sussidiarietà e sviluppo sostenibile*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2008, pp. 357-372; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; F. CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2010; A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012; E. FREDIANI, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2015, pp. 49-80; M. DE CILLIS, *Diritto, economia e bioetica ambientale nel rapporto con le generazioni future*, Trento, Tangram Edizioni Scientifiche, 2016; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017; G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, pp. 242-272; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019, pp. 493-529; M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, Franco Angeli, 2020; F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di "governance": efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1/2022, pp. 53-104; P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel "tempo della Costituzione"*, in *Federalismi.it*, n. 29/2022, pp. 86-110; T. GROPPI, *La dimensione costituzionale della sostenibilità: la sfida dell'effettività*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2023, pp. 459-474; E. CAVASINO, *Sostenibilità, stabilità finanziaria e crescita: il linguaggio della Costituzione*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2024, pp. 97-128.

²⁶² Per dei significativi commenti nell'ampia dottrina maturata sul punto si rinvia (senza alcuna pretesa di esaustività nel riferimento) alle - brillanti - osservazioni sviluppate in M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, pp. 285-314; G. AMENDOLA, *L'inserimento dell'ambiente in Costituzione non è né inutile né pericoloso*, in *www.giustiziasieme.it*, 25 febbraio 2022; R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2022, pp. 7-26; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2022, pp. 127-154; G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione: una svolta storica per l'ambiente o "molto rumore per nulla"?*, in *Queste Istituzioni*, n. 1/2022, pp. 8-43; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2022, pp. 1-15; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2022, pp. 797-820; A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul "permitting" ambientale*, in *Società e Diritti*, n. 13/2022, pp. 82-120; D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022, pp. 121-143; V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2023, pp. 1-32; A. LAMBERTI, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista. (Parte Prima - La legge costituzionale n. 1 del 2022 tra "vecchi" e "nuovi" bilanciamenti)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2023, pp. 137-165; A. LAMBERTI, *Tutela dell'ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista. (Parte Seconda - Contrasto al cambiamento climatico, "ecologia integrale" ed impegno etico)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2023, pp. 209-232.

(giuridiche e sociali) tra il fondamentale diritto di accesso ai beni culturali e le oggettive difficoltà sottese ai costi economici per la gestione del patrimonio culturale in Italia²⁶³.

Ora, non vi è dubbio che l'irrompente rivoluzione digitale dei beni culturali concorra all'obiettivo di una maggiore conoscenza (e di una più fitta diffusione) in Europa del patrimonio culturale «comune» tra tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea: nell'ottica di una conservazione - “salvaguardante” - le radici ed il retaggio culturale «di importanza europea».

Parimenti, giammai si potrebbe dubitare delle capacità della digitalizzazione di garantire una più ampia (ed agevole) fruibilità dei beni culturali: il cui accesso “aperto” alle nuovissime tecnologie è suscettibile di “creare” contatti con una platea più vasta (e pressoché universale) rispetto allo *standard* «analogico» dei classici fruitori del patrimonio culturale che in tal senso «appare» - appunto - più sostenibile in Italia, sia sul piano economico (della gestione) sia sotto il profilo dell'impatto ambientale e sociale del diritto «di accesso» al patrimonio della Nazione (ed a quello «di importanza europea»).

Ma è tutto oro quello che luccica?

Acclarata la genesi giuridica e la bontà dei fini della digitalizzazione per i beni culturali non vi è il rischio di esaltarne e sopravvalutarne (troppo) la portata?

Un'esaltazione del fenomeno digitale nell'ordinamento aprirebbe il varco ad un pericolo più grande per tutti gli studiosi (come - pure - per gli addetti ai lavori), i quali (più o meno consapevolmente) finirebbero per cadere in una patologica cecità verso l'esistenza di non trascurabili “mali” culturali: a ben riflettere derivanti da un ossessivo mantra esprime la necessità (a tutti i «costi»²⁶⁴) di una comune ed uniforme digitalizzazione (lineare) dei “beni” del patrimonio nazionale ed europeo.

²⁶³ Sul rapporto tra diritto ai beni culturali ed onerosità nella gestione del patrimonio culturale si rimanda *ex plurimis* in dottrina (e senza pretese di esaustività nel riferimento) alle analisi di S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2001; P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Milano, Franco Angeli, 2006; M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità sociale*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, n. 1-2/2008, pp. 99-111; G. FAMIGLIETTI, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce “cultura” dal campo delle tutele a quello della tutela*, Torino, Giappichelli, 2010; S. GATTI, *Cultura dello sviluppo. Sviluppo della cultura*, in *Federalismi.it*, n. 13/2013, pp. 1-14; S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, Giappichelli, 2016; L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2016; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2016, pp. 495-510; S. CAVALIERE, *I livelli essenziali delle prestazioni e i nuovi “diritti culturali”*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, pp. 1-23; M. FIORILLO, *Fra Stato e Mercato: spunti in tema di Costituzione economica, Costituzione culturale e cittadinanza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, pp. 1-15; A. L. TARASCO, *Il talento sotterrato. Il patrimonio culturale tra valorizzazione ed equilibrio dei bilanci pubblici*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 6/2018, pp. 477-496; S. CAVALIERE, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, Bari, Cacucci Editore, 2018; A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2019; M. MALO - F. MORANDI (a cura di), *Declinazioni del patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2022; G. BIASUTTI, *Il servizio culturale. Contributo allo studio delle forme di gestione*, Torino, Giappichelli, 2022; V. GIOMI - P. MILAZZO (a cura di), *Beni culturali e Diritto. Un dialogo giuridico anche alla luce della recente riforma dell'art. 9 Cost.*, Pisa, Pisa University Press, 2024. Sia - altresì - consentito il rinvio alle riflessioni di A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coniugio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, pp. 5-33.

²⁶⁴ Dei costi non “soltanto” economici, ma anche di natura culturale: poiché andrebbe - sempre - considerata la tipologia degli interessi culturali oggetto del bene sottoposto alla digitalizzazione.

Se scavassimo a fondo - in verità - scopriremmo che non esistono solo degli effetti positivi promananti dalla digitalizzazione dei beni culturali: anzi l'aspirazione tecnica verso una comune, omogenea nonché uniformante «interoperabilità» tra i progetti digitali rischia di stridere non poco con alcuni elementi vitali della natura caratterizzante l'unicità di ciascun bene culturale (la cui irripetibilità valoriale non può dirsi esente dal pericolo di storture e deformazioni “digitalizzate”).

2. I “mali” culturali derivanti dalla digitalizzazione.

Ad un occhio attento (e privo di contaminazioni ideologiche e politiche) non sfuggirebbe affatto la vista dei pericoli nascosti nel moto di digitalizzazione dei beni culturali: un moto pressoché proteso e lanciato verso l'uniforme destinazione di identici ed omogenei canoni di “riproduzione” virtuale del patrimonio culturale. Si tratta di un percorso guidato in Italia dalla motrice dell'indirizzo e coordinamento statale²⁶⁵ che di fatto rischia (paradossalmente) l'effetto di non trascurabili conseguenze negative per la cura dei

²⁶⁵ La letteratura sviluppata in dottrina sulla (incisiva) funzione di indirizzo e di coordinamento statale è davvero ampia, pressoché sterminata nel panorama scientifico, per cui senza pretesa di esaustività nei riferimenti si rimanda - quanto meno - alle efficaci analisi caratterizzanti i contributi di L. PALADIN, *Sulle funzioni statali d'indirizzo e di coordinamento nelle materie di competenza regionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1971, pp. 189-202; F. GABRIELE, *Il principio unitario nella autonomia regionale. Studio critico sui modi e sull'incidenza della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, Milano, Giuffrè, 1980; F. TRIMARCHI BANFI, *L'indirizzo e il coordinamento: una funzione bonne a tout faire*, in *Le Regioni*, n. 2/1978, pp. 307-313; E. CASETTA, *Le Regioni alla soglia degli anni '80*, in *Le Regioni*, n. 3-4/1981, pp. 569-580; M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2-4/1983, pp. 672-683; L. CARLASSARE, *I problemi dell'indirizzo e coordinamento: le soluzioni giurisprudenziali*, in *Le Regioni*, n. 1/1985, pp. 29-40; S. BARTOLE - C. BOTTARI - M. CARLI - G. FALCON - M. MARPILLERO - D. SORACE - L. VANDELLI, *Spunti per una ricerca sull'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 1/1985, pp. 57-93; R. PROSPERI, *Interesse nazionale e funzione di indirizzo e coordinamento*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 4/1985, pp. 4-7; F. TRIMARCHI BANFI, *Identità e variabilità dell'interesse nazionale*, in *Le Regioni*, n. 3/1986, pp. 631-641; R. BIN, *Legislazione di principio e funzione di indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 1-2/1987, pp. 207-249; E. GIZZI - A. ORSI BATTAGLINI, *La funzione di indirizzo e coordinamento*, Milano, Franco Angeli, 1988; L. TORCHIA (a cura di), *Stato e Regioni. La funzione di indirizzo e coordinamento*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1990; G. M. SALERNO, *Indirizzo e coordinamento in tema di smaltimento rifiuti: novità ed incertezze*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2/1990, pp. 241-266; V. ANGIOLINI, *Sulla poca coordinazione della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 4/1991, pp. 1265-1275; F. GABRIELE, *La funzione statale di indirizzo e coordinamento alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e la sua incidenza sull'autonomia delle Regioni e delle Province Autonome*, Bari, Cacucci Editore, 1992; R. BIN, *L'atto di indirizzo e coordinamento può trovare nella giurisprudenza costituzionale il fondamento della sua legalità?*, in *Le Regioni*, n. 2/1996, pp. 315-322; S. MANGIAMELI, *L'indirizzo e il coordinamento: una funzione legislativa costituzionalizzata dalla Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1997, pp. 1131-1139; L. CALIFANO, *L'irriducibile ascesa dell'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 1/1999, pp. 49-66; L. CUOCOLO, *Gli interessi nazionali tra declino della funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo del Governo*, in *Quaderni regionali*, n. 2/2002, pp. 423-443; P. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, pp. 1325-1336; M. GIGANTE, *L'attribuzione allo Stato della normazione tecnica tra neutralità e attuazione vincolata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2003, pp. 1744-1756; R. DICKMANN, *Dal principio di continuità al “principio di stabilità” delle istituzioni nella transizione costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 5/2004, pp. 1535-1550; A. GALLO CARRABBA, *Ma le Prefetture possono promuovere la cultura?*, in *Amministrazione civile*, n. 6/2007, pp. 48-49; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012. Più di recente, risulta interessante segnalare i contenuti delle analisi di V. ANTONELLI - G. C. DE MARTIN - B. G. MATTARELLA (a cura di), *Il coordinamento amministrativo dopo Vittorio Bachelet*, Roma, LUISS University Press, 2022.

pluralistici «interessi culturali»²⁶⁶ animanti il territorio nonché le identità comunitarie ed il tessuto socioeconomico del Paese.

Probabilmente queste riflessioni appariranno di primo acchito esagerate.

Eppure - qui - è possibile quanto meno evidenziare la realtà di ben cinque effetti negativi originati dalla digitalizzazione dei beni culturali.

È ovvio che un puntuale approfondimento analitico della genesi nonché dei fattori di sviluppo dei “mali” culturali celati nella riproduzione virtuale del patrimonio della Nazione meriterebbe a rigore un’apposita trattazione monografica (*ad hoc*). Ma, ci si confronta con un’esigenza che in questa stessa sede rimane insuscettibile di esaustivi appagamenti diretti e di realizzabilità immediata: a causa di intuibili ragioni di economicità espositiva e finanche per oggettive diversità di «spazi» fisiologicamente caratterizzanti una Rivista (assai prestigiosa, com’è quella che ospita il presente contributo) rispetto all’ambito tipico di un volume monografico.

Di talché, l’obiettivo che ci si pone qui è “solo” quello di mettere in guardia i lettori dalla pericolosità di una serie di fronteggiabili incidenti negativi (cioè, i “mali” culturali) nascosti magistralmente e celati con abilità dall’ascesa ordinamentale della digitalizzazione del patrimonio italiano ed europeo della cultura (con la speranza di sensibilizzare, al riguardo, le attenzioni e le riflessioni critiche della dottrina e di ogni addetto ai lavori).

1) *In primis*, le riproduzioni digitali dei beni culturali sottendono il pericolo di affievolire (di «sgonfiare», fino al punto di neutralizzare, nel tempo) il *genius loci* contraddistinguente ogni bene culturale.

²⁶⁶ *Ex plurimis* in dottrina (e senza alcuna pretesa di esaustività) si leggano i preziosi contributi di A. CERRI, *Favor per l’interesse atipico rispetto all’interesse costituzionalmente tutelato*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/1976, pp. 565-567; A. POSTIGLIONE, *Sulla competenza ad emettere ordinanze di restauro di beni culturali di proprietà privata*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 6-7/1979, pp. 756-773; E. BALBONI, *L’attuazione del pluralismo sociale*, in *Vita e Pensiero*, n. 12/1980, pp. 60-66; E. BALBONI, *Dal pluralismo sociale al pluralismo politico*, in *Vita e Pensiero*, n. 1/1981, pp. 58-67; S. BENINI, *Beni culturali e interessi diffusi*, in *Il Foro italiano*, n. 2/1993, pp. 100-112; R. MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1/1994, pp. 63-86; F. S. MARINI, *Lo Statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*; L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 7/2005, pp. 785-791; A. MATTIONI, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Jus*, n. 2-3/2008, pp. 251-291; I. M. G. IMPASTATO, *La sussidiarietà presa sul serio: il caso dei beni culturali urbanistici tra tutela parallela e sistema multipolare integrato*, in *Diritto e Società*, n. 3/2008, pp. 379-420; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*; P. VERONESI, *Diritti costituzionali e multiculturalismo*, in *Diritto e Società*, n. 1/2012, pp. 19-54; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2014, pp. 45-99; V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, pp. 1-44; F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, n. 5/2016, pp. 505-526; D. DONATI, *Governare l’inafferrabile. La cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in *Munus*, n. 2/2017, pp. 259-323; O. PINI, *Pluralismo culturale soggettivo ed oggettivo nel quadro costituzionale: valorizzazione culturale e valorizzazione economica nella disciplina delle sponsorizzazioni*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, pp. 1-57; M. A. CABIDDU, *La società del “bellessere” e il suo sistema*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, pp. 14-34; A. CARIOLA, *Lo Stato culturale. Prime riflessioni sul tema*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2024, pp. 35-49.

2) In secondo luogo, le marcate distinzioni tra cultura e tecnica (ossia le enormi “distanze” esistenti tra conoscenze umanistiche dei beni e competenze di *hard sciences* nel campo informatico e nella sfera della digitalizzazione) potrebbero essere foriere di (verosimili) effetti alteranti l'autenticità dell'interesse culturale oggetto del bene sottoposto a riproduzione digitale.

3) In terzo luogo, le oggettive complessità tecnologiche (di fatto) insite nell'evolutiva «gestione» delle digitalizzazioni culturali (quali veri e propri processi “specialistici” di rivoluzione della realtà analogica) inducono - via via - le Amministrazioni culturali verso l'energica spinta alla «esternalizzazione» dei servizi informatizzati che così concorrono ad alimentare ed a consolidare (secondo cadenze cicliche) il *trend* di “patologici” (e forti) oneri (tecnici e finanziari) gravanti sulla - presunta - «sostenibilità» economica del patrimonio digitalizzato.

4) Come quarto aspetto occorrerebbe (oltre tutto) concentrare (bene) l'attenzione sul fatto che la strada per una “virtualizzazione” dei beni culturali implica (sempre di più) l'utilizzo delle Intelligenze Artificiali, rispetto alle quali ad onor del vero sarebbe necessario confessare che non è affatto detto (purtroppo) che tutte le Amministrazioni culturali siano capaci di tutelare (per il meglio) i diritti fondamentali dei soggetti fruitori del servizio culturale digitalizzato (e qui non si allude soltanto alla fragile “realtà” di tante piccole Amministrazioni locali - spesso prive delle adeguate risorse umane, patrimoniali ed economiche - ma ci si riferisce finanche alle condizioni in cui - tuttora - versa l'impianto amministrativo centrale dello Stato e - nondimeno - le pertinenti articolazioni periferiche).

5) Da ultimo, non possono passare inosservati i potenziali effetti di promiscuità giuridica tra il piano del riconoscimento culturale di un bene oggetto di riproduzione digitalizzata ed il distinto profilo delle tutele industriali di quel bene stesso che - di fatto - può precipitare nelle «confusioni» tra i differenti interessi culturali e commerciali. Giacché agli occhi di un cittadino “consumatore” (in verità) il bene digitalizzato e pubblicizzato per scopi culturali potrebbe essere percepito allo stesso modo (e forse anche in maniera migliore) di quando quel bene risultasse coperto da tutele industriali: emblematici risultano i celebri casi di “creazione” di opere artigianali - come alcune famose ceramiche, in Italia²⁶⁷ - suscettibili di contemporanee tutele industriali e culturali.

In questa sede (come già scritto) non si può affrontare con esaustività (e completezza) ciascuno dei punti appena evidenziati sopra. L'unico intento (qui) è mettere in risalto l'esistenza dei profili negativi prodotti dalla digitalizzazione dei beni culturali, al principale scopo di porre in guardia gli studiosi e gli addetti ai lavori dei beni culturali: ma anche con l'obiettivo di creare le basi scientifiche per un approfondimento

²⁶⁷ È noto ai più il caso delle Ceramiche di Grottaglie (in Provincia di Taranto): che ha visto alternarsi e sovrapporsi i tentativi di tutele culturali dei beni creati dai ceramisti (per esattezza, tramite il riconoscimento dell'immaterialità delle conoscenze di interesse culturale) e le differenti azioni di una tutela industriale delle ceramiche prodotte.

graduale del crescente fenomeno di trasformazione digitale della cultura che reca sfumature non “solo” positive, ma anche di pericolosa natura negativa.

3. Il primo “male”: l’indebolimento del *genius loci*.

Il *genius loci* (tradotto alla lettera) sta ad indicare lo «*spiritello (genius) del luogo (loci), con riferimento alle religioni del mondo antico che associavano ai luoghi e ai paesaggi naturali la presenza di una divinità [...] che ne costituiva il nume tutelare*»²⁶⁸.

Non è una casualità - d'altronde - che finanche tra gli studiosi del diritto pubblico si sia evidenziato (con acume) che «*in ogni epoca ed in ogni luogo l'arte si è fatta carico del tentativo dell'uomo di aprire un dialogo con la divinità, per sperare di accorciare la distanza ancestrale dall'imperscrutabile mistero che lo circonda e lo atterrisce*»²⁶⁹.

Col *genius loci* si tratta insomma di un'espressione celebrativa della peculiare essenza di un «posto» e - cioè - della sacralità riconducibile ad una determinata realtà (in sé) unica ed irripetibile ovverosia non imitabile e (quindi) irriproducibile (in alcun modo) da parte umana.

Al riguardo, le riflessioni della dottrina giuspubblicistica (più sensibile) evidenziano come l'incontro tra la storia e la cultura sia capace di determinare la nascita nell'ordinamento degli spazi di tutela giuridica di «*un luogo antropologico, in antitesi con i cd. “non luoghi” creati dalla sub-modernità (di cui ha parlato per primo Marc Augé), [che] è un posto diverso da tutti gli altri, dotato di un proprio carattere distintivo, di un suo carisma (il genius loci), con la sua stratificazione di memorie e significati, capaci di avere e, al contempo, di contribuire a dare identità alle comunità che - con consapevolezza - li abitano*»²⁷⁰.

A propria volta «*ogni comunità, in altri termini, attribuisce al patrimonio culturale uno specifico valore e lega la disciplina, ovvero l'utilizzazione, la conservazione e la valorizzazione alle proprie tradizioni*»²⁷¹ autoctone.

Di talché, sotto varie ed eterogenee angolazioni prospettiche (politiche, sociali, giuridiche, istituzionali, antropologiche, ambientali, paesaggistiche), «*il riconoscimento dei beni culturali quali testimonianze di civiltà evidenzia l'esistenza di un legame forte tra detti beni e la comunità [locale] che li ha espressi e, nel contempo, porta con sé il quesito di quali ne siano le radici, a quale memoria storica si voglia fare riferimento e soprattutto quali [particolari] valori si vogliano trasmettere (e quali errori si vogliano evitare) alle generazioni future*»²⁷².

²⁶⁸ *Genius Loci*, Dizionario online Sapere.it, agilmente reperibile e consultabile sul seguente indirizzo telematico: <https://www.sapere.it/sapere/dizionari/dizionari/Italiano/G/GE/genius-loci.html>.

²⁶⁹ S. BUDELLI, *Bellezza e identità: le ragioni della tutela dei beni culturali di interesse religioso*, in AA. VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, Tortorici, AmbienteDiritto.it Editore, 2018, p. 23.

²⁷⁰ S. BUDELLI, *Bellezza e identità: le ragioni della tutela dei beni culturali di interesse religioso*, in AA. VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, Tortorici, AmbienteDiritto.it Editore, 2018, pp. 27-28.

²⁷¹ S. BUDELLI, *Bellezza e identità: le ragioni della tutela dei beni culturali di interesse religioso*, in AA. VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, Tortorici, AmbienteDiritto.it Editore, 2018, p. 31.

²⁷² S. BUDELLI, *Bellezza e identità: le ragioni della tutela dei beni culturali di interesse religioso*, in AA. VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, Tortorici, AmbienteDiritto.it Editore, 2018, p. 31. Qui l'Autore richiama a sostegno delle proprie

In effetti un bene culturale senza la comunità in cui è nato (ed è “alimentato”) non sarebbe più lo stesso: viceversa una comunità locale privata dei “suoi” beni culturali perderebbe - di colpo - la propria identità storica (e culturale).

Per dei banalissimi esempi, basterebbe pensare a cosa sarebbe il Colosseo senza Roma o, all'opposto, cosa sarebbe Roma senza il Colosseo: a tacere di cosa potrebbe essere Firenze senza le sue bellezze, come il David di Michelangelo ovvero quale altra opera rappresenterebbe (in realtà) il David in un posto diverso da Firenze.

È chiaro che (qui) le esemplificazioni potrebbero moltiplicarsi a dismisura: alimentando fiumi e fiumi di inchiostro.

Per altro verso, non si dovrebbe mai trascurare (del resto) che *«da un punto di vista turistico il vero valore attrattivo di un territorio non risiede tanto nella presenza di un particolare bene culturale, quanto nel riconoscimento alla comunità detentrica della capacità di averne preservato l'autenticità, facendone rivivere quotidianamente valori, funzioni, tradizioni, legate a quel bene»*²⁷³.

Si potrebbe anche dire che il legame (fitto) tra un bene culturale e la sua comunità territoriale costituisca un elemento imprescindibile dell'oggetto di tutela giuridica riconosciuta dall'ordinamento a quel bene.

Ed è la stessa Costituzione a contemplare in modo implicito gli elementi superprimari del «*genius loci*» nella Repubblica italiana, laddove il testo consacrato nell'articolo 9 della Carta costituzionale tutela - proprio - il paesaggio accanto al patrimonio storico ed artistico della Nazione: generando l'effetto di una saldatura tra i luoghi del territorio in Italia ed i beni culturali delle singole comunità territoriali costituenti la dimensione (pluralistica) della realtà repubblicana.

E l'effetto di collegamento (si badi) non è solo tra luoghi paesaggistici e culturalità dei beni di quei luoghi, perché di mezzo si inserisce la funzione unificante di tutto il significato (storico, giuridico, istituzionale, sociale, culturale ed economico) della Nazione che rappresenta il «*collante essenziale della comunità politica*»²⁷⁴ nella Repubblica italiana che a propria volta si fonda su un pluralismo culturale «*espressione del profilo orizzontale dei rapporti tra amministrazione e cittadino*»²⁷⁵: senza dimenticare (ovviamente) la “natura” del pluralismo politico ed istituzionale, in Italia, «*proiezione del delicato riparto verticale delle competenze*»²⁷⁶ nell'ordinamento.

riflessioni il brillante contributo di A. PAPA, *Il turismo culturale in Italia: multilevel governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2007, pp. 1-14.

²⁷³ S. BUDELLI, *Bellezza e identità: le ragioni della tutela dei beni culturali di interesse religioso*, in AA. VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, Tortorici, AmbienteDiritto.it Editore, 2018, p. 32.

²⁷⁴ P. VERONESI, *Sulle tracce di concetti di 'Nazione' e di 'Unità nazionale'*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2011, p. 321.

²⁷⁵ A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coningio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, p. 32.

²⁷⁶ A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coningio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, p. 32.

Cosicché, nelle “fisiologiche” tensioni - dinamiche - tra l’unità cementificata dalla Nazione e le pluralità esistenti nella Repubblica, un ruolo significativo è incarnato proprio dal *genius loci* di un bene culturale: poiché esprime l’esistenza unica di peculiari «*elementi identitari [...] all’interno della vasta e composita comunità*»²⁷⁷ italiana.

Senza il *genius loci* ed in mancanza di una sua tutela giuridica in Italia mancherebbero - di colpo - due elementi fondamentali per il Paese: da un lato scomparirebbe, infatti, l’enorme ricchezza identitaria del patrimonio nazionale e dall’altro lato verrebbe a mancare un presupposto per la garanzia del pluralismo (e non solo del pluralismo culturale, ma - per connessione - si spezzerebbero pure le ali alla crescita di un autentico pluralismo sociale, politico, istituzionale, economico, religioso ecc.).

Ma, in tutto ciò, come si concilia l’uniformante rivoluzione digitale del patrimonio culturale con la tutela, irripetibile, del *genius loci* dei beni culturali?

Sul piano logico è chiaro che l’aspirazione ad un’omogenea tecnica “riproduttiva” dei beni culturali in «3d»²⁷⁸ (cioè, in una dimensione virtuale) rischia di svilire (nonché mortificare, fino a «neutralizzare») nel tempo il legame sensibile tra il bene oggetto di digitalizzazione e le radici della comunità territoriale «*detentrica della capacità di averne preservato l’autenticità, facendone rivivere quotidianamente valori, funzioni, tradizioni, legate a quel bene*»²⁷⁹.

Il *genius loci* “tipico” di ogni bene culturale è così suscettibile di un affievolimento reale (di fatto) sotteso agli effetti prodotti dalla digitalizzazione nel lungo periodo.

E per quanti ritenessero queste riflessioni esagerate varrebbe la pena di focalizzare (bene) l’attenzione sulle potenzialità del mondo virtuale che soprattutto tra i più giovani «crea» oggi dimensioni parallele (in tutti i “sensi”) rispetto al mondo fisico: con dei riflessi (pericolosissimi) per la socialità umana su cui si fonda ogni ordinamento (celebre è «*ubi societas ibi ius*»²⁸⁰) e per conseguenza con grave nocimento per la

²⁷⁷ C. cost., sent. 13 maggio 2010, n. 170, par. 4 del Considerato in Diritto.

²⁷⁸ R. PELLEGRINO, *Strumenti giuridici per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 3/2024, p. 252.

²⁷⁹ S. BUDELLI, *Bellezza e identità: le ragioni della tutela dei beni culturali di interesse religioso*, in AA. VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, Tortorici, AmbienteDiritto.it Editore, 2018, p. 32.

²⁸⁰ S. ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 55.

Al riguardo non ci sembrerebbe esagerato se associassimo l’attuale senso (nell’ordinamento) del brocardo «*ubi societas ibi ius*» al frutto evolutivo delle radici teoriche (e dei retaggi giuridici e culturali) risalenti alle brillanti ricostruzioni (pur di taglio differente) *ex multis* sviluppate (all’interno della preziosa letteratura scientifica italiana) in S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, Tipografia Fratelli Marsala, 1898; S. ROMANO, *Il Diritto Costituzionale e le altre scienze giuridiche. Prolusione letta nella R. Università di Modena, il 15 gennaio 1903*, Roma, Tipografia Cooperativa Sociale, 1903; S. ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906; C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940; S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946; S. ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Giuffrè, 1946; C. MORTATI, *Costituzione dello Stato: dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 140-233; M. ZINGALES, *Tecnica legislativa e certezza del diritto*, in *Nuovi studi politici*, n. 3/1979, pp. 63-70; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1986, pp. 1148-1166; M. S. GIANNINI, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in M. GALIZIA - P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano,

genuinità della cura dei beni reali nonché per l'autentico valore culturale oggetto di una fondamentale tutela e valorizzazione giuridica nella Repubblica a beneficio delle generazioni presenti e future.

Non ci sembra peregrino (né esagerato) insomma criticare la pericolosità virtuale della digitalizzazione che sul patrimonio della cultura potrebbe nel lungo periodo “allentare” il legame esistente tra la fisicità di ogni bene ed il pertinente luogo di tradizionale «memoria» e di conservazione locale (della comunità territoriale di riferimento), con effetti dannosi per il *genius loci* e la culturalità dell'interesse tutelato (e promosso): il cui valore non dovrebbe mai essere scisso dalle tradizioni autoctone, dalle testimonianze locali ossia dalle profonde radici “ambientali” (assolutamente) uniche in natura ed irriproducibili in 3d dove (senza dubbio) manca il fattore umano di trasmissione e di “empatica” condivisione della bellezza artistica.

Di talché, quand'anche apparisse oggi un ragionamento assai futuristico sarebbe necessario porsi delle prudenti domande (prospettiche).

In primo luogo, ci dovremmo chiedere: quanti fra due secoli si “scomoderanno” per entrare in un museo fisico dinanzi alla possibilità di visitarlo in 3d (magari) gratuitamente?

E (se fossero in pochi a scomodarsi) quale comunità locale fra due secoli continuerebbe a custodire la memoria (e l'autenticità) dei beni monchi di un'attenzione fisica (tangibile) e palpabile?

È forte il sentore che il *genius loci* di ogni bene culturale appassisca senza l'effettiva cura delle «radici» reali (falcidiabili dalla digitalizzazione tra i più giovani) delle comunità locali di riferimento: oltre tutto minacciate in prospettiva da una verosimile perdita di turismo, di curiosità “umana”, di uno sviluppo relazionale, di attenzioni profonde (veraci e genuine) ed in estrema sintesi con il pericolo di sterilizzanti neutralizzazioni delle tutele «vere» per il proprio patrimonio identitario.

Fra l'altro, la morte del *genius loci* all'interno del patrimonio della Nazione costituirebbe non soltanto un fattore di pericolo per la cultura ed il pluralismo culturale ma (in ragione delle connessioni tra cultura, società e politica) rappresenterebbe finanche una temibile minaccia per l'esistenza di ogni (“altra”) «forma» di pluralismo (sociale, politico, religioso, istituzionale) nella Repubblica italiana.

Giuffrè, 1990, pp. 7-30; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994; F. PATRONI GRIFFI, *La “fabbrica delle leggi” e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2000, pp. 97-130; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, Jovene, 2008; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto “vivente”. Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2008, pp. 47-81; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; M. BARBERIS, *Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2011, pp. 349-359; AA. VV., *Giudici e legislatori*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2016, pp. 483-623; F. BRAVO, *“Ubi societas ibi ius” e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e Impresa*, n. 6/2016, pp. 1344-1390; R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Il Foro italiano*, n. 3/2017, pp. 123-129; F. G. SCOCA, *Santi Romano: la produzione giovanile e i “Principii di diritto amministrativo”*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2018, pp. 249-285; A. TRAVI, *Il diritto amministrativo e l'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2018, pp. 905-920; M. CASCIVILLA, *Santi Romano e la concezione sociologica del diritto*, in *Sociologia del Diritto*, n. 1/2020, pp. 11-23; T. E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2020, pp. 465-484.

4. Una seconda controindicazione: l'alterabilità dell'interesse culturale oggetto del bene digitalizzato.

Come potrebbe un “tecnico” (un informatico, un ingegnere, un fisico od un matematico) occuparsi della (uniformante) digitalizzazione di eterogenee tipologie di beni culturali?

È possibile che ripetibili ed omogenei canoni tecnici di rappresentazione virtuale della realtà valgano allo stesso modo per la digitalizzazione di un documento piuttosto che di una statua oppure di un intero edificio? E la domanda varrebbe tanto più se ad essere digitalizzato fosse un bene culturale di “natura” immateriale: avente ad oggetto un interesse tutelato difficilmente afferrabile al tatto di un tecnico delle scienze dure.

Ovviamente, non si ignora - affatto - che il complesso fenomeno della digitalizzazione presupponga - di per sé - la collaborazione tra competenze umanistiche sulla culturalità dei beni e conoscenze tecniche (riconducibili alle “scienze dure”) sulla riproduzione virtuale del patrimonio da digitalizzare.

Ma quanto è alto il rischio che le distinzioni tra “tecnica” e “cultura” (e gli inevitabili problemi disciplinari tra vasi poco comunicanti) possano generare in alcuni casi un’alterazione dell’autenticità dell’interesse culturale da («dover») digitalizzare?

Purtroppo, le enormi distanze tra le conoscenze umanistiche dei beni culturali e le competenze di *hard sciences* nel campo informatico e della digitalizzazione non sono colmabili in un batter d’occhio: il che vale soprattutto per i già carenti organici delle Pubbliche Amministrazioni della cultura e soprattutto per le Amministrazioni locali che con difficoltà riescono ad esercitare le proprie funzioni fondamentali.

Non a caso può registrarsi - ad oggi - la tendenza verso una massiccia esternalizzazione amministrativa dei servizi di digitalizzazione dei beni culturali: tuttavia, così facendo le distanze tra la sfera tecnica del fenomeno digitale della cultura e l’ambito culturale del patrimonio della Nazione rischiano di acuirsi (sempre più) anziché accorciarsi nell’ordinamento.

Del resto, la strisciante esternalizzazione amministrativa dei servizi digitali per i beni culturali «marca» (con un’oggettiva nettezza) il confine esistente tra le competenze umanistiche sul patrimonio culturale delle Amministrazioni ed il sapere tecnico degli operatori economici affidatari degli appalti o (persino) delle concessioni dei servizi di digitalizzazione patrimoniale.

Dietro l’angolo non può sottacersi né ignorarsi il forte rischio di difetti di comunicazione tra conoscenze umanistiche e competenze digitali per i beni culturali: con il pericolo di surrettizie e latenti alterazioni (o deformazioni²⁸¹) virtuali della reale culturalità oggetto di tutela giuridica nell’ordinamento.

²⁸¹ Non vi è dubbio che una digitalizzazione poco accurata possa comportare una rappresentazione “distorta” della realtà: alterando la tutela del bene culturale oggetto di digitalizzazione.

Ad esempio, cosa accadrebbe se nessuno si accorgesse nel tempo che la digitalizzazione della sublime “Natività” del Caravaggio mostra tonalità di colore diverse rispetto all’originale scomparso?

Oppure cosa avverrebbe se una moneta etrusca venisse riprodotta in dimensioni e fattezze differenti da quelle proprie?

Ancora, ci sarebbe da interrogarsi sulle conseguenze di una incompleta esposizione virtuale della Roma Antica (o della Firenze Rinascimentale).

Immersi in questa prospettiva, le insidie più vischiose e temibili si nascondono (a maggior ragione) nella riproduzione virtuale dei beni “immateriali” che (come detto) sono incorporei e pertanto riproducibili in «versione» digitalizzata con grandissime difficoltà e con fortissimi pericoli per l’autenticità dell’oggetto trasmesso: soprattutto sotto il - peculiare - profilo dell’interesse culturale «protagonista» di una tutela giuridica nell’ordinamento.

Peraltro, qui non si allude “soltanto” a *lapsus calami* o ad errori materiali nella riproduzione digitale del patrimonio culturale: perché (com’è fisiologico intuire) ogni tecnologica riproduzione virtuale necessita sempre l’uso di canoni ermeneutici capaci di tradurre nonché decifrare il significato culturale di un bene e tale abilità - spesso - manca nel *background* di chi si occupa di materie tecniche per la digitalizzazione della cultura.

Ed allora le possibili alterazioni della culturalità di un bene nel fenomeno digitale derivano non solo da banali (ma frequenti) errori materiali: ma anche da non adeguate “traduzioni” interpretative del «valore culturale»²⁸² sotteso ai beni oggetto di digitalizzazione. La causa (come detto) continua ad essere la forte distanza (colmabile difficilmente, in tempi rapidi) tra i saperi tecnici della digitalizzazione e le conoscenze umanistiche dei beni culturali.

5. Il terzo “male”: la dilagante esternalizzazione dei servizi digitalizzati sfata il mito di una sostenibilità culturale.

In modo efficace e persuasivo l’attenta dottrina giuspubblicistica di recente ha posto in evidenza come la digitalizzazione dei beni culturali registri un *trend* delle Amministrazioni verso l’appagamento dello «stimolo a preferire esternalizzazioni molto spinte, giustificate perché laddove un’istituzione culturale pubblica preferisse server interni,

²⁸² Illuminanti risultano sul punto le autorevoli riflessioni offerte nei contributi di M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1976, pp. 3-38; F. RIGANO, *Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d’uso dei beni materiali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/1990, pp. 665-678; R. BIN, *L’importanza di perdere la causa*, in *Le Regioni*, n. 5/1995, pp. 1012-1016; F. S. MARINI, *Profili costituzionali della tutela dei beni culturali*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, n. 7/1999, pp. 633-664; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*; F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, n. 5/2016, pp. 505-526; P. FORTE, *Il Terzo Valore*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 2/2023, pp. 216-224.

*tecniche di archiviazione, di manutenzione, migrazione e gestione dati interne rischierebbe di andare incontro all'obsolescenza in pochi anni in assenza di risorse per la continua reingegnerizzazione dei sistemi*²⁸³.

Per giunta, le oggettive ragioni di rapida obsolescenza degli strumenti tecnologici²⁸⁴ per la digitalizzazione dei beni culturali fanno il paio con le (croniche) carenze di organico delle Pubbliche Amministrazioni: in specie sul piano della scarsità di risorse umane “competenti” ad una gestione (specializzata) del fenomeno di riproduzione²⁸⁵ virtuale dei beni culturali.

²⁸³ L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, p. 1357.

²⁸⁴ In effetti «l'obsolescenza è l'unico criterio individuato all'interno delle linee guida [per la digitalizzazione dei beni culturali] in ordine alla preferenza per l'uno o per l'altro sistema [di gestione dei servizi in capo alle Amministrazioni competenti]» L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, p. 1357.

²⁸⁵ Si tratta di un fenomeno particolarmente complesso sul piano tecnico, in cui devono mantenersi delle importanti distinzioni teoriche e pratiche (si faccia - molta - attenzione): giacché da un lato vi è l'attività di riproduzione digitale dei beni culturali compiuta direttamente dalla Pubblica Amministrazione (o comunque da essa esternalizzata a dei soggetti privati, esecutori di compiti tecnici riproduttivi del patrimonio culturale “per conto” dell'organizzazione e della struttura amministrativa, soprattutto tramite l'istituto dell'appalto), dall'altro lato vi sono (poi) dei casi (*ex lege* previsti dal “Codice dei beni culturali e del paesaggio”) in cui le Amministrazioni competenti possono proprio consentire la riproduzione e l'uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna unitamente alla disciplina dei canoni di concessione e dei corrispettivi connessi alle riproduzioni dei beni culturali oggetto di autorizzazioni riproduttive (o di un uso strumentale). A quest'ultimo proposito meritano di essere ricordati i celebri articoli 107 e 108 del D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Nel “Codice dei beni culturali e del paesaggio” l'articolo 107 è rubricato «Uso strumentale e precario e riproduzione di beni culturali» e dispone - espressamente - che «Il Ministero, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono consentire la riproduzione nonché l'uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna, fatte salve le disposizioni di cui al comma 2 e quelle in materia di diritto d'autore. È di regola vietata la riproduzione di beni culturali che consista nel trarre calchi, per contatto, dagli originali di sculture e di opere a rilievo in genere, di qualunque materiale tali beni siano fatti. Tale riproduzione è consentita solo in via eccezionale e nel rispetto delle modalità stabilite con apposito decreto ministeriale. Sono invece consentiti, previa autorizzazione del soprintendente, i calchi da copie degli originali già esistenti nonché quelli ottenuti con tecniche che escludano il contatto diretto con l'originale». Nel D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, l'articolo 108 è rubricato «Canoni di concessione, corrispettivi di riproduzione, cauzione» e (segnatamente) prescrive che «I canoni di concessione ed i corrispettivi connessi alle riproduzioni di beni culturali sono determinati dall'autorità che ha in consegna i beni tenendo anche conto: a) del carattere delle attività cui si riferiscono le concessioni d'uso; b) dei mezzi e delle modalità di esecuzione delle riproduzioni; c) del tipo e del tempo di utilizzazione degli spazi e dei beni; d) dell'uso e della destinazione delle riproduzioni, nonché dei benefici economici che ne derivano al richiedente. I canoni e i corrispettivi sono corrisposti, di regola, in via anticipata. Nessun canone è dovuto per le riproduzioni richieste o eseguite da privati per uso personale o per motivi di studio, ovvero da soggetti pubblici o privati per finalità di valorizzazione, purché attuate senza scopo di lucro. I richiedenti sono comunque tenuti al rimborso delle spese sostenute dall'amministrazione concedente. Sono in ogni caso libere le seguenti attività, svolte senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale: 1) la riproduzione di beni culturali diversi dai beni archivistici sottoposti a restrizioni di consultabilità ai sensi del capo III del presente titolo, attuata nel rispetto delle disposizioni che tutelano il diritto di autore e con modalità che non comportino alcun contatto fisico con il bene, né l'esposizione dello stesso a sorgenti luminose, né all'interno degli istituti della cultura, l'uso di stativi o treppiedi; 2) la divulgazione con qualsiasi mezzo delle immagini di beni culturali, legittimamente acquisite, in modo da non poter essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro. Nei casi in cui dall'attività in concessione possa derivare un pregiudizio ai beni culturali, l'autorità che ha in consegna i beni determina l'importo della cauzione, costituita anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa. Per gli stessi motivi, la cauzione è dovuta anche nei casi di esenzione dal pagamento dei canoni e corrispettivi. La cauzione è restituita quando sia stato accertato che i beni in concessione non hanno subito danni e le spese sostenute sono state rimborsate. Gli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per l'uso e la riproduzione dei beni sono fissati con provvedimento dell'amministrazione concedente».

Ovviamente, in questa sede non si stigmatizza l'esternalizzazione in sé: del tutto lecita e legittima sotto il «formale» profilo degli strumenti adottabili dalle Amministrazioni Pubbliche, al riguardo coperte peraltro dal celebre principio di libera amministrazione²⁸⁶.

Il punto è che il massiccio (e ciclico) ricorso all'esternalizzazione dei servizi digitali per i beni culturali - di fatto - consolida l'effetto di una sostanziale dipendenza delle Amministrazioni Pubbliche nei confronti del *know-how* "detenuto" dai soggetti privati nel campo informatico e della digitalizzazione da un lato e dall'altro lato determina l'espansione a macchia d'olio di "patologici" e notevoli oneri tecnici e finanziari gravanti sui bilanci e sull'organizzazione amministrativa.

Il che si amplifica (e si acuisce) per di più ad onta dei casi (non rari) di un'irrazionale (ed una irragionevole) amministrazione degli strumenti digitali utilizzabili per i beni culturali: com'è ad esempio per la situazione di moltissimi archivi non catalogati ma paradossalmente digitalizzati in vista di una futura (ed "ipotetica") catalogazione.

Tutto ciò (com'è intuibile) finisce per sgonfiare - nel medio termine - l'astratta teoria sulla ("presunta") sostenibilità economica della digitalizzazione del patrimonio culturale che ad oggi rappresenta (senz'altro) un peso aggiuntivo (più che una soluzione) nelle dinamiche (giuridiche e sociali) tra il fondamentale diritto di accesso ai beni culturali e le oggettive difficoltà sottese ai costi economici e tecnici per la gestione dei beni culturali in Italia.

6. Un'ulteriore controindicazione esistente: la vulnerabilità dei diritti fondamentali dinanzi all'uso delle Intelligenze Artificiali nel patrimonio culturale.

In questa sede risulta arduo affrontare con pertinenza ed esaustività il tema delle Intelligenze Artificiali: nonché tutti i connessi profili ricollegabili.

²⁸⁶ Sul punto (*ex multis* in dottrina) si rinvia - senza pretese di completezza nel riferimento - alle ricostruzioni offerte nei contributi di E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Il Foro Amministrativo - TAR*, n. 1/2003, pp. 329-337; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2004, pp. 347-361; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2007, pp. 63-79; D. MONE, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione: il caso delle società strumentali*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 1/2016, pp. 151-173; E. BALBONI, *Per la democraticità dell'amministrazione: un pensiero lungo un'intera vita*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2017, pp. 57-63; N. LONGOBARDI, *La posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica e la Costituzione*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2018, pp. 13-30; L. LONGHI, *L'in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 1/2019, pp. 280-284; A. MASSERA, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2019, pp. 439-482; E. CARUSO, *Principio di libera amministrazione, "in house providing" e cooperazione fra amministrazioni. Brevi riflessioni a partire da Corte cost. n. 65 del 2019 sul sistema idrico integrato della Regione Sardegna*, in *Le Regioni*, n. 3/2019, pp. 775-811; C. P. GUARINI, *Ricorso "condizionato" all'"in house providing" e principio di "libera amministrazione delle autorità pubbliche": una contraddizione solo apparente per CGUE e Corte costituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, n. 2/2020, pp. 1-24; L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2021, pp. 551-582.

Si tratta, infatti, di una materia a sé stante e dai confini a tutt'oggi poco circoscrivibili: su cui - per fortuna - si segnala, in ogni caso, l'esistenza di apprezzabili studi della dottrina che, con rigore, manifesta i meriti di essersi (pionieristicamente) soffermata sull'impatto giuridico scatenabile dall'Intelligenza Artificiale nei confronti dell'esistenza umana e per conseguenza rispetto agli orizzonti "evolutivi" dell'ordinamento repubblicano (con risultati notevoli ed encomiabili per il progresso della ricerca scientifica)²⁸⁷.

Tanto premesso, una rassegna sui "mali" culturali della digitalizzazione non può comunque prescindere dal sottolineare alcuni effetti negativi celati nei rapporti attuali tra il "fenomeno" di riproduzione virtuale del patrimonio culturale e l'utilizzo (applicativo) dell'Intelligenza Artificiale nel settore della cultura.

Anzi tutto, non dovremmo sottacere - mai - che anche la migliore delle Intelligenze Artificiali nel campo del patrimonio culturale difficilmente riuscirebbe a garantire ai suoi fruitori la stessa crescita "spirituale" e lo stesso arricchimento educativo che in natura si realizza attraverso il rapporto diretto tra l'uomo ed il bene «reale».

²⁸⁷ Sul punto - *ex plurimis* in dottrina - si rimanda (senza pretese di esaustività nel riferimento) alle preziose analisi offerte nei contributi di S. SUWEIS - A. SIMONCINI, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, n. 1/2019, pp. 87-106; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il nuovo mondo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 3-31; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 63-89; C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 177-182; U. RUFFOLO - A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2019, pp. 1658-1670; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, pp. 318-354; T. GROPPi, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta online*, n. 3/2020, pp. 675-683; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, pp. 266-298; A. CARDONE, *"Decisione algoritmica" vs decisione politica? A.I. Legge Democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; E. C. RAFFIOTTA, *L'erompere dell'intelligenza artificiale per lo sviluppo della pubblica amministrazione e dei servizi al cittadino*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2/2021, pp. 513-536; A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2021, pp. 411-417; A. F. URICCHIO - G. RICCIO - U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti. Prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea*, Bari, Cacucci Editore, 2021; B. MARCHETTI - C. CASONATO, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione Ue in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, pp. 415-437; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, n. 7/2021, pp. 187-204; T. E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2022, pp. 155-164; D. MARTIRE, *Intelligenza Artificiale e Stato costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2022, pp. 397-444; A. D'ALOIA, *Intelligenza Artificiale (AI), società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2022, pp. 651-683; A. PAJNO - F. DONATI - A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, Volume 1, Bologna, il Mulino, 2022; M. C. CAVALLARO, *Amministrazione pubblica e sistemi di intelligenza artificiale: alcune riflessioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4/2022, pp. 955-976; V. FANTI, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4/2022, pp. 1001-1014; R. FATTIBENE, *La tensione delle garanzie di libertà e diritti là dove il potenziamento cognitivo incontra l'intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, n. 25/2022, pp. 1-24; A. CERRI, *Spunti e riflessioni sull'impiego dell'Intelligenza Artificiale nei procedimenti giuridici*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2023, pp. 39-60; D. U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi.it*, n. 5/2023, pp. 4-13; C. EQUIZI, *Intelligenza Artificiale: profili di opportunità e di criticità nella irrinunciabile tutela dei diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2024, pp. 313-331; A. SIMONCINI, *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo*, in *Rivista di Diritto processuale*, n. 2/2024, pp. 389-423; M. FASAN, *Intelligenza Artificiale e costituzionalismo contemporaneo. Principi, diritti e modelli in prospettiva comparata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024; A. PAPA (a cura di), *La regolazione dell'Intelligenza Artificiale nei processi decisionali. Opportunità, rischi, bilanciamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

Qui (si badi) non si allude solo al rischio di trasformazioni alteranti l'esperienza fisica con i beni culturali, ma si intende evidenziare il carattere infungibile del diritto di godimento del patrimonio culturale che è (senza dubbio) tra i diritti inviolabili dell'uomo concorrenti «alla formazione della sua personalità»²⁸⁸. Calati in quest'ottica, in realtà, non sarebbe difficile intuire il rischio celato nella strisciante tendenza ordinamentale protesa a considerare “surrogabili” la fruizione fisica e la sperimentazione virtuale della cultura: perché il *trend* in sostanza potrebbe produrre (via via) effetti distorti per la crescita umana di tutte quelle persone “indotte” a credere nell'equivalenza tra esercizio digitale ed analogico del diritto di accesso e godimento di ogni bene culturale.

Ciò (a ben riflettere) finirebbe - per conseguenza - per compromettere l'eguaglianza («sostanziale»²⁸⁹) tra le posizioni dei cittadini nella Repubblica italiana: poiché si creerebbe una (surrettizia) distinzione tra chi più fortunatamente avesse le disponibilità ed i mezzi per il contatto fisico e diretto con il patrimonio culturale e tutti quanti gli altri cittadini (purtroppo) limitati ed “appiattiti” ad un godimento virtuale degli stessi beni (digitalizzati).

Per giunta, il fenomeno di utilizzo delle Intelligenze Artificiali nel campo dei servizi culturali sottende non soltanto dei pericoli per l'autentica e genuina formazione della personalità di ogni uomo (oltre al rischio di riconnesse genesi di discriminazioni tra le sfere giuridiche dei cittadini) ma all'unisono andrebbe considerata pure l'essenziale esigenza della tutela di altri diritti fondamentali comprimibili dall'Intelligenza Artificiale: a mero titolo esemplificativo (e come nient'altro di un quadro sommario) si potrebbe pensare

²⁸⁸ A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coniugio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, p. 27.

²⁸⁹ Nell'ampia letteratura esistente sul principio di eguaglianza nell'ordinamento appare essenziale - quanto meno - rimandare (senza alcuna - velleitaria - pretesa di esaustività nel riferimento) alle brillanti analisi di L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1966; A. CERRI, *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/1971, pp. 973-988; U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, n. 4/1973, pp. 1289-1330; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, Giuffrè, 1976; N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, il Mulino, 1978; A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'eguaglianza. Il principio etico e la norma giuridica nella vita reale*, Roma, Editori Riuniti, 1983; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, Cedam, 1984; M. AINIS, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1992, pp. 582-608; N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995; A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005; P. BIANCHI - S. PANIZZA (a cura di), *Quaderni sul principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, 2008; S. GAMBINO, *Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: limiti costituzionali al federalismo fiscale*, in *Politica del Diritto*, n. 1/2009, pp. 3-43; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2011, pp. 249-292; D. FLORENZANO - D. BORGONOVO RE - F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2012; G. P. DOLSO, *Osservazioni sul rapporto tra principio di eguaglianza e ordinamento regionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2012, pp. 415-431; A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'eguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale, Atti del Convegno di Campobasso 19-20 giugno 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2016; S. CASSESE, *L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia*, n. 1/2017, pp. 5-13; L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2018; A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, pp. 17-102.

all'imprescindibile assicurazione del diritto alla salute (*in primis*), alla delicata tutela del diritto alla *privacy* ed alla protezione dei dati personali, alla garanzia del diritto all'oblio o del diritto di non discriminazione, fino ad un'indispensabile cura effettiva del «diritto fondamentale a non essere “colpiti” da decisioni “esclusivamente” algoritmiche»²⁹⁰. Ma ci si riferisce (come detto) ad un'elencazione - qui - puramente esemplificativa (e non affatto esaustiva).

Il problema è che l'ardua circoscrivibilità teorica dei diritti fondamentali vulnerabili rispetto all'uso delle Intelligenze Artificiali nel patrimonio culturale oggi si combina con le concrete fragilità caratterizzanti (di fatto) l'organizzazione e l'attività di tante Amministrazioni Pubbliche competenti nei servizi culturali: per il vero, se scavassimo (energicamente) a fondo scopriremmo - tuttora - l'esistenza in Italia di più di qualche Amministrazione impreparata ad assolvere il compito di una tutela ottimale dei diritti vantabili (sulla carta) dai fruitori del servizio digitalizzato per la cultura.

Questo dato non è solo empirico ed intrecciato all'attuale *status* di carenza delle risorse (soprattutto, di adeguato personale) che condiziona l'esercizio delle funzioni di tante Amministrazioni culturali: perché il punto risulta suffragato purtroppo da una vistosa e palpabile lacuna normativa in materia di disciplina delle Intelligenze Artificiali applicabili al patrimonio culturale.

Infatti, i recenti studi pubblicati dall'attenta dottrina non hanno potuto fare a meno di sottolineare come «sia il piano [nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale] sia le linee guida, sia l'infrastruttura in via di implementazione da parte di IPAC e Digital Library attraverso i cinque bandi per l'individuazione di partners privati finora adottati, sia le regole sull'implementazione di attività e servizi museali basati su algoritmi da parte delle istituzioni museali, non siano coerenti con l'approccio del rischio, ad esempio in ordine alla prevenzione e gestione dei bias nell'apprendimento o in ordine all'analisi preventiva di impatto, che [invece] sono richiesti dal regolamento europeo»²⁹¹ 2024/1689, in materia, conosciuto con l'acronimo di «AI Act»²⁹².

Non si deve sottacere - in particolare - come l'attuale disciplina normativa (ed il conseguente assetto amministrativo) per le funzioni di digitalizzazione dei beni culturali presti il fianco alla gravissima nonché

²⁹⁰ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2019, p. 1175.

²⁹¹ L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, p. 1355.

²⁹² *Ex multis* (in dottrina) si confrontino le analisi offerte nei preziosi contributi di G. LO SAPIO, *L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in *Federalismi.it*, n.16/2024, pp. 265-290; V. DE SANTIS, *Identità e persona all'epoca dell'intelligenza artificiale: riflessioni a partire dall'LA "Act"*, in *Federalismi.it*, n. 19/2024, pp. 137-168; G. MOBILIO, *Libertà di religione e intelligenza artificiale: le risposte e i limiti del nuovo AI Act*, in *Coscienza e Libertà*, n. 68/2024, pp. 89-99; F. DONATI, *La protezione dei diritti fondamentali nel Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2025, pp. 1-20; C. PINELLI, *L'AI Act: gestione del rischio e tutela dei diritti*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2/2025, pp. 452-457; G. CLEMENTE DI SAN LUCA - M. PALADINO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2025, pp. 106-143; L. COTINO HUESO - D. U. GALETTA, *The European Union Artificial Intelligence Act. A Systematic Commentary*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025; M. OROFINO, *Obiettivi, ambito di applicazione e principi fondamentali dell'AI Act*, in F. PIZZETTI - S. CALZOLAIO - A. IANNUZZI - E. LONGO - M. OROFINO, *La regolazione europea dell'intelligenza artificiale nella società digitale*, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 33-62.

lapalissiana «manca[nza di] un riferimento alla necessità di una classificazione dei servizi [digitali] sulla base del rischio e [oltre tutto vi è] la [assenza di una] connessione della maturità digitale delle istituzioni culturali con l'implementazione di tecniche di governo del rischio, basate sull'elaborazione di esaustive valutazioni d'impatto»²⁹³.

Ad una buona vista non sfugge (insomma) come l'attuale disciplina normativa per la digitalizzazione dei beni culturali soffra la deficienza di un punto “nevralgico” per l'applicazione delle Intelligenze Artificiali: perché (si badi) «non viene sviluppato un approccio del rischio coerente con il regolamento n. 1689 del 2024»²⁹⁴ dell'Unione Europea.

Né si ha l'impressione che i Disegni di Legge sull'Intelligenza Artificiale ad oggi in corso di esame presso il Parlamento italiano stiano tentando di colmare realmente la lacuna evidenziata²⁹⁵ nonché evidenziabile: ed all'unisono anche la più attenta dottrina soffermatasi in materia ha (infatti) stigmatizzato l'insipienza del legislatore che «non introduce principi generali specifici per il settore della cultura e del patrimonio culturale»²⁹⁶.

Di banale intuibilità sono le conseguenze nocive per la sfera delle persone attualmente a “contatto” con le Intelligenze Artificiali applicate al patrimonio culturale.

7. Il quinto “male”: l'informatizzazione tecnologica come sottile viatico di una promiscuità giuridica tra il riconoscimento culturale di un bene digitalizzato ed il piano delle tutele industriali.

È palese che la dichiarazione di “interesse culturale” di un bene persegua finalità estremamente diverse rispetto a quelle realizzabili dagli istituti nell'ordinamento funzionali alla garanzia delle tutele industriali per i beni in commercio: d'altronde, una cosa sono gli interessi culturali ed altra cosa costituiscono gli interessi commerciali.

Eppure, gli effetti di digitalizzazione e diffusione telematica dei cespiti del patrimonio culturale presente sul mercato (come per la tutela e la valorizzazione di tante opere artigianali od agroalimentari nel Paese) possono di fatto “surrogare” in modo indiretto (ed efficace) le garanzie prodotte da alcuni titoli tipici del diritto di proprietà industriale. Fra tutti gli esempi possibili basterebbe - solo - pensare alla nota vicenda

²⁹³ L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, p. 1356.

²⁹⁴ L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, p. 1357.

²⁹⁵ In particolare, merita di essere (qui) segnalata la presenza del Disegno di Legge presso il Senato della Repubblica italiana n. 1146-B della XIX Legislatura (rubricato «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di Intelligenza Artificiale»). Per quel che interessa in questa sede il sopracitato Disegno di Legge si contraddistingue per i suoi articoli 24 e 25 (rispettivamente rubricati «Deleghe al Governo in materia di Intelligenza Artificiale» e «Tutela del diritto d'autore delle opere generate con l'ausilio dell'Intelligenza Artificiale»). Purtroppo, come evidenziato dall'attenta dottrina, il testo «non introduce principi generali specifici per il settore della cultura e del patrimonio culturale» L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, p. 1360.

²⁹⁶ L. FERRARA, *Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni*, in *Amministrativamente*, n. 4/2024, p. 1360.

del «Tocai friulano»²⁹⁷. Questo vino sul piano del diritto commerciale ha infatti dovuto cedere il passo alla denominazione tipica del vino *doc* ungherese *tokaj*; ma le forme di riconoscimento e di valorizzazione normativa dischiuse nelle “*Strade del Vino e dei Sapori*” della Regione Friuli-Venezia Giulia (attraverso le disposizioni della Legge regionale del 25 settembre 2015, n. 22) hanno (in concretezza) realizzato dei risultati equivalenti (se non migliori) per la “notorietà” del Tocai friulano rispetto agli effetti producibili dal «tipo» di tutela industriale della denominazione di qualità del bene vitivinicolo in questione²⁹⁸.

Si tratta di un *trend* che è andato notevolmente consolidandosi ed ampliandosi grazie alla portata delle nuove tecnologie di comunicazione e (soprattutto) per merito del recente utilizzo degli strumenti digitali nel campo della valorizzazione (“culturale”) del pregiato Tocai friulano: un vino che oggi è molto più conosciuto di prima in Italia ed in Europa (sebbene non possa dirsi in verità che il risultato ottenuto sia dipeso dagli istituti del diritto industriale).

Ma gli esempi di questo tenore potrebbero qui continuare ad oltranza.

Per dare solo un’idea a tutto tondo delle esemplificazioni sarebbe ulteriormente possibile immaginare la portata dei concreti effetti commerciali prodotti sul mercato dal riconoscimento delle antichissime tradizioni campanarie di Agnone (Città delle Campane) come «beni» del patrimonio UNESCO²⁹⁹, giacché in maniera indiretta ciò ha consolidato lo sviluppo produttivo di questa categoria merceologica in Italia e soprattutto nel mondo, oppure si potrebbe - ancora - riflettere sulle smisurate potenzialità industriali di fatto celate nei riconoscimenti delle stupende colline del prosecco di Conegliano e Valdobbiadene come patrimonio dell’umanità.

In effetti, agli occhi di una persona fruitrice di beni valorizzati attraverso la digitalizzazione ed in sostanza “pubblicizzati” per scopi culturali in realtà nulla cambia se quei beni non risultassero essere coperti da tutele industriali: queste ultime (peraltro) sono spesso sconosciute alla media dei consumatori, mentre molto più note risultano le politiche e le attività di promozione e di valorizzazione dei beni di “interesse culturale”.

²⁹⁷ Per un’analisi sul punto sia consentito il riferimento ad A. MITROTTI, “*Col tocai non si sbaglia mai*”: quando il vino è espressione di cultura identitaria, in *Rivista di Diritto alimentare*, n. 1/2019, pp. 50-59.

²⁹⁸ Sulla duplice “natura” commerciale e culturale dei prodotti ad indicazione geografica protetta si confrontino, in particolare, le analisi sviluppate nel pregevole contributo di R. PALMA, *Agro-ecologia e indicazioni geografiche tra magia e razionalità nel diritto dell’UE e dell’OMC: “reinventare” le designazioni d’origine per preservare l’economia rurale, il patrimonio culturale e l’ambiente*, in *Rivista di Diritto industriale*, n. 6/2017, pp. 265-312.

²⁹⁹ Ad Agnone è emblematica l’esperienza della «Pontificia Fonderia di Campane Marinelli» che al contempo è sia una rinomata attività produttiva (e restauratrice) di Campanili sia un museo di testimonianze di beni materiali ed immateriali di grande interesse culturale (in Italia e nel mondo). Il che suggella un’affascinante commistione in cui non è semplice tagliare con l’accetta dove finisca la cultura e dove inizi l’industria. Anche per questo si tratta (qui) di un caso paradigmatico assai significativo nel Patrimonio della Nazione: soprattutto in riferimento agli effetti (di fatto) prodotti della pertinente digitalizzazione.

Le conseguenze ordinamentali sono però pericolose: perché creano degli ambigui effetti di promiscuità giuridica tra il piano di riconoscimento e di valorizzazione culturale di un bene digitalizzato ed il distinto profilo delle tutele industriali di quel bene stesso che di fatto rischia di precipitare nelle «confusioni»³⁰⁰ tra i differenti interessi della cultura e del commercio industriale³⁰¹.

8. Osservazioni conclusive.

Dalle riflessioni offerte sinora - in quest'analisi di diritto pubblico sulla digitalizzazione del patrimonio culturale - è forte l'auspicio di aver realizzato il principale scopo che ci si era prefissi di raggiungere ossia la "scoperta" (nel senso di una messa a nudo) dell'esistenza (reale) di traiettorie giuridiche non univoche (ed alquanto ambivalenti, in prospettiva) all'interno del percorso di rivoluzione digitale per la cura degli interessi culturali nel Paese (interessi - non si dimentichi, mai - ontologicamente pluralistici).

Dietro la riproduzione virtuale di un bene culturale (purtroppo) si nascondono conseguenze eterogenee per l'ordinamento dei beni culturali: infatti non ci sono "solo" degli effetti positivi nel *trend* di rivoluzione della cultura sempre più digitalizzata, ma la verità che non si può (e non si deve) sottacere è l'insorgenza ordinamentale di verosimili ripercussioni negative.

Qui, non si mette in dubbio l'enorme forza della digitalizzazione nel creare reti e sistemi di vantaggio per la rapida diffusione virtuale (e per la condivisione in Europa ed in tutto il mondo) del patrimonio culturale («comune») europeo: né si ignorano le poderose capacità dei mezzi digitali, specialmente, nel garantire una più ampia (ed agevole) fruibilità dei beni culturali.

Le nuove tecnologie possono (infatti) "creare" un contatto digitale con una platea più vasta (e pressoché universale) rispetto allo *standard* analogico dei classici fruitori del patrimonio culturale.

³⁰⁰ Ovviamente, qui si ha piena consapevolezza della complessità e della notevole estensione dei profili dischiusi nel ventaglio dei rapporti tra le tutele industriali e le "tutele" culturali del patrimonio della Nazione.

Il punto meriterebbe, senza dubbio, un approfondimento monografico *ad hoc* (in separata sede). Giacché si tratta di mettere il dito in una vera e propria piaga dell'ordinamento italiano: al riguardo evocante degli scenari suscettibili di analisi profonde che ad oggi (però) ci sembrano pressoché inesplorate dalla dottrina, soprattutto per quanto attiene alle questioni relative agli istituti di disciplina del diritto industriale oggetto di materiali sovrapposizioni (ed interferenze) con l'impianto del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Dal che si aprirebbe lo squarcio verso la prospettiva scientifica di ricerche assai preziose, utili particolarmente al fine di scandagliare le tangibili implicazioni reciproche tra le tutele industriali e le garanzie culturali del patrimonio nazionale: con notevoli ricadute sul piano giuridico ed economico delle risorse nel Paese (anche in chiave di un'ambita - e ricercata - sostenibilità economica, sociale, ambientale e - nondimeno - culturale).

³⁰¹ Già da diversi anni - d'altro canto - l'autorevole dottrina in materia ha tenuto ad osservare (con acume) che «se l'implicito presupposto per la dichiarazione di interesse culturale di una cosa, nell'ordinamento italiano, è che si tratti di una cosa non riprodotta in serie (con una minima eccezione per le collezioni di monete, che comunque devono evidenziare, come tali, un "interesse culturale eccezionale"), oggi siamo in presenza di una mostra che presenta oggetti originali ma riprodotti in serie industriale» A. L. TARASCO, *Il design quale testimonianza della civiltà italiana nel mondo*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 2/2017, p. 2 (anche consultabile telematicamente sul sito della Rivista [Aedon](http://Aedon.it)).

Ma, ciò è tanto vero quanto vere e reali sono al contempo le conseguenze negative in concreto derivanti dal fenomeno di digitalizzazione dei beni culturali.

I pericoli del mondo “virtuale” per la socialità umana su cui si fonda ogni ordinamento giuridico sono (di fatto) palpabili (e sensibili) nel campo della digitalizzazione dei beni culturali.

D'altronde, con estrema facilità può cogliersi la fisionomia del ventaglio dei mali culturali derivanti dalla digitalizzazione: a partire dalla rottura dei legami “viventi” tra la fisicità di ogni bene ed il pertinente luogo di tradizionale «memoria» e di conservazione locale (con effetti nocivi per il *genius loci*, per la culturalità dell'interesse tutelato e per il fondamentale pluralismo nella Repubblica italiana), passando per i rischi elevatissimi di alterazioni digitali dell'autenticità dell'interesse culturale oggetto di tutela giuridica, fino a considerare tutto il peso tecnico ed economico del consolidato ricorso da parte delle Amministrazioni Pubbliche all'esternalizzazione dei servizi digitali per il patrimonio culturale (gravato da patologici oneri che frantumano il mito di una sostenibilità digitale) e senza dimenticare mai la lapalissiana vulnerabilità dei diritti fondamentali dell'uomo al cospetto delle odierne applicazioni ordinamentali dell'Intelligenza Artificiale sui beni culturali.

Tutto ciò viene sostanziandosi (peraltro) a tacere dell'enorme confusione - in concreto - prodotta dalle nuove tecnologie di comunicazione tra il piano del riconoscimento culturale di un bene protagonista di «esposizione» (e diffusione) digitale ed il distinto profilo delle tutele industriali di quel bene stesso che - di fatto - finisce per precipitare nella promiscuità giuridica tra i differenti interessi “culturali” e “commerciali”.

Insomma, d'ora in poi sarebbe prudente (ed opportuno) non esaltare e sopravvalutare troppo la portata degli effetti positivi della digitalizzazione per i beni culturali che meritano (in realtà) di essere considerati (e disciplinati) finanche alla luce dei fronteggiabili effetti negativi nell'ordinamento: ciò vale a maggior ragione dinanzi all'interpretazione del fenomeno secondo i classici canoni caratterizzanti il «metodo» scientifico di uno studioso del diritto pubblico italiano³⁰².

³⁰² Non si tratta di pura teoria ma (all'opposto) di necessaria metodologia giuridica indispensabile per poter cogliere la complessità delle fattispecie presenti e future del diritto dei beni culturali digitalizzati nella Repubblica italiana. A tal proposito (nell'affrontare i complessi profili dischiusi nella digitalizzazione del patrimonio culturale) si ritiene di condividere le riflessioni di quell'autorevole parte della dottrina pubblicistica che (ragionando circa il “metodo” da dover seguire negli studi del diritto pubblico) esorta vivamente il giurista a non «intendere la divisione del lavoro scientifico nel senso che occorra lasciare le analisi politologiche del diritto agli studiosi di scienze politiche e quelle economiche del diritto agli economisti. Una divisione di questo tipo finirebbe per ricreare steccati disciplinari, dopo il dovuto riconoscimento dei valori reciproci [...] non si studiano materie od oggetti, ma problemi, e questi ultimi vanno inseguiti al di là delle divisioni disciplinari, sarà allora il problema a dettare il metodo. Saranno le domande a guidare i metodi» S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2006, p. 611. Per giunta è sufficiente - qui - limitarsi ad una rassegna della letteratura maturata nell'ultimo decennio per accorgersi della forte ricchezza metodologica caratterizzante le riflessioni della dottrina italiana di diritto pubblico: in particolare appare significativo rimandare (senza pretese di esaustività nei riferimenti) ai contributi di R. NANIA, *Su alcune questioni di metodo nell'insegnamento del diritto pubblico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2014, pp. 1-7; G. DELLA CANANEA, *Diritto (pubblico) e verità*, in G. DALLA TORRE - C. MIRABELLI (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25 Anniversario della consacrazione episcopale*, Città del

Forse, della presenza dei “mali” culturali all’interno della digitalizzazione del patrimonio nazionale inizia ad esservi un sentore (latente) nell’ordinamento italiano: infatti non può essere considerata (“soltanto”) una - mera - casualità che il D.P.C.M. del 2 dicembre 2019, n. 169, sia stato formalmente abrogato dal più recente D.P.C.M. del 15 marzo 2024, n. 57.

In particolare, il primo comma *ex articolo* 41 del D.P.C.M. del 15 marzo 2024, n. 57, ha disposto che «*dalla data di entrata in vigore del presente regolamento sono abrogati il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 dicembre 2019, n. 169, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 giugno 2021, n. 123, e il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 ottobre 2023, n. 167. Fino all’adozione dei corrispondenti Decreti di cui all’articolo 40, comma 2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, del D.P.C.M. n. 169 del 2019*».

In sostanza, la delineata disciplina sull’“Istituto centrale per la digitalizzazione del patrimonio culturale (*Digital Library*)” è stata fatta salva transitoriamente (ovverosia) fino all’adozione dei “nuovi” Decreti con i quali il Ministero della Cultura provvederà in concreto all’individuazione degli uffici di livello dirigenziale non generale (sia centrali che periferici) ed alla connessa distribuzione dei predetti uffici tra le strutture di livello dirigenziale generale: con la puntuale definizione dei pertinenti compiti e funzioni, compresa (si badi) la riorganizzazione e la “ridefinizione” delle attività e dei poteri funzionali in capo agli uffici dotati di autonomia speciale (proprio com’è l’attuale *Digital Library*).

Insomma, è forte l’auspicio che la ‘nuova’ organizzazione ministeriale in atto costituisca l’occasione per una più consapevole disciplina delle attività di digitalizzazione dei beni culturali: nella speranza che una pragmatica esperienza e verifica delle varie criticità ossia delle lacune (oltre che dei pregi) del fenomeno digitale per i beni culturali induca - via via - il legislatore a concentrare le attenzioni nell’elaborazione di contenuti normativi più calati sull’effettiva realtà vivente del patrimonio culturale che non è suscettibile di essere sottoposto ad identici, omogenei ed uniformanti canoni riproduttivi.

La realizzazione dei summenzionati auspici sarebbe - assai - importante, soprattutto al fine di “mitigare” (e preferibilmente di risolvere) le conseguenze negative ovverosia i “mali” culturali della digitalizzazione del patrimonio della Nazione.

A nostro avviso, per esempio, una prima strada percorribile potrebbe essere l’introduzione di percorsi educativi e di offerte di didattica scolastica (ed universitaria) tendenti verso la costruzione di una solida

Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2014, pp. 227-240; F. PEDRINI, *Santi Romano e l’interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico*, in *Jura Gentium*, n. 2/2018, pp. 79-113; V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, Cacucci Editore, 2018; F. CORTESE - C. CARUSO - S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel Diritto Pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020; M. MASSA, *Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di una prospettiva storicista sul diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2021, pp. 277-299; C. E. GALLO, *Il metodo giuridico nella riflessione di Ignazio Maria Marino*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2023, pp. 309-326; S. CASSESE, *Varcare le frontiere*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2023, pp. 1055-1069; V. FERRANTE, *Una lezione di metodo: l’opera di Umberto Romagnoli*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1/2024, pp. 5-16.

prospettiva mirata a formare i più giovani sui pregi reali e sui “difetti” concreti dell’utilizzo degli strumenti digitali (e delle applicazioni di Intelligenza Artificiale) nel campo dei beni culturali.

Del resto, proprio l’educazione e la formazione costituiscono elementi della cultura (*ex articolo 9*, primo comma, della Costituzione) che da sempre è indispensabile presupposto (giuridico, sociale e politico) per cogliere tanto il riconoscimento della culturalità di un bene quanto l’evoluzione (sempre più rapida) della crescita scientifica e tecnologica nella Repubblica: sicché formare le nuove generazioni potrebbe, forse, rappresentare il primo passo fondamentale per iniziare a colmare le distanze tra tecnica digitale e conoscenze umanistiche dei beni culturali. Con l’augurio che ciò incarni nell’ordinamento il germoglio della nascita di anticorpi ed antidoti efficaci per i mali culturali del fenomeno digitale (in atto) all’interno del patrimonio della Nazione.

Vingt ans de diplomatie démocratique Onusienne: Le Fonds des Nations Unies pour la Démocratie à l'épreuve du droit international public *

di Francesco Seatzu

Professeur titulaire de Droit international
Université de Cagliari

Abstract [Fr]: Vingt ans après sa création à l'initiative de Kofi Annan, le Fonds des Nations Unies pour la démocratie (UNDEF) conserve une position paradoxale : tout en promouvant la démocratie par un soutien direct à la société civile, il reste juridiquement marginal et politiquement contesté. Cet article examine le statut, le fonctionnement et la portée normative de l'UNDEF à la lumière du droit international et des dynamiques géopolitiques actuelles. Né sans traité constitutif ni base conventionnelle, à partir d'une déclaration politique du Sommet mondial de 2005, le Fonds présente une nature hybride, suscitant des tensions sur sa légitimité et son autorité. Financé par des contributions volontaires et s'adressant à des acteurs infra-étatiques, il s'écarte de la logique intergouvernementale traditionnelle, alimentant les doutes sur son statut. Malgré des centaines de micro-projets dans plus de cent pays, son impact reste limité en raison du manque d'indicateurs solides, d'un suivi incohérent et de l'absence d'intégration dans des réformes structurelles. L'UNDEF joue néanmoins un rôle discursif important, diffusant une conception libérale de la démocratie qui influe sur les rapports entre souveraineté et légitimité internationale. Cela soulève des interrogations sur l'universalité du paradigme démocratique, le pluralisme politique et la frontière entre soutien et ingérence. Sans redéfinition conceptuelle et politique de son mandat, le Fonds risque de rester un acteur périphérique : symboliquement utile mais structurellement faible.

Titolo: Vent'anni di diplomazia democratica Onusiana: il Fondo delle Nazioni Unite per la Democrazia alla prova del diritto internazionale pubblico.

Abstract [It]: Vent'anni dopo la sua creazione su iniziativa di Kofi Annan, il Fondo delle Nazioni Unite per la Democrazia (UNDEF) conserva una posizione paradossale: pur promuovendo la democrazia tramite il sostegno diretto alla società civile, resta giuridicamente marginale e politicamente contestato. L'articolo analizza statuto, funzionamento e portata normativa dell'UNDEF alla luce del diritto internazionale e delle attuali dinamiche geopolitiche. Nato senza trattato costitutivo né base convenzionale, da una dichiarazione politica del Vertice mondiale 2005, il Fondo ha natura ibrida, sollevando tensioni su legittimità e autorità. Finanziato da contributi volontari e rivolto ad attori infra-statali, si discosta dalla logica intergovernativa, alimentando dubbi sullo status. Nonostante centinaia di micro-progetti in oltre cento paesi, l'impatto è limitato da carenza di indicatori, monitoraggio incoerente e mancata integrazione in riforme strutturali. L'UNDEF svolge però un ruolo discorsivo rilevante, diffondendo una concezione liberale della democrazia che incide sui rapporti tra sovranità e legittimità internazionale. Ciò apre interrogativi su universalità del paradigma democratico, pluralismo politico e confine tra sostegno e ingerenza. Senza una ridefinizione concettuale e politica del mandato, il Fondo rischia di restare un attore periferico: simbolicamente utile ma strutturalmente debole.

Title: Twenty Years of UN Democratic Diplomacy: The United Nations Democracy Fund Tested by Public International Law.

Abstract [En]: Twenty years after its creation at the initiative of Kofi Annan, the United Nations Democracy Fund (UNDEF) retains a paradoxical position: while promoting democracy through direct support to civil society, it remains legally marginal and politically contested. This article examines UNDEF's statute, functioning, and normative scope in light of international law and current geopolitical dynamics. Established without a constitutive treaty or conventional basis, from a political declaration at the 2005 World Summit, the Fund has a hybrid nature, raising tensions over legitimacy and authority. Funded by voluntary contributions and targeting sub-state actors, it

* Articolo sottoposto a referaggio.

departs from the traditional intergovernmental logic, fueling doubts about its status. Despite hundreds of micro-projects in over one hundred countries, its impact is limited by the lack of robust indicators, inconsistent monitoring, and failure to integrate into structural reforms. UNDEF nonetheless plays a significant discursive role, promoting a liberal conception of democracy that shapes relations between sovereignty and international legitimacy. This raises questions about the universality of the democratic paradigm, political pluralism, and the boundary between support and interference. Without a conceptual and political redefinition of its mandate, the Fund risks remaining a peripheral actor: symbolically useful but structurally weak.

Mots-Clés: Démocratie, multilatéralisme, société civile, souveraineté, normativité, institutions internationales, légitimité, gouvernance, participation citoyenne, instrumentalisation normative.

Parole chiave: Democrazia, multilateralismo, società civile, sovranità, normatività, istituzioni internazionali, legittimità, governance, partecipazione civica, strumentalizzazione normativa.

Keywords: Democracy, multilateralism, civil society, sovereignty, normativity, international institutions, legitimacy, governance, citizen participation, normative instrumentalization.

Sommario: 1. Introduction - 2. Une institution juridiquement incertaine à la croisée des logiques NORMATIVES ET multilatér. 2.1. Un mandat sans assise conventionnelle: une fracture avec les exigences de légalité en droit international institutionnel. 2.2. Une tension structurelle entre universalisme démocratique et souveraineté des États. 3. Un bilan critique à l'horizon 2025: entre performances limitées et fonction idéologique. 3.1. Deux décennies de micro-projets: impact restreint, ambitions globales. 4. Conclusion. 4.1. Le FNUD, entre innovation institutionnelle et impasse normative. 4.2. Vers une réforme juridique de la FNUD: pistes institutionnelles et instruments normatifs.

'Democracy works when there are two deciding and one is sick'
(Winston Churchill)

1. Introduction

Deux décennies après sa création en 2005, grâce à l'initiative du Secrétaire Générale Kofi Annan, le Fonds des Nations Unies pour la Démocratie (FNUD)¹ reste un exemple unique, voire audacieux, de promotion de la démocratie sans recourir à la coercition.² Son approche se concentre principalement sur le renforcement des capacités de la société civile. À ce titre, la FNUD s'inscrit dans une lignée d'initiatives multilatérales qui visent à faire de la démocratie un sujet d'action internationale légitime, tout en évitant les instruments juridiquement contraignants et les conditions explicites.³ En se concentrant sur les acteurs infra-étatiques, la FNUD adopte une méthode indirecte pour favoriser la démocratisation, en mettant l'accent sur la participation citoyenne, la transparence institutionnelle et la responsabilité locale, plutôt que sur des réformes constitutionnelles ou des changements dans les systèmes politiques formels.

Conçu comme un véritable soutien aux initiatives démocratiques locales, la FNUD se démarque dans le paysage onusien grâce à son approche ascendante. Ce positionnement illustre une évolution plus large du rôle des fonds et programmes des Nations Unies en matière de droits de l'homme et de développement.

¹ Des informations complémentaires sur le Fonds et ses activités peuvent être consultées sur le site officiel à l'adresse suivante:

<https://www.un.org/ruleoflaw/fr/un-and-the-rule-of-law/united-nations-democracy-fund/>

² Amplius, voir P. SCHMITTER, T. LYNN KARL, *What democracy is... and is not*, in *Journal of Democracy*, n. 3, 1991, p. 75.

³ Voir e.g. D. SLOSS, *Using International Law to Enhance Democracy*, in *Va. J. Int'l L.*, n. 46, 2006, p. 1 ff; A.-M. SLAUGHTER, *Building Global Democracy*, in *Chicago Journal of International Law*, n. 1, 2000, p. 223.

On observe un accent croissant sur le soutien aux processus participatifs, à la transparence institutionnelle et à la responsabilité politique. Depuis la Déclaration du Millénaire en 2000⁴ et l'adoption des Objectifs de développement durable (ODD) en 2015,⁵ les institutions onusiennes ont réorienté une partie de leurs actions vers des approches inclusives du développement.⁶ Celles-ci reconnaissent le lien essentiel entre gouvernance démocratique, droits humains et développement durable. Ce changement s'accompagne d'une transformation conceptuelle significative: la démocratie n'est plus perçue uniquement comme un idéal politique abstrait ou une fin en soi,⁷ mais de plus en plus comme un outil pratique pour renforcer l'efficacité, la résilience institutionnelle⁸ et la légitimité des politiques publiques.⁹ Elle est considérée comme un élément essentiel pour assurer une bonne gouvernance, surtout dans des situations de développement, de renforcement de la paix ou de transition après un conflit.¹⁰ Ce changement met en lumière une utilisation croissante de la démocratie, qui n'est plus seulement vue comme l'expression d'une souveraineté populaire ou comme le reflet de libertés politiques fondamentales. Elle est désormais perçue comme un moyen d'assurer une efficacité administrative, une stabilité institutionnelle et une résilience sociale.¹¹ Cette transformation conceptuelle s'inscrit dans une tendance plus large, soutenue par des organisations internationales et des bailleurs de fonds, qui cherchent à justifier la démocratie non pas par sa légitimité intrinsèque, mais par ses performances en matière de gouvernance et de gestion efficace des politiques publiques.¹²

⁴ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Déclaration du Millénaire*, A/RES/55/2, 8 septembre 2000. Pour un commentaire de la Déclaration, voir par exemple: S. SHETTY, *Millennium Declaration and Development Goals: Opportunities for Human Rights*, in *Sur – Revue internationale des droits de l'homme*, n. 2, 2005, p. 6; S. DE GRUCHY, *Introducing the United Nations Millennium Declaration*, in *Journal of Theology for Southern Africa*, n. 110, 2001, p. 57.

⁵ ONU, Rés. A/RES/70/1, 25 sept. 2015, *Transformer notre monde: le Programme de développement durable à l'horizon 2030*. Pour un commentaire des Objectifs, voir F. EGIL, *Les Objectifs de développement durable, nouveau «palais de cristal»*, in *Politique africaine*, n. 140, 2015, pp. 99-120; G. HUBERT, S. DOS SANTOS, B. GASTINEAU, *Présentation. Des Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) aux Objectifs de développement durable (ODD): la problématique des indicateurs*, in *Monde en développement*, n. 174, 2016, pp. 7-14.

⁶ Amplius, voir T. POGGE, *The first United Nations millennium development goal: a cause for celebration?*, in *Journal of Human Development*, n. 5, 2004, pp. 377-397; J. VANDEMOORTELE, *Are the MDGs feasible?*, in R. BLACK, H. WHITE (eds), *Targeting Development: Critical Perspectives on the Millennium Development Goals and International Development Targets*, Routledge, London, 2002, p. 10 ff.

⁷ Voir e.g. J. D'ASPREMONT, *L'État et la démocratie en droit international*, Pedone, Paris, 2008, p.1 ff.

⁸ Voir D. KOKOROKO, *Souveraineté étatique et principe de légitimité démocratique*, in *Revue québécoise de droit international*, n. 16, 2003, pp. 37-59.

⁹ Amplius, voir F. FUKUYAMA, *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*, Straus, Farrar, 2014; O. DE FROUVILLE, *Une conception de la démocratie du droit international*, in *Revue européenne des sciences sociales*, n. 3, 2001, p.107 ff.

¹⁰ Voir M.M. MBENGUE, *La démocratie comme outil de réformes des organisations internationales?*, in M.C. RUNAVOT (dir.), *La démocratie appliquée au droit international: de quoi parle-t-on?*, in *Actes de la journée d'études Université de Cergy-Pontoise*, Pedone, Paris, 2018, p.154. Voir également T. CAROTHERS, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1999.

¹¹ Amplius, voir M.C. RUNAVOT (dir.), *La démocratie appliquée au droit international: de quoi parle-t-on?*, Pedone, Paris, 2018.

¹² Voir N. BUENO, *Le droit de prendre son destin en main: le droit international de la démocratie et l'avenir des droits politiques*. Stämpfli Verlag, Berlin, 2015. Voir également T. BLAISE, *La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance*, in *Annuaire français de droit international*, n. 54, 2008, pp. 515-528.

Dans ce contexte, des programmes et fonds des Nations Unies, comme la FNUD, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD),¹³ le Fonds des Nations Unies pour la population (FNUAP)¹⁴ et le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH)¹⁵, ont progressivement intégré des volets clairs sur le renforcement des capacités institutionnelles, la participation citoyenne, la lutte contre la corruption et le soutien aux médias indépendants dans leurs actions.¹⁶ Cette évolution se traduit par une diversification des domaines d'intervention, qui vont au-delà des missions traditionnelles d'assistance technique ou humanitaire, pour inclure des initiatives plus directement liées à la gouvernance démocratique. Par exemple, la FNUD a mis en place des programmes pour soutenir la réforme des administrations électorales dans des pays en transition, comme le Burkina Faso ou le Liban, en fournissant des outils numériques pour l'enregistrement des électeurs et la transparence des résultats.¹⁷ Le FNUD a intégré dans ses campagnes de sensibilisation à la santé reproductive des modules qui abordent les droits des femmes, la participation des communautés aux décisions sanitaires, et l'autonomisation des jeunes filles dans des contextes post-conflit.¹⁸ De son côté, le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) intervient régulièrement en offrant des assistances juridiques et des formations aux institutions nationales des droits de l'homme (INDH),¹⁹ tout en soutenant des plateformes de dialogue entre les autorités publiques et la société civile. Enfin, le FNUD a soutenu des projets de formation pour les journalistes en Afrique de l'Ouest, la création de plateformes numériques de veille citoyenne en Asie du Sud-Est, et la promotion des budgets participatifs en Amérique latine.²⁰ Ces actions reflètent une vision plus large de la démocratie, qui ne se limite pas simplement à organiser des élections libres. Elles englobent aussi la création d'un environnement propice à la transparence, à la responsabilité des dirigeants, et à l'expression autonome des sociétés civiles.

La FNUD, même avec moins de ressources que des agences comme le PNUD ou l'UNICEF, se concentre vraiment sur la société civile. Elle ne voit pas ces groupes juste comme des partenaires pour exécuter des projets, mais comme des acteurs clés dans la légitimité démocratique. Ce changement de cap s'éloigne des méthodes habituelles qui renforcent les institutions en se basant sur les États. La FNUD

¹³ Voir R. PARIZET, *Chapitre 3. Le PNUD et la fabrique des indicateurs de développement*, in *Les bonnes pratiques des organisations internationales*. Presses de Sciences Po, Paris, 2015, pp. 79-94.

¹⁴ Voir M. MAIETTA, *Origine et évolution des ONG dans le système humanitaire international*, in *Revue internationale et stratégique*, 2015, pp. 53-59.

¹⁵ Voir NATIONS UNIES, *Le HCDH et la démocratie*, <https://www.ohchr.org/fr/democracy>

¹⁶ NATIONS UNIES, *Le HCDH et la participation aux affaires politiques et publiques dans des conditions d'égalité*, <https://www.ohchr.org/fr/equal-participation>

¹⁷ Voir UNDP, *ENSEIGNEMENTS TIRÉS DES ÉVALUATIONS : SOUTIEN DU PNUD AUX PROCESSUS ÉLECTORAUX*, https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2025-03/electoral_processes_fr.pdf

¹⁸ UNDP, *Gender Equality Strategy 2022-2005*.

¹⁹ NATIONS UNIES, *Le HCDH et les institutions nationales des droits de l'homme*.

²⁰ Amplus, voir PNUD, *Ceni et pnud outillent les journalistes sur les bonnes pratiques en matière de vérification des faits*,

mise plutôt sur un changement qui vient de la base, en soutenant directement des acteurs comme les ONG locales, les jeunes, les médias indépendants et les communautés. Ce modèle se veut une alternative à la gouvernance top-down.²¹ Ici, la légitimité ne vient pas seulement des élections, mais aussi de la responsabilité sociale, des espaces de discussions publiques et du pouvoir réel des gens de s'impliquer dans la politique. Cela redéfinit ce que signifie participer légitimement, sans passer par le gouvernement. Mais cette approche a aussi ses zones d'ombre. En évitant les gouvernements, le Fonds prend une décision qui change les règles de légitimité sur la scène mondiale. En se connectant directement avec des acteurs non-gouvernementaux, il remet en question le monopole des États sur la représentation politique. Ce changement n'est pas vraiment soutenu par des règles solides et se retrouve dans un flou où les principes de participation démocratique n'ont pas encore vraiment de valeur légale au niveau international.²² Ainsi, même si cette méthode bottom-up peut permettre de redynamiser la société civile quand les institutions se ferment, elle soulève des questions sur la légitimité du Fonds et les tensions qu'elle crée avec la souveraineté des États. Sans un accord mondial sur un modèle démocratique à suivre, les actions de la FNUD peuvent être vues comme des ingérences, ce qui complique sa mission à l'échelle mondiale.

Ce positionnement représente un changement subtil mais important dans la manière dont l'action de l'ONU est traditionnellement perçue. Dans un contexte international où la notion de démocratie est souvent source de tensions²³ — souvent vue comme une construction occidentale ou un moyen de domination idéologique²⁴ — le FNUD choisit une approche d'intervention indirecte. En se concentrant sur des projets modestes, ciblés et peu visibles politiquement, il s'inscrit dans une stratégie de «démocratisation discrète», évitant ainsi les canaux étatiques officiels et réduisant les risques d'être accusé d'ingérence dans les affaires internes. Cette méthode permet au Fonds d'agir dans des environnements sensibles, voire fermés, où toute mention explicite d'un agenda démocratique pourrait entraîner des réticences, voire des blocages diplomatiques. Elle incarne une approche pragmatique et stratégique: au lieu de défendre la démocratie comme un impératif universel, qui pourrait engendrer des conflits, le FNUD privilégie des actions concrètes — comme l'accès à l'information, la transparence des budgets locaux et la participation des citoyens — considérées comme des «biens publics» difficilement

²¹ Voir J. LEVIT, *Bottom-up international lawmaking: reflections on the new haven school of international law*, in *Yale J. Int'l L.* n. 32, 2007, p. 393 ff; V. Heyvaert, *Levelling down, levelling up, and governing across: three responses to hybridization in international law*, in *European Journal of International Law*, n. 20, 2009, pp. 647-674.

²² Voir J. D'ASPREMONT, Émergence et déclin de la gouvernance démocratique en droit international, in *Revue québécoise de droit international*, n. 22, 2009, pp. 57-80; O. BARSALOU, J. D'ASPREMONT, *L'État non démocratique en droit international. Étude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Pedone, Paris, 2008, in *Revue québécoise de droit international*, n. 21, 2008, pp. 479-485.

²³ Voir e.g. M. CERVERA-MARZAL, *La démocratie sous tension*. In *Tumultes*, 2016, pp. 145-156.

²⁴ Voir e.g. F. GUÉNARD, *La démocratie universelle. Philosophie d'un modèle politique*, in *Le Seuil*, 2016; M. FOURNIER, *La démocratie n'est pas une invention occidentale*, in *Sciences Humaines* n. 214, 2010, pp. 4-14.

contestables. En agissant ainsi, il contribue à redéfinir les normes de gouvernance d'une manière dépolitisée, souvent liée à des objectifs transversaux tels que l'efficacité administrative, la résilience des institutions ou la prévention des conflits sociaux.

Dans un paysage juridique où les normes liées à la démocratie sont souvent disparates,²⁵ fragmentées, et parfois même contradictoires²⁶ – naviguant entre des aspirations universelles et des résistances locales²⁷ – le FNUD se présente comme un véritable laboratoire d'idées. Il offre une occasion unique d'explorer les tensions entre l'efficacité opérationnelle, la légitimité institutionnelle et la neutralité politique, des éléments essentiels pour saisir le rôle des Nations Unies dans le renforcement des régimes démocratiques, au-delà des résolutions officielles ou des déclarations de principes.

Cette étude vise à examiner de manière critique le rôle, les fondements et les trajectoires de le FNUD en se basant sur le droit international contemporain. Plutôt que de se limiter à une simple description fonctionnelle, nous allons plonger dans une analyse approfondie, en évaluant à la fois sa légitimité juridique et son utilité tant normative qu'opérationnelle. Notre réflexion se déroulera en trois étapes: d'abord, nous allons plonger dans le cadre juridique incertain de la FNUD et examiner ses répercussions sur l'architecture normative du multilatéralisme onusien (I); ensuite, nous ferons un bilan critique de ses actions à l'horizon 2025, en scrutant à la fois l'impact limité de ses interventions et sa contribution à la construction discursive de l'ordre juridique international (II). Ce double constat – une performance réduite sur le terrain et une fonction idéologique ambivalente – nous pousse à repenser les conditions d'une éventuelle refondation institutionnelle. Pour que le FNUD puisse réellement jouer un rôle structurant dans un ordre international en pleine mutation, il est crucial d'envisager des réformes juridiques et structurelles qui renforcent son ancrage multilatéral et garantissent une meilleure cohérence entre ses objectifs affichés et ses modalités d'action (III).

2. Une institution juridiquement incertaine à la croisée des logiques NORMATIVES ET multilatérales

Comme mentionné précédemment et détaillé dans les paragraphes de cette section, la création du FNUD s'inscrit dans une dynamique institutionnelle unique au sein du système des Nations Unies. Contrairement aux organes traditionnels qui reposent sur des traités ou des résolutions juridiquement contraignantes, le Fonds est né d'une impulsion politique, sans une base conventionnelle clairement définie. Cette origine

²⁵ Voir J. CRAWFORD, *Democracy in International Law: Inaugural Lecture*, CUP, Cambridge, 1994.

²⁶ Amplius, voir T. M. FRANCK, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in *American Journal of International Law*, 1992, pp. 46–91; J. WOUTERS, B. DE MEESTER, C. RYNGAERT, *Democracy and international law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, n. 14, 2003, pp. 139-197.

²⁷ Voir A. ABUHAMOUD, *La démocratie en droit international, Étude critique sur le statut juridique de la démocratie en droit international et la légitimité de l'imposer par la force*, L'Harmattan, Paris, 2017, p. 30 ff.

atypique le place à la croisée des chemins entre les logiques multilatérales – axées sur la coopération entre États – et les logiques normatives, qui visent à promouvoir des standards de gouvernance. En ce sens, le FNUD représente une forme d'innovation institutionnelle, tout en soulevant des questions juridiques et politiques sur sa légitimité, l'étendue de ses compétences et sa place dans l'architecture des Nations Unies.

2.1. Un mandat sans assise conventionnelle: une fracture avec les exigences de légalité en droit international institutionnel

Le Fonds des Nations Unies pour la Démocratie opère en marge des fondements juridiques classiques qui garantissent la légalité et la légitimité des entités du système onusien. Il n'est ni établi par un traité multilatéral constitutif – à la manière des institutions spécialisées – ni habilité par une résolution du Conseil de Sécurité adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte, et donc dépourvu de toute force contraignante.

Son origine se situe dans une déclaration politique à vocation programmatique, adoptée lors du Sommet Mondial de 2005,²⁸ au cours duquel les États membres ont collectivement réaffirmé leur attachement aux principes de la démocratie, de la participation et de la bonne gouvernance.²⁹ Toutefois, si cette déclaration témoigne d'une volonté politique partagée, elle ne constitue en aucun cas un acte juridique créateur d'obligations opposables.³⁰ En effet, selon les standards du droit international public, et notamment les critères classiques relatifs à la création d'organes dotés de compétences propres, une déclaration non contraignante – même adoptée par consensus – ne saurait produire d'effets constitutifs au sens strict.³¹ Elle ne confère ni mandat normatif, ni capacité juridique autonome, ni régime institutionnel défini. Le FNUD doit ainsi être qualifié comme le produit d'un acte de *soft law*, c'est-à-dire d'un instrument de droit souple, dépourvu de force obligatoire mais porteur d'orientations politiques. Ce type d'acte, s'il peut influencer les comportements étatiques et inspirer certaines pratiques administratives ou diplomatiques, ne possède pas la densité juridique suffisante pour fonder un mandat doté d'effectivité normative ou de justiciabilité. En d'autres termes, il ne permet pas de générer des droits ou des obligations clairement identifiables dans le cadre d'un contentieux, ni de garantir une autorité propre à l'entité qui en découle. Cette absence d'armature juridique contraignante prive le FNUD des attributs fondamentaux qui caractérisent, en droit des organisations internationales, une institution pleinement constituée: pas de

²⁸ Voir V. CHÉTAIL, *La réforme de l'ONU depuis le sommet mondial de 2005: bilan et perspectives*, in *Relations internationales* n. 128, 2006, pp. 79-92.

²⁹ Amplius, voir G. LE FLOCH, *Le sommet mondial de Tunis sur la société de l'information*, in *Annuaire français de droit international*, n. 51, 2005, pp. 464-486.

³⁰ Voir également I. DUPLESSIS, *Le vertige et la soft law: réactions doctrinales en droit international*, in *Revue québécoise de droit international*, 2007, pp. 245-268.

³¹ Voir e.g. H. CASSAN, *Le consensus dans la pratique des Nations Unies*, in *Annuaire français de droit international*, n. 20, 1974, pp. 456-485.

traité constitutif, pas de statut juridiquement opposable, pas de compétences définies par un instrument formellement adopté selon les procédures onusiennes prévues à cet effet.³² Le Fonds ne peut donc s'appuyer que sur une légitimité politique relative, fondée sur la continuité de l'engagement des États donateurs, sans bénéficier d'un ancrage institutionnel stable ou juridiquement incontestable. Cette fragilité structurelle a des conséquences immédiates sur la portée normative des activités du FNUD. Contrairement à des organes créés par traité, comme le Haut-Commissariat pour les réfugiés, ou à des programmes établis par des résolutions dotées d'un mandat explicite, comme le PNUD, le FNUD opère dans un cadre institutionnel indéterminé, à mi-chemin entre mécanisme informel et entité fonctionnelle. Cette position intermédiaire le place en marge de la hiérarchie des institutions onusiennes, ce qui limite son autorité, réduit sa capacité d'action autonome, et suscite des interrogations persistantes quant à la légalité internationale de ses interventions.³³

Ces questions viennent du manque d'une base solide, ce qui crée une vraie incertitude sur la légitimité de son existence en tant qu'institution. En gros, le fait qu'il n'y ait pas de fondement normatif ne concerne pas juste des problèmes de procédure, mais c'est aussi un point faible qui rend la situation juridique instable et affecte même la reconnaissance du Fonds comme une entité au sein du droit international. Contrairement à des organes comme le HCR (Haut-Commissariat pour les Réfugiés),³⁴ créé par résolution mais consolidé par la pratique constante et la reconnaissance étatique, ou encore le PNUD, qui s'inscrit dans une logique programmée au sein du cadre onusien, le FNUD se trouve dans un interstice normatif, une zone grise entre mécanisme de coordination et organe subsidiaire non structuré. Il ne possède ni la légitimation juridique d'une entité conventionnelle, ni la reconnaissance implicite d'un organe dérivé stabilisé par la coutume organisationnelle. Cette hybridité statutaire crée un problème de qualification, qui rend difficile son insertion dans les catégories usuelles du droit des organisations internationales, et empêche de déterminer clairement les obligations des États à son égard.³⁵

Le caractère volontaire du FNUD, tant en ce qui concerne son financement que ses modalités opérationnelles, accentue les incertitudes déjà présentes dues à son absence de fondement conventionnel. En s'éloignant des modèles normatifs établis par la Charte des Nations Unies et les standards reconnus du droit des organisations internationales, le Fonds repose uniquement sur des contributions volontaires,

³² Voir également A. PETERS, *The Founding Document of International Organizations as a Constitutional Treaty*. In ZOR, n. 68, 2013, p. 1 ff; T. SATŌ, *Evolving Constitutions of the International Organizations: A Critical Analysis of the Interpretative Framework of the Constituent Instrument of International Organizations*. Vol. 3. Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 15 ff.i.

³³ Voir *ex multis* C. CHINKIN, *The challenge of soft law: development and change in international law*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 38, 1989, pp. 850-866.

³⁴ Voir Y. BEIGBEDER, *Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés*, in *FeniXX*, 1999; M. BETTATI, *Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR)*, in *Pouvoirs* n. 144, 2013, pp. 91-111.

³⁵ Voir G. DROESSE, G. DROESSE, *New Concept of International Organization*. "Membership in International Organizations: Paradigms of Membership Structures, Legal Implications of Membership and the Concept of International Organization", Martinus, Boston, 2020, pp. 417-430.

sans budget de base obligatoire ni mécanisme de financement durable. Cette dépendance à la générosité des États membres ne révèle pas seulement une fragilité structurelle, mais montre aussi un manque de volonté politique pour l'institutionnaliser pleinement. De plus, son fonctionnement, centré sur des projets ponctuels sans orientation stratégique contraignante ni cadre de programmation à moyen ou long terme, illustre une approche opportuniste à court terme, qui ne s'accorde pas avec la création d'un mandat normatif cohérent. Ce choix délibéré de flexibilité, souvent perçu comme une capacité d'adaptation aux divers contextes, cache en réalité une double carence: d'une part, une dé-responsabilisation des États bailleurs, qui se dégagent de toute obligation de soutien durable; d'autre part, une absence de mécanismes de redevabilité, tant internes qu'externes, qui affaiblit la légitimité du Fonds. Dans le cadre du droit international institutionnel, l'absence de budget obligatoire, combinée à l'absence de planification stratégique, empêche l'émergence d'un véritable régime institutionnalisé, c'est-à-dire une entité dotée de règles stables, de compétences clairement définies, et d'une capacité à produire des effets normatifs. Actuellement, le FNUD ne dispose ni de prévisibilité opérationnelle, ni d'autorité juridique propre, ni de pouvoir normatif reconnu par les autres acteurs du système onusien. Cela aboutit à une entité aux contours flous, qui fonctionne davantage comme un mécanisme administratif.

Enfin, le positionnement du FNUD à l'intersection de deux rationalités institutionnelles fondamentalement antagonistes met en lumière une contradiction qui est au cœur de son architecture et de sa pratique. D'un côté, il s'inscrit – au moins sur le papier – dans le cadre du multilatéralisme traditionnel des Nations Unies, qui repose sur la souveraineté des États, le principe de non-ingérence et l'importance du consentement dans toute démarche normative. De l'autre, il fonctionne selon une logique transnationale, voire post-westphalienne, cherchant à faire de la société civile un levier clé pour la transformation démocratique, tout en promouvant souvent de manière unilatérale des normes de gouvernance institutionnelle jugées universelles. Ce chevauchement entre ces deux logiques irréconciliables – celle qui respecte la souveraineté constitutionnelle des États et celle qui prône un activisme normatif infra-étatique – engendre une ambiguïté stratégique qui érode la cohérence et la légitimité du FNUD. En contournant les voies diplomatiques traditionnelles pour soutenir directement des acteurs non étatiques, le Fonds dépasse les formes habituelles de dialogue intergouvernemental, s'exposant ainsi à des accusations de partialité, voire de manipulation institutionnelle au profit d'agendas politiques qui ne font pas consensus. Cette configuration transforme le FNUD en un instrument de conditionnalité politique *de facto*, même s'il se présente comme neutre sur le plan technique.³⁶ En finançant des initiatives qui, dans de nombreux contextes, sont perçues comme critiques envers les structures

³⁶ Voir E. DE, *L'émergence du principe de la conditionnalité politique en droit international public*, in *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, n. 11, 2010, pp. 28-51.

étatiques en place, le Fonds opère une sélection normative implicite, attribuant ainsi une légitimité différenciée à certains modèles de gouvernance et à certaines formes d'expression politique.

Dans ce contexte, son absence de base conventionnelle claire ne constitue pas simplement une lacune technique, mais une faille juridique structurelle. Elle place le FNUD dans une position ambiguë, à la fois dépendant du système des Nations Unies et étranger à ses mécanismes de légitimation normative. En l'absence de réforme institutionnelle ou de consolidation juridique par voie d'accords interétatiques ou de résolution fondatrice, le FNUD reste une entité juridiquement fragile, politiquement contestable et structurellement exclue des dynamiques de consolidation normative en droit international.

2.2. Une tension structurelle entre universalisme démocratique et souveraineté des États

Le FNUD se concentre principalement sur des acteurs non gouvernementaux, comme les médias indépendants, les syndicats et les mouvements associatifs locaux. Cette approche stratégique, bien qu'innovante par rapport aux pratiques traditionnelles de l'ONU qui se focalisent sur les États, crée une véritable fracture juridique et politique dans le multilatéralisme moderne. En choisissant de dialoguer avec des interlocuteurs en dehors des structures gouvernementales officielles, le Fonds s'éloigne du modèle westphalien, qui stipule que la représentation politique sur la scène internationale est réservée aux États souverains.³⁷ Ce choix représente un tournant vers une diplomatie impliquant des acteurs infra-étatiques,³⁸ mais il soulève également des questions cruciales sur le respect du principe de souveraineté. Une telle approche, même si elle est motivée par des objectifs louables comme le renforcement de la participation citoyenne, la transparence des institutions ou le soutien à la démocratie, ne peut pas être vue comme neutre en ce qui concerne les équilibres politiques internes. En effet, dans des contextes politiques tendus ou autoritaires, elle peut être perçue comme une remise en question indirecte – voire une contestation implicite – du monopole de l'État sur la définition des priorités nationales et des méthodes de gouvernance. Cette perception critique est d'autant plus forte que l'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies affirme le principe fondamental de non-ingérence dans les affaires qui relèvent de la compétence nationale exclusive.³⁹ Dans cette perspective, le soutien que le FNUD apporte à des entités non étatiques peut sembler être une ingérence dans des domaines que les États estiment relever de leur souveraineté interne.

³⁷ Voir A. C. CUTLER, *Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy*, in *Review of International Studies*, n. 11, 2001, pp. 133-150.

³⁸ Voir Guilbaud, Auriane. "Chapitre 12. La diplomatie des acteurs non étatiques." *Manuel de diplomatie*. Presses de Sciences Po, 2018. 213-226.

³⁹ Voir e.g. M. ROSCINI, *International law and the principle of non-intervention : history, theory, and interactions with other principles*, Oxford, 2024; Auguste Mampuya, *Historique et contenu de l'article 2 § 7 de la charte des Nations Unies*, *Civitas Europa*, 2006, p. 11 ff.

Dans les régimes où l'espace civique est étroitement contrôlé, cette tension devient particulièrement palpable. Le fait que le FNUD puisse intervenir sans avoir nécessairement l'accord explicite des autorités nationales peut l'exposer à des accusations de partialité politique, de déstabilisation, ou même de promotion d'un agenda idéologique étranger.⁴⁰ Cette dynamique est particulièrement évidente dans des pays comme la Russie, où les autorités ont mis en place des lois restrictives sur les ONG, accusant certaines d'entre elles d'être des instruments au service d'intérêts étrangers cherchant à saper la souveraineté nationale.⁴¹ Des rapports de Human Rights Watch mettent en lumière ces restrictions et les pressions exercées sur les organisations de la société civile.⁴² Plus généralement, l'International Center for Not-for-Profit Law (ICNL)⁴³ souligne que de nombreux gouvernements justifient les limitations imposées aux ONG en invoquant la nécessité de protéger la souveraineté nationale et d'éviter toute ingérence étrangère.⁴⁴ Ces justifications sont souvent utilisées pour restreindre l'espace civique et freiner les activités des organisations indépendantes.⁴⁵

L'absence de normes juridiques universellement reconnues qui établissent un droit opposable à la démocratie procédurale⁴⁶ – comprenant l'organisation régulière d'élections libres,⁴⁷ le pluralisme des partis, l'indépendance de la justice et la libre participation des citoyens – rend l'action dans ce domaine particulièrement fragile sur le plan juridique. Cela prive cette action d'un fondement normatif solide selon le droit international. Actuellement, il n'existe aucun instrument conventionnel à portée universelle qui confère à ces éléments un caractère juridiquement contraignant pour tous les États. Ainsi, même si la démocratie est souvent mise en avant dans les discours internationaux comme une valeur partagée ou un objectif à atteindre, elle ne bénéficie pas du statut de norme impérative (*jus cogens*) et ne fait pas l'objet d'un consensus coutumier suffisamment établi pour constituer une règle de droit opposable.⁴⁸ Cela limite encore plus la capacité des mécanismes onusiens à l'utiliser comme critère d'intervention légitime, surtout lorsqu'ils agissent sans l'accord explicite des autorités étatiques concernées.

⁴⁰ Voir FNUD, [Guide pour l'élaboration d'une proposition de projet](#).

⁴¹ Voir, LE MONDE, *En Russie, une loi interdit les ONG « indésirables*, 24 mai 2015.

⁴² Voir HUMAN RIGHTS WATCH, [Alerte aux restrictions de l'espace de la société civile en France](#).

⁴³ Le "International Center for Not-for-Profit Law" (ICNL) est une organisation non gouvernementale (ONG) spécialisée dans l'amélioration de l'environnement juridique de la société civile, de la philanthropie et de la participation publique à l'échelle mondiale. L'ICNL œuvre pour garantir que les organisations de la société civile puissent exercer leurs activités de manière libre et efficace, en promouvant les libertés d'association, d'expression et de réunion.

⁴⁴ Voir également ICNL, [Le rôle de la réforme juridique en soutien à la société civile : document d'orientation](#).

⁴⁵ Voir M. BARNETT, M. FINNEMORE, *Rules for the World: International Organizations in Global Politics*. Cornell University Press, Cambridge, 2004.

⁴⁶ Voir O. DE FROUVILLE, *Vers une théorie démocratique du droit international*, in M. C. RUNAVOT (dir.), *La démocratie appliquée au droit international* cit, p. 143 ff.

⁴⁷ Voir T. ONDO, *L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales : à propos d'un droit international des élections en gestation*, in *Revue du droit public*, 2002, pp. 1405-1436.

⁴⁸ Voir R.BEN ACHOUR, *État de droit, démocratie et droit International*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014, pp. 181-221.

Dans ce contexte, les initiatives du Fonds s'appuient largement sur une interprétation évolutive des obligations existantes en matière de droits de l'homme,⁴⁹ notamment celles énoncées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966.⁵⁰ C'est surtout l'article 25 de ce texte qui est souvent cité pour justifier la légitimité des efforts de promotion démocratique, car il reconnaît à chaque citoyen le droit de participer à la gestion des affaires publiques, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis. Cependant, cette interprétation élargie, qui cherche à intégrer la démocratie dans le cadre des droits civils et politiques, suscite encore de vives controverses. Bien que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) garantisse à chaque citoyen le droit de s'impliquer dans la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu lors d'élections périodiques libres (article 25), il ne va pas jusqu'à établir la démocratie représentative comme un régime obligatoire.⁵¹ En effet, il ne prescrit pas de modèle de gouvernement spécifique et n'impose pas une structure institutionnelle unique aux États parties.⁵²

Ce silence normatif offre aux États une certaine latitude dans l'application de ces principes,⁵³ tant que le processus électoral respecte les garanties fondamentales énoncées dans le Pacte, comme l'égalité, la liberté de choix et la transparence des élections. De nombreux États soulignent, à ce sujet, que le droit à la participation ne doit pas être interprété comme une obligation de se conformer à un modèle démocratique spécifique, et encore moins à des normes externes provenant d'acteurs internationaux ou non gouvernementaux.⁵⁴ Cette position témoigne d'une prudence face à l'utilisation politique des droits humains, surtout dans le cadre d'interventions jugées sélectives ou asymétriques. La peur d'une instrumentalisation des principes démocratiques pour justifier des actions normatives non sollicitées ou des ingérences dans les structures de pouvoir internes nourrit une méfiance persistante envers des mécanismes comme le FNUD.

Le manque d'un consensus normatif clair sur la portée juridique du principe démocratique empêche toute consolidation du FNUD comme acteur normatif crédible. Sa prétendue neutralité technique est contredite par la réalité de ses pratiques, qui visent explicitement à soutenir certains types d'organisations

⁴⁹ Voir e.g. MADS ANDENAS, EIRIK BJORGE, *Juge national et interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue du droit public* n. 4, 2011, pp. 997-1014.

⁵⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

⁵¹ Voir également D. OUEDRAOGO, *Démocratisation des États et garantie internationale des droits démocratiques: essai sur une contribution des organisations internationales*. Diss. Université de Bordeaux, 2019.

⁵² Voir M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed., Berline: N.P. Engel, 2005; P. A. M. TAYLOR, *Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights: the UN Human Rights Committee's monitoring of ICCPR rights*. Cambridge University Press, 2020.

⁵³ Voir J. MOIRAUD RENGOUWA, *Le droit international et la démocratie*, 2022, <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-04382055v1/document>

⁵⁴ Voir sur ce point: E. GUILLÉN LOPEZ, *Igualdad en el derecho al voto : art. 21 DUDH y 25 PIDCP*, Editorial Comares, Granada, 2014; S. MARD, *Le droit de participer aux affaires publiques Art. 25 du PIDCP*.

(souvent critiques du pouvoir en place) et à promouvoir un type particulier de gouvernance. Cette dynamique, bien que fondée sur des valeurs universellement revendiquées, produit une asymétrie normative structurelle, où seuls certains États sont ciblés, au mépris du principe d'universalité et d'égalité souveraine.

En gros, le FNUD se retrouve souvent pris dans un jeu compliqué entre, d'un côté, le désir d'apporter des règles basées sur la démocratie universelle et de l'autre, les lois que chaque État impose selon sa propre constitution. Cette tension structurelle met en lumière une contradiction fondamentale et persistante dans le projet multilatéral d'aujourd'hui: d'un côté, il y a cette volonté d'affirmer un universalisme démocratique, présenté comme le prolongement naturel des valeurs de la Charte des Nations Unies; de l'autre, il y a la nécessité de respecter la pluralité des systèmes politiques, la diversité des parcours historiques et culturels, et surtout, la souveraineté constitutionnelle des États. En s'attaquant directement aux acteurs infra-étatiques, sans passer par une médiation gouvernementale, le FNUD se trouve au cœur de cette zone de friction normative, où l'aspiration à un ordre démocratique universel se heurte aux résistances juridiques et politiques qui sont inhérentes à l'architecture souverainiste du système international.

3. Un bilan critique à l'horizon 2025: entre performances limitées et fonction idéologique

Vingt ans après sa création, le Fonds des Nations Unies pour la Démocratie présente un bilan qui suscite des avis partagés. D'un côté, son existence montre une volonté claire de promouvoir la démocratie au sein du système des Nations Unies, mais de l'autre, son efficacité sur le terrain semble limitée. Situé entre un outil opérationnel et un vecteur de discours, le FNUD soulève des questions sur l'impact réel de ses actions et sur la portée idéologique de son mandat. Cette section propose une analyse critique de ses résultats et de son rôle dans l'architecture normative internationale.

3.1. Deux décennies de micro-projets: impact restreint, ambitions globales

Depuis sa création, le FNUD a soutenu environ 900 projets dans plus de 100 pays, avec un budget total d'environ 200 millions de dollars.⁵⁵ Bien que ces chiffres semblent indiquer une activité dynamique, ils restent modestes face aux besoins structurels pour renforcer la démocratie.⁵⁶ En tenant compte des défis institutionnels dans les pays ciblés — comme la corruption persistante, la faiblesse des contre-pouvoirs, ou le manque d'alternance politique — on peut dire que les ressources du Fonds semblent éparpillées, et leur impact sur les dynamiques nationales demeure incertain.

⁵⁵ Voir FNUD, [*Effectuer une demande de subvention pour un projet au FNUD*](#).

⁵⁶ Voir K. MARTIN-CHENUT, *Droit international et démocratie*, in *Diogené* n. 220, 2007, pp. 36-48.

La plupart des projets soutenus peuvent être considérés comme des «micro-interventions»: des formations pour les journalistes locaux, des ateliers pour sensibiliser à la citoyenneté active, des campagnes pour promouvoir les droits électoraux, ou encore du soutien à des observatoires électoraux communautaires. Prenons l'exemple de la Tunisie, où le FNUD a financé une initiative pour encourager la participation des jeunes dans les conseils municipaux après la révolution.⁵⁷ Au Népal, le Fonds a aidé à créer des radios communautaires pour faciliter l'accès à l'information dans les zones rurales.⁵⁸ En Guinée, un projet a été mis en place pour informer les femmes sur les recours en cas de violences politiques. Bien que ces actions soient innovantes à l'échelle locale, elles ont souvent du mal à s'intégrer dans des réformes plus larges ou à engendrer des changements politiques durables.

Plusieurs évaluations externes et audits internes, commandités par le Fonds lui-même, ont mis en lumière des failles récurrentes. Tout d'abord, l'absence d'indicateurs d'impact solides complique l'évaluation réelle des bénéfices issus des projets financés. Les rapports finaux rédigés par les bénéficiaires se concentrent sur des indicateurs d'activité (comme le nombre de formations tenues, les brochures distribuées, ou les réunions organisées) au détriment d'indicateurs de changement (tels que l'évolution de la participation citoyenne, la transformation des pratiques institutionnelles, ou le renforcement des libertés publiques). Cette approche, axée sur la justification administrative des dépenses, limite le potentiel transformateur des interventions.

En second lieu, le suivi après un projet est souvent insuffisant, voire inexistant. Une fois que les fonds sont distribués et les activités terminées, il y a peu de mécanismes en place pour évaluer la durabilité des résultats ou pour aider les bénéficiaires à s'approprier les acquis sur le long terme. Cela entraîne une sorte de fragmentation de l'impact: des projets isolés, sans ancrage institutionnel solide, qui s'épuisent faute de relais structurels ou de continuité stratégique. De plus, la rotation rapide des équipes locales chargées de la mise en œuvre, due à la nature temporaire des financements, empêche l'accumulation d'un véritable capital d'expérience.

D'autre part, les critères de sélection des projets ont été critiqués pour leur approche trop technocratique.⁵⁹ Le processus d'examen des dossiers, géré depuis le siège à New York, repose sur une grille d'évaluation standardisée, qui peut parfois sembler déconnectée des réalités politiques et culturelles des régions concernées. Cela crée souvent un fossé entre les objectifs formels des projets et les véritables besoins des populations ciblées. Par exemple, dans certains pays d'Afrique subsaharienne, des initiatives de sensibilisation électorale ont été financées alors même que les conditions pour un scrutin libre et

⁵⁷ PNUD, [*L'implication des jeunes et des femmes dans le processus du développement local durable en Tunisie*](#).

⁵⁸ PNUD, [*Rétablir la confiance et promouvoir la communauté*](#).

⁵⁹ Amplius, voir S. HESSEL, *La formation des experts de la coopération technique multilatérale. L'expérience du PNUD*, Collection IDERIC, Paris, 1973, pp. 27-30.

équitable n'étaient pas réunies, ou que les structures administratives compétentes restaient inaccessibles aux citoyens.⁶⁰ Dans d'autres cas, des projets ont été mis en œuvre dans des zones rurales sans évaluer au préalable le niveau d'alphabétisation des personnes concernées, ce qui a en réalité limité leur impact.

En fin de compte, les succès observés sont souvent le résultat de la résilience, de la créativité et de l'engagement des acteurs locaux, plutôt que d'une stratégie intégrée du Fonds. La FNUD, dans ce contexte, joue un rôle de bailleur occasionnel, sans véritable capacité à agir comme un levier à l'échelle nationale. Cela soulève une question plus large sur la capacité de cet instrument à produire des effets d'échelle. Bien que le modèle de financement par appels à projets soit transparent, il tend à favoriser une dispersion tant thématique que géographique, ce qui complique la création de pôles d'excellence ou de programmes solides autour de priorités stratégiques. Ainsi, malgré son ambition de promouvoir la démocratie à l'échelle mondiale, la FNUD fonctionne principalement à un niveau micro, où la logique des projets temporaires prime sur la cohérence globale.

Ce décalage entre les ambitions affichées — comme le soutien à la gouvernance démocratique mondiale — et la réalité sur le terrain — qui se limite souvent à un appui technique à des projets spécifiques — nourrit les critiques concernant l'efficacité globale du Fonds. Cela renforce aussi sa vulnérabilité face aux accusations d'instrumentalisation politique ou d'inefficacité structurelle, surtout dans un contexte où les attentes en matière de résultats, de transparence et de responsabilité deviennent de plus en plus pressantes pour les mécanismes d'aide multilatérale.

3.2. Une légitimation discursive du paradigme libéral: fonction idéologique plus qu'opérationnelle

Bien que l'efficacité pratique de la FNUD puisse susciter des doutes, son impact normatif et symbolique dans le discours des Nations Unies est indéniablement plus prononcé. En intégrant systématiquement ses actions dans le cadre de la promotion de la démocratie, le Fonds joue un rôle clé dans la diffusion d'un discours qui présente la démocratie non seulement comme un idéal universellement désirable, mais aussi comme une condition essentielle de la légitimité sur la scène internationale. Ce choix discursif s'inscrit dans une tendance plus large du droit international, où les normes de gouvernance interne des États sont de plus en plus interprétées à travers le prisme des «bonnes pratiques» démocratiques, considérées comme des garanties de respect des droits de l'homme, de stabilité et de développement.⁶¹ À travers ce mécanisme, la FNUD joue un rôle dans le redéploiement progressif des frontières entre la souveraineté des États et la reconnaissance sur la scène internationale. Plus qu'un simple acteur

⁶⁰ Voir PNUD, *Les élections, premier pas vers la démocratie*.

⁶¹ Voir e.g. O. DE FROUVILLE, *Une conception démocratique du droit international*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 2001, p. 101 ff; N. GUILHOT, *La promotion internationale de la démocratie: un regard critique*, in *Mouvements* n. 18, 2001, pp. 28-31.

opérationnel ou technique, le Fonds exerce, de manière subtile mais continue, une fonction performative: il aide à redéfinir ce qui est considéré comme acceptable pour les États au niveau international, en associant la reconnaissance politique à la conformité à certains standards procéduraux (comme des élections pluralistes, la liberté d'expression, et une société civile indépendante). Cette dynamique renforce l'idée que la souveraineté n'est pleinement légitime que si elle est exercée selon les principes d'un régime démocratique libéral. En d'autres termes, l'adhésion aux valeurs de la démocratie représentative devient un indicateur de «bonne citoyenneté internationale», dans une vision hiérarchisée de la communauté des États.

Dans cette optique, le FNUD s'inscrit dans un mouvement d'occidentalisation subtile du droit international,⁶² où les structures institutionnelles issues des traditions politiques libérales (comme le parlementarisme, le multipartisme, le contrôle juridictionnel et les médias indépendants) sont élevées au rang de normes de référence.⁶³ Ce processus, bien qu'enveloppé dans un discours de neutralité technocratique et de rationalité procédurale, a tendance à marginaliser, voire à délégitimer, d'autres formes de participation politique qui sont pourtant profondément ancrées dans l'histoire et la culture de certaines sociétés. Les modèles de gouvernance basés sur le consensus communautaire, la médiation traditionnelle, les systèmes consultatifs ou les structures décentralisées de type coutumier sont souvent négligés dans les analyses et les logiques de financement du Fonds.

Ce biais normatif conduit à une forme d'uniformisation des valeurs,⁶⁴ où le pluralisme politique se réduit à des variations au sein du paradigme libéral.⁶⁵ En pratique, les projets soutenus mettent presque exclusivement en avant des acteurs qui s'alignent sur cette grille d'analyse: des ONG qui militent pour la transparence électorale, des groupes de pression qui poussent pour des réformes institutionnelles à l'occidentale, et des associations qui défendent les droits civils dans le sens anglo-saxon du terme. Loin de favoriser un véritable dialogue entre différents modèles politiques, le FNUD se positionne souvent, de manière implicite, comme un outil de diffusion d'un ordre normatif dominant, basé sur l'exportation d'un modèle spécifique de légitimité politique.

En fin de compte, cette fonction idéologique, bien qu'elle ne soit pas toujours mise en avant dans les documents officiels de le FNUD, est un élément clé de son action. En influençant les discours, en choisissant les acteurs légitimes et en définissant ce qui est perçu comme un progrès démocratique, le FNUD joue un rôle de normalisation. Sa contribution ne se mesure pas seulement par les changements

⁶² Voir e.g. B. BADIE, *L'État importé: essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*. Paris: Fayard, 1992. Voir également E. TOURARD, H. CULOT, P. VINCENT, *Pays émergents et droit international économique*, Paris, 2022.

⁶³ Voir e.g. P. SLNHA, *Legal Polycentricity and International Law*. Carolina Academic Press, 1996.

⁶⁴ Voir LUNG-CHU CHEN, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, Oxford, 2015.

⁶⁵ Amplius, voir E. JOUANNET, H. RUIZ-FABRI, *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, in *Société de législation comparée*, 2007.

qu'il apporte directement sur le terrain, souvent limités, mais aussi par son impact dans la consolidation d'une vision unilatérale de la démocratie, considérée comme l'objectif incontournable du développement politique. Ce rôle mérite d'être examiné à la lumière des principes de pluralisme, de diversité normative et de respect des parcours politiques propres à chaque société.

4. Conclusion

Vingt ans après sa création, le FNUD se présente comme une initiative à la fois novatrice et fragile, oscillant entre une ambition normative et une certaine marginalité institutionnelle. Bien qu'il joue un rôle important dans la diffusion d'un imaginaire démocratique à l'échelle mondiale, son assise juridique incertaine et son impact opérationnel limité entravent son efficacité réelle. Face à des critiques croissantes concernant son ingérence et sa légitimité, il est impératif d'envisager une réforme juridique pour ancrer durablement son action dans un cadre multilatéral clair, équilibré et respectueux des souverainetés nationales. Ce n'est qu'à cette condition que le FNUD pourra transcender son rôle symbolique et devenir un véritable levier de transformation démocratique à l'international.

4.1. Le FNUD, entre innovation institutionnelle et impasse normative

Deux décennies après son lancement, le Fonds des Nations Unies pour la Démocratie se présente comme une expérience institutionnelle à double facette: d'un côté, une innovation pragmatique dans l'arsenal onusien, qui repose sur une approche flexible, horizontale et axée sur les acteurs de la société civile; de l'autre, une entité juridiquement fragile, structurellement marginale et normativement ambivalente. En raison de son absence de base conventionnelle, de sa dépendance à des financements volontaires et de son positionnement en dehors des organes centraux du système des Nations Unies, le FNUD incarne une forme de gouvernance parallèle, révélatrice d'une époque où l'agilité politique semble l'emporter sur la solidité juridique.⁶⁶

Sur le plan opérationnel, son impact reste limité. Les projets financés, souvent modestes et éparpillés, ont du mal à s'inscrire dans des dynamiques de transformation durable ou à avoir un impact significatif sur les équilibres institutionnels nationaux.⁶⁷ À l'échelle mondiale, le FNUD reste en marge par rapport aux grandes agences de développement ou aux mécanismes onusiens qui ont des mandats bien établis. Cependant, il est important de ne pas évaluer sa portée uniquement à travers ses résultats concrets.

C'est vraiment sur le plan discursif que le Fonds joue son rôle principal: en diffusant de manière constante l'idée que la démocratie – dans son sens procédural libéral – est le modèle idéal que tout le monde devrait

⁶⁶ Voir N. BUENO, *Le droit de prendre son destin en main le droit international de la démocratie et l'avenir des droits politiques*, Verlag, 2025, 15 ff.

⁶⁷ Amplius, voir IJNET, [L'ONU propose des subventions pour des projets](#).

adopter, il participe à une reformulation discrète des normes du droit international public. Bien que cette fonction idéologique soit subtile, elle n'en est pas moins significative. Elle modifie le principe de souveraineté en rendant la pleine reconnaissance des États dépendante d'une adhésion implicite à des normes politiques spécifiques, qui peuvent parfois être éloignées des traditions constitutionnelles locales. De plus, elle crée une pression constante sur la légitimité de l'ingénierie institutionnelle réalisée depuis l'extérieur, tout cela au nom d'un idéal démocratique global.

Dès lors, une question essentielle se pose: jusqu'où peut-on promouvoir la démocratie sans tomber dans une logique d'imposition? Le risque d'un universalisme normatif déguisé – qui pourrait nuire à la diversité des régimes et des cultures politiques – n'est pas une simple théorie.⁶⁸ Cela nécessite une vigilance critique renforcée, surtout au sein des institutions qui se veulent les garantes d'un multilatéralisme inclusif.

Le véritable défi pour les années à venir sera de trouver un équilibre crédible entre la promotion de la démocratie, le respect réel de la souveraineté des États, et la reconnaissance sincère du pluralisme institutionnel. Sans cette refondation conceptuelle, le FNUD risque de rester ce qu'il est déjà en grande partie: un outil discursif à forte valeur symbolique, qui sert à renforcer un imaginaire normatif global, mais qui peine à transformer en profondeur les structures de pouvoir et les réalités politiques des sociétés qu'il prétend soutenir.

4.2. Vers une réforme juridique de la FNUD: pistes institutionnelles et instruments normatifs

Comme mentionné précédemment, pour que le FNUD gagne en légitimité juridique et en efficacité, il est essentiel de mettre en place une réforme qui repose sur des mécanismes juridiques multilatéraux. Une première approche pourrait être de formaliser le FNUD à travers un acte constitutif – que ce soit une résolution normative de l'Assemblée Générale des Nations Unies ou un accord multilatéral – qui définirait clairement ses objectifs, ses compétences, ses modalités de gouvernance et ses mécanismes de reddition des comptes. Une telle démarche renforcerait sa base juridique, qui est actuellement floue, et alignerait son statut sur celui d'autres entités des Nations Unies ayant un mandat clair, comme le PNUD ou l'UNICEF.

Une idée de réforme structurelle pourrait être d'intégrer partiellement le FNUD dans un programme des Nations Unies qui dispose d'un cadre juridique solide, comme le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD).⁶⁹ Une telle intégration – ou, au moins, une collaboration formelle – permettrait de mieux ancrer le Fonds dans une structure institutionnelle déjà reconnue au niveau

⁶⁸ Amplius, voir J. THUO GATHII, *International Law and Eurocentricity*, EJIL, 1998, p. 184 ff.

⁶⁹ Sur ce programme, voir, S. ZARKOVICH, *Le Programme des Nations Unies pour le développement: étude critique*, FeniXX, 1970.

intergouvernemental et dotée d'une base juridique solide.⁷⁰ Cela ne signifierait pas nécessairement que le FNUD perdrait son autonomie fonctionnelle, mais cela aiderait à définir ses limites d'action, à sécuriser ses ressources et à renforcer la cohérence de ses interventions dans le paysage institutionnel des Nations Unies.

En parallèle, il est crucial de clarifier, de manière juridiquement formalisée, les relations du Fonds avec les États membres. Cela pourrait se faire par l'adoption de protocoles d'accord, de mémorandums de coopération ou de lignes directrices codifiées, validées par des organes intergouvernementaux compétents – comme l'Assemblée générale ou le Conseil économique et social. De tels instruments fourniraient un cadre normatif pour encadrer les conditions d'intervention du FNUD, en précisant les obligations procédurales, notamment en ce qui concerne la consultation des autorités nationales, la transparence des objectifs, la traçabilité des financements et les mécanismes de suivi et d'évaluation. Loin d'être de simples outils de coordination administrative, ces instruments juridiques jouent un rôle crucial pour répondre aux critiques fréquentes d'ingérence. Ils réaffirment le principe de respect de la souveraineté nationale tout en intégrant l'action du Fonds dans un cadre de prévisibilité et de responsabilité qui respecte le droit des organisations internationales. Ce recentrage normatif pourrait aider à atténuer la perception de double standard et à éviter l'argument – qui est politiquement délicat – selon lequel le FNUD agirait en dehors des mécanismes de consentement des États⁷¹. En fin de compte, la réforme juridique du FNUD devrait viser deux objectifs qui sont étroitement liés. D'une part, il est essentiel de garantir que ses activités soient en accord avec les principes fondamentaux du droit institutionnel international, afin d'assurer sa pérennité au sein du système des Nations Unies. D'autre part, il est important de renforcer sa légitimité politique dans un contexte géopolitique de plus en plus polarisé autour des questions de gouvernance démocratique,⁷² de souveraineté constitutionnelle et de diversité des modèles politiques.⁷³ Sans cette double consolidation – tant juridique que politique – le FNUD risque de faire face à une contestation continue de ses bases normatives et de ses objectifs opérationnels.

⁷⁰ Voir A. LIPCHITZ, C. DELMON. *Le Programme des Nations unies pour le développement, un «machin» onusien utile?*. In *Revue internationale et stratégique*, 2010, 64-74.

⁷¹ Sur le mécanisme du consentement des États, voir entre autres: L. LEGRAND, *Limites au principe du consentement des États à la compétence de la Cour mondiale : (Droit et politiques juridiques)*, thèse de doctorat, Université de Nanterre, 2019; A. EL MEKKAKI, *Le consentement des États membres dans le processus décisionnel des organisations internationales*, thèse de doctorat, Université Nancy 2, 1994.

⁷² Voir G. HERMET, *Un régime à pluralisme limité? À propos de la gouvernance démocratique*, in *Revue française de science politique* n. 54, 2004, pp. 159-178.

⁷³ Voir C.Franck, *La souveraineté dans l'intégration européenne*, in *Cahiers du CRHIDH*, 1997, p. 138 ff.

Mito della concorrenza e desertificazione: il “modello Preston” e il principio di prossimità *

di Stefano Vinti

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza Università di Roma

Abstract [It]: Il saggio indaga l'utilità pratica di un modello che prediliga, nell'affidamento degli appalti pubblici, operatori economici locali con base operativa radicata nel territorio, attraverso un'analisi che parte dall'esperienza britannica della città di Preston, in cui si è adottato un meccanismo di social public procurement con l'obiettivo di limitare il numero di appalti aggiudicati ad imprese fuori dalla “regione” (leaked out of the local economy). Il modello Preston è preso come spunto, in primo luogo, per prendere in considerazione le ipotesi di deroga al “sacro” principio di concorrenza nell'aggiudicazione di gare pubbliche; in secondo luogo, al fine di indagare sulla possibilità di un più intensa promozione delle PMI locali nella gestione degli appalti pubblici nell'ordinamento italiano, anche alla luce delle recenti novità introdotte dal decreto correttivo (d. lgs. n. 209/2024).

Title: The myth of competition and desertification: the 'Preston model' and the principle of proximity.

Abstract [En]: The paper explores the practical utility of a model that favors, in the awarding of public contracts, local economic operators with an established operational base within the territory. This analysis is grounded in the British experience of the city of Preston, where a mechanism of social public procurement was adopted with the aim of limiting the number of contracts awarded to companies based outside the region. The Preston model serves as a starting point, firstly to consider possible derogations from the “sacrosanct” principle of competition in the awarding of public tenders; and secondly, to explore the possibility of a stronger promotion of local SMEs in the management of public procurement under Italian administrative law, also in light of the recent reforms introduced by the corrective decree (Legislative Decree No. 209/2024).

Parole chiave: contratti pubblici; concorrenza; sostenibilità; tutela delle PMI; prossimità.

Keywords: public contracts; competition; sustainability; protection of SMEs; proximity.

Sommario. 1. Il c.d. Preston model: la valorizzazione delle PMI locali attraverso il public procurement e le strategie di sviluppo economico sostenibile 2. La compatibilità del Preston Model col diritto eurocomunitario. Una deroga al principio di concorrenza? 2.1.(segue) le legittime deroghe al principio di concorrenza nel diritto europeo: i contratti sottosoglia 2.2.(segue) le ipotesi di c.d. “neo-protezionismo” 2.3. (segue) il *favor* europeo per le piccole-medie imprese. 3. La tutela delle PMI nell'ordinamento italiano: le spinte antagoniste della suddivisione in lotti e della centralizzazione della committenza. 4. Le novità del d. lgs. 31 dicembre 2024 n. 209 (c.d. Correttivo al Codice dei contratti pubblici.) 4.1. Art. 61, comma 2 *bis* d. lgs. n. 36/2023: i contratti riservati alle PMI. 4.2. Le modifiche all'art. 119, comma 2 d. lgs. n. 36/2023: la riserva di subappalto per le PMI. 4.3. Art. 82-*bis* d. lgs. n. 36/2023: l'accordo di collaborazione. 4.4. La modifica dell'art. 108, comma 4 d. lgs. n. 36/2023. 5. Il grande assente del correttivo: il principio di prossimità. 5.1. Il principio di prossimità nel diritto amministrativo. 5.2. (segue) la questione della legittimità delle c.d. clausole di territorialità negli appalti pubblici. 5.3. La timida “positivizzazione” del criterio di prossimità nell'art. 108, comma 7, d. lgs. n. 36/2023. 5.4. L'opportunità di una tutela delle imprese di prossimità nei contratti sottosoglia. 6. La valorizzazione della prossimità quale prologo per una “democrazia locale”.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Il c.d. *Preston model*: la valorizzazione delle PMI locali attraverso il *public procurement* e le strategie di sviluppo economico sostenibile

Il c.d. Preston Model costituisce un tentativo di promozione delle piccole medie imprese locali e di contrasto alle forme di estrazione di valore economico verso grandi multinazionali.

In linea generale, è noto come le recenti crisi economiche abbiano incentivato analisi alternative al modello di stampo europeo di affidamento dei contratti pubblici – che vede come valore prioritario inderogabile l'economicità della scelta¹ e la concorrenza² tra gli operatori economici nell'aggiudicazione degli appalti – attraverso un vaglio delle possibilità di un uso strategico del *public procurement*.

La crisi economico-finanziaria degli ultimi anni ha infatti spinto verso un ripensamento della prospettiva economica tradizionale, così da abbandonare l'approccio orientato verso il c.d. *shareholders capitalism*, in favore dell'opposto *stakeholders capitalism*: il che si traduce, con riguardo al diritto degli appalti pubblici, in una rinnovata attenzione per il perseguimento di quegli obiettivi che, discostandosi dalla tirannia della massimizzazione del profitto cui soggiacciono gli agenti economicamente razionali, tendono verso il c.d. *triple bottom line approach* (TBL)³.

Il riferimento è alle tre dimensioni del concetto di sostenibilità (sociale, ambientale ed economica), attraverso le quali è possibile misurare, oltre che il risultato prettamente economico dell'impresa e

¹ È il c.d. "criterio dell'Oepv", espressione con cui si fa riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che ha sostituito il c.d. criterio del prezzo più basso. È noto infatti come – al di là delle caratteristiche di ciascun ordinamento – la generale e principale funzione svolta dal *public procurement* sia il perseguimento del c.d. *best value for money*, che si identifica nel raggiungimento di tre obiettivi: l'ottenimento di un bene che l'amministrazione intende soddisfare con il contratto; l'ottenimento di tale bene alle migliori condizioni di mercato (che non coincidono necessariamente col prezzo più basso); la scelta di un contraente affidabile al fine di una corretta e tempestiva esecuzione del contratto (S. ARROWMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The cost of different goals of Public Procurement*, Swedish Competition Authority, 2012, p. 44 ss.).

In Italia, a seguito del nuovo Codice dei contratti pubblici, tale criterio è recepito dall'art. 108 d. lgs. n. 36/2023 (*Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*): cfr., *ex multis*, M. MIRRIONE, *La selezione delle offerte*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d. l. 31 marzo 2023 n. 36), Piacenza, 2023, p. 145 ss.

² Sul valore della concorrenza nel diritto eurocomunitario, ruolo fondamentale hanno giocato gli arresti della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: cfr., *ex multis*, la sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, ove si afferma che il fine del diritto europeo della concorrenza è sempre stato quello di «di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche». Ancor più incisiva la sintesi offerta dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, nelle conclusioni del 27 novembre 2007, C-147/06, SECAP S.p.a., e C-148/06, *Santorso Soc. Coop. s.r.l. c. Comune di Torino*: con riferimento alla disciplina degli appalti pubblici, «le direttive (...) perseguono un obiettivo immediato limitato: si mira ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e a proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro».

³ Secondo l'espressione coniata da dall'economista inglese John Elkington, che ipotizzò la teoria di un business sostenibile, la cui ratio consisteva nell'incoraggiare le società ad operare nel contesto economico di riferimento attraverso strategie e decisioni che fossero in grado di valorizzare non solo l'aspetto economico-finanziario (*profit*), ma anche l'ambiente (*planet*) e il contesto sociale (*people*) (J. ELKINGTON, *The triple bottom line*, in *Environmental management: Readings and cases*, fasc. 2, p. 49 ss).

dell'eventuale offerta pubblica da essa presentata in sede di gara, l'impatto ambientale e sociale della stessa.

Un'indagine di stampo comparatistico, finalizzata all'individuazione di modelli alternativi al *capital bondage*⁴ negli appalti pubblici, rileva in effetti la presenza di alcune esperienze europee di stampo locale particolarmente attente agli interessi di tipo sociale: è questo, in particolare, il modello che ha contraddistinto la città di Preston (UK), le cui istituzioni locali hanno intravisto nell'uso strategico degli appalti pubblici una leva per il perseguimento di valori di stampo sociale, attraverso una più intensa collaborazione pubblico-privato⁵.

Il modello Preston è stato indicato come una forma di costruzione della ricchezza all'interno della comunità (*community wealth building*⁶), che sfrutta il potere economico locale per un'economia più resiliente, sostenibile dal punto di vista ambientale, democratica e socialmente coesa, attribuendo dunque rilevanza al valore sociale dell'appalto.

L'intento è quello di mobilitare, attraverso lo strumento del *public procurement*, le risorse e le capacità locali sottoutilizzate, attraverso il concetto di *social identification*, sotto forma di capitale umano (così da accrescere le competenze e conoscenze delle imprese locali), ambientale (nel senso di sfruttare la teoria della *social*

⁴ È sempre più avvertita infatti l'esigenza di un uso strategico degli appalti che, senza mortificare il substrato pro-concorrenziale che li contraddistingue, porti gli ordinamenti nazionali al perseguimento, *in primis*, di finalità di tipo sociale. In tal senso si ritiene necessario, in una prospettiva socio-giuridica, un cambio di paradigma da un *competitive behaviour* a un *cooperative behaviour*, che valorizzi dunque non tanto le *multinational corporations*, quanto le c.d. *social enterprises* (J. MANLEY, P.B. WHYMAN, *The Preston model and community wealth building: Creating a socio-economic democracy for the future*, Cambridge, 2021, pp. 185-186).

⁵ “La costruzione della ricchezza comunitaria (Community Wealth Building - CWB) può dare un contributo significativo allo sviluppo di un'economia locale più forte e più resiliente di fronte alle sfide future. Il Consiglio Comunale di Preston ha iniziato a costruire la ricchezza comunitaria dal 2012. Utilizzando la sua influenza come datore di lavoro e come grande acquirente di beni e servizi nel territorio, il Comune ha promosso con successo una crescita inclusiva dell'economia locale. Questo approccio è diventato ampiamente noto come “Preston Model”. Tra i suoi successi, il Consiglio ha aumentato la spesa per gli appalti nell'economia locale e incoraggiato altri partner del settore pubblico locale (*anchor institutions*) a fare lo stesso e incoraggiato i fornitori ad aggiungere “valore sociale” ai loro contratti offrendo opportunità di formazione e lavoro” (Preston Council, *Community Wealth Building 2.0: Leading Resilience and Recovery in Preston Strategy*, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.preston.gov.uk/article/1339/What-is-Preston-Model>).

Cfr. anche J. MANLEY, M. AIKEN, *A socio-economic system for affect: Dreaming of co-operative relationships and affect in Bermuda, Preston and Mondragón*, in *Organisational and Social Dynamics*, fasc. 2, 2020, p. 173 ss; J. MANLEY, P. B. WHYMAN, *The Preston model and community wealth building: Creating a socio-economic democracy for the future*, Cambridge, 2021, pp. 166-167. In Italia, cfr. M.E. COMBA, *Nuove forme di cooperazione pubblico-privato per lo sviluppo locale: modelli europei a confronto*, in *www.federalismi.it*, fasc. 4, 2019, p. 7.

⁶ “La costruzione della ricchezza comunitaria è una strategia di sviluppo economico locale incentrata sulla creazione di economie locali collaborative, inclusive, sostenibili e democraticamente controllate. Invece dello sviluppo economico tradizionale, basato su incentivi fiscali legati alla localizzazione e partenariati pubblico-privati, che sprecano miliardi per sovvenzionare l'estrazione di profitti da parte di aziende senza legami con le comunità locali, la costruzione della ricchezza comunitaria sostiene la proprietà collettiva e democratica dell'economia attraverso diversi modelli”, come “le strategie di procurement degli enti pubblici locali [...] La costruzione della ricchezza comunitaria rappresenta un cambiamento del sistema economico, ma partendo dal livello locale” (J. GUINAN, M. O'NEILL, *From community wealth-building to system change*, in *IPPR Progressive Review*, 25.4, 2019, p. 385). Sul tema cfr. anche le riflessioni di T.M. HANNA, J. GUINAN, J. BILSBOROUGH, *The 'Preston Model' and the modern politics of municipal socialism*, in *Open Democracy*, fasc. 12, 2018.

*identification*⁷ ai fini di una rinnovata cura del territorio), nonché istituzionale (in una prospettiva volta a creare un rinnovato rapporto di fiducia tra settore pubblico e settore privato), attraverso l'affidamento delle commesse pubbliche a operatori economici locali⁸.

In particolare, la teoria della *social identification* è una nozione presa in prestito dalla sociologia per spiegare i benefici prodotti, in termini sociali ed economici, dal senso di appartenenza del tessuto imprenditoriale alla comunità. Una teoria che costituisce, sotto altro aspetto, il substratto socio-dinamico del concetto – oggetto di recente attenzione dalla dottrina – di rigenerazione urbana⁹, nella sua accezione di insieme delle azioni volte a soddisfare le esigenze della comunità sotto il profilo socio-economico.

Nel modello Preston, decisivo è il ruolo ricoperto dalle *anchor institutions*.

Il termine si riferisce a quelle organizzazioni che possiedono un rilievo socio-economico importante nel territorio, in quanto, oltre a fungere da grandi datori di lavoro nella comunità e a costituire i maggiori

⁷ I. PRINOS, J. MANLEY, *The Preston model*, cit., p. 633 Secondo tale teoria, l'identità sociale è quella parte del concetto di sé di un individuo che deriva dalla sua conoscenza della sua appartenenza a un gruppo (o a più gruppi) sociale insieme al valore e al significato emotivo attribuito a tale appartenenza" e ha tre dimensioni: una componente cognitiva (la conoscenza di essere un membro di un certo gruppo); un elemento affettivo (l'attaccamento emotivo a quel gruppo); un aspetto valutativo (la connotazione di valore assegnata a quel gruppo dall'esterno).

⁸ I vantaggi di un modello del genere sono molteplici, sotto vari profili. *In primis*, sotto il profilo ambientale: in ossequio all'idea di economia circolare, infatti, devono considerarsi corrette quelle scelte politiche volte a prediligere quei prodotti che utilizzano solo risorse locali, escludendo invece gli operatori che utilizzano risorse provenienti da lontano, anche se tale comportamento potrebbe essere tacciato di protezionismo (F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici verso uno Stato circolare*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2017, p. 205).

In secundis, con riferimento alla tutela de lavoro: infatti, la valorizzazione della dimensione locale presenta elementi di tutela decisamente maggiori rispetto all'affidamento degli appalti pubblici a imprese multinazionali: in tale contesto, la presenza delle c.d. catene globali del lavoro (*Global Supply Chains*) – che rappresentano il fisiologico *modus operandi* delle grandi imprese delocalizzate – continua a rappresentare, nonostante le regolazioni dell'OIL (in particolare, da ultimo, il rapporto discusso nel corso della Conferenza OIL del 2016), una non indifferente fonte di rischio per i lavoratori sotto il profilo degli abusi dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale. L'affidamento del *public procurement* agli operatori locali permette dunque di evitare che una filiera troppa lunga impedisca alle imprese leader di vigilare sulle effettive condizioni di lavoro e sul rispetto dei diritti umani dei lavoratori. sul tema (A. BOSCATI, A. SARTORI, *Le Global Supply Chains negli strumenti dell'OIL. Testo, contesto e prospettive evolutive*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, fasc. 2, 2023, p. 482).

Infine, sotto il profilo fiscale: un massiccio inserimento del tessuto imprenditoriale locale nel circuito delle commesse pubbliche persegue il duplice obiettivo, da una parte, di rendere più difficile l'affidamento di commesse pubbliche alle imprese multinazionali, le quali si muovono oggi in uno spazio senza frontiere, che non coincide con il territorio degli Stati nazionali, ma costituisce un nuovo territorio privo di fisicità, sul quale le normative nazionali (di stampo fiscale) non riescono ad esprimere a pieno i loro effetti (L. CARPENTIERI, *La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 4, 2018, p. 361 ss.); dall'altra, di far assumere particolare rilevanza agli strumenti della fiscalità impositiva e incentivante, volti all'attuazione di misure di natura sostenibile (A. URICCHIO, T. CALCULI, *La rigenerazione urbana entro e oltre il contesto della transizione ecologica: la sfida della fiscalità locale*, in *Diritto e pratica tributaria*, fasc. 5, 2023, pp. 1720-1721).

⁹ Sul concetto di rigenerazione urbana, cfr. – *ex multis* – P. CHIRULLI, C. IAIONE, *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018; P. URBANI, *Ripensare la città o la città contemporanea?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 ss.; M. PASSALACQUA, A. FIORITTO, S. RUSCI (a cura di), *Riconoscere la rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Bologna, 2018; A. QUARANTA, *Il consumo del suolo fra impasse normativa, proposte settoriali e necessità di un cambio di marcia*, in *Amb. & svil.*, 2018, p. 539 ss.; F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; P. CAPRIOTTI, *L'inerzia proprietaria al tempo della rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, p. 49 ss.; A. LA TORRE, *Le funzioni amministrative comunali e la rigenerazione urbana: tra situazione attuale e prospettive future*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, p. 389.

acquirenti di beni e servizi nella località, possiedono un legame radicato col territorio per la loro stessa *mission* e per la loro storia¹⁰.

Il concetto di *anchor institutions* deriva dall'esperienza statunitense, dove il ricorso a tali istituzioni nacque per rispondere alla necessità di sfruttare il potenziale delle istituzioni esistenti per affrontare le esigenze delle comunità urbane.

Esse possiedono un radicato legame col territorio locale per le loro relazioni con gli *stakeholders* e la loro missione istituzionale. Essendo "ancorate" al territorio, hanno interesse a favorire lo sviluppo economico locale, specialmente attraverso politiche di *public procurement* che rafforzino le catene di fornitura locali¹¹.

Da un punto di vista operativo, nell'affidamento degli appalti pubblici, la città di Preston ha elaborato uno schema ben definito¹², catalogato come una delle *best practices* in relazione alle *anchor institutions*.

In primo luogo, è prevista una fase di decisione politica e di analisi della spesa: il processo inizia con una decisione politica volta a limitare il numero di appalti aggiudicati ad imprese al di fuori della regione (*leaked out of the local economy*), mediante uno studio approfondito su centinaia di contratti per individuare in quali settori il fenomeno della fuga di capitali è più pronunciato e determinare in quali settori i servizi potrebbero essere prioritariamente forniti da operatori locali¹³.

In secondo luogo, viene creato un *database* di operatori economici locali invitati a sessioni informative prima della pubblicizzazione degli appalti pubblici. Questo passo è cruciale per garantire che le imprese locali siano preparate e informate sulle opportunità di appalto disponibili.

Le amministrazioni aggiudicatrici organizzano incontri regolari con i fornitori locali per condividere le *best practices* e discutere come massimizzare il ritorno locale degli appalti pubblici.

Questi incontri, che avvengono ogni quattro mesi, servono anche a rafforzare le relazioni tra gli enti pubblici e le imprese locali¹⁴: tale fase di analisi non ha del resto una portata solipsistica, in quanto è sulla base di questi dati che i funzionari delle diverse amministrazioni aggiudicatrici si incontrano regolarmente

¹⁰ M. JACKSON, N. MCINROY, *Community wealth building through anchor institutions*, 2017.

¹¹ Le più importanti forme di *anchor institutions* riconosciute come tali dalla letteratura internazionale sono le università e gli ospedali (c.d. *Eds & Meds*), spesso messe in collegamento grazie all'intermediazione delle fondazioni private con solide basi territoriali. Cfr. sul punto M. JACKSON, N. MCINROY, *Creating a good local economy: the role of anchor institutions*, 2015, in <http://www.cles.org.uk/wp-content/uploads/2015/04/anchor-institutions.pdf>; E. BIRCH, D. C., PERRY, H.L. TAYLOR JR., *Universities as anchor institutions*, in *Journal of Higher Education Outreach and Engagement*, 17(3), 2013, p. 7 ss., E. SLADEK, *The transformative power of anchor institutions*, in *Metropolitan Universities*, 30(1), 2019, p. 3 ss.

¹² Sul punto, cfr. R. CARANTA, N. SPATARU, *Anchor institutions e diritto degli appalti e dei contratti pubblici*, in M. Comba, M. COMBA (a cura di), *Le Anchor Institutions nella società liquida*, in www.federalismi.it, fasc. 4, 2019, p. 17 ss.

¹³ Cfr. la relazione *Progressing procurement practice through spend analysis*, in urbact.eu, 2025, ove si legge che tale processo ha comportato circa un miliardo di euro di spesa, con l'obiettivo di identificare quelle aree dove i fornitori locali avrebbero potuto essere maggiormente coinvolti.

¹⁴ In particolare, il *Preston Council City* ha iniziato a organizzare eventi di "Meet the Buyer" e altri incontri pre-mercato per facilitare il dialogo tra gli enti appaltanti e i fornitori locali. Ciò ha permesso e permette agli operatori economici di comprendere meglio le esigenze dell'amministrazione e di prepararsi adeguatamente per partecipare ai bandi di gara.

per scambiarsi le *best practices* acquisite, al fine di massimizzare il ritorno a livello locale degli appalti pubblici.

Quanto ai criteri di aggiudicazione, in linea con il *Social Value Act* del 2012¹⁵, vengono utilizzati criteri che favoriscono la formazione professionale, l'assunzione di manodopera locale e l'adozione di catene di fornitura locali.

Dall'analisi dei bandi di gara pubblicati dal *Lancashire County Council*¹⁶, non emergono in realtà clausole di territorialità volte a riservare direttamente l'aggiudicazione di determinati appalti pubblici agli operatori economici con sede locale.

Tuttavia, alcuni requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti sono inequivocabilmente volti a favorire le imprese locali, costituendo una barriera per le imprese "straniere".

I bandi vengono cioè strutturati in modo tale da premiare chi offre benefici locali, in particolar modo prevedendo criteri premiali per l'impiego di lavoratori locali e tenendo conto, nella valutazione dell'offerta, non solo della sua economicità, ma altresì dell'impatto sociale che essa determina sul territorio e sulla comunità.

Ancora, i candidati devono fornire prove – anche attraverso un sistema di *references*¹⁷ – di contratti rilevanti conclusi con altre autorità locali o enti del settore pubblico, come ad esempio quelli conclusi dalle università¹⁸. E gli operatori locali, meglio inseriti nel tessuto socio imprenditoriale del territorio, in un contesto di *community wealth building*, avranno maggiori possibilità di divenire aggiudicatari di tali contratti.

La necessità di dimostrare una capacità tecnica e professionale pertinente alle esigenze specifiche delle stazioni appaltanti locali – capacità richiesta dai bandi di gara di Preston – è più facilmente soddisfatta da imprese che operano nel territorio, che meglio conoscono le pratiche locali.

Viene altamente valorizzato lo strumento – espressamente attinto dalle normative comunitarie – della suddivisione in lotti: in questo modo si consente alle imprese locali più piccole di competere per singole porzioni (*rectius*, lotti) dell'intero appalto, appalto che sarebbe altrimenti inaccessibile a causa delle sue dimensioni. E ciò determina un disincentivo a partecipare alle gare pubbliche per le multinazionali, che

¹⁵ Come si legge dal sito ufficiale del governo britannico (www.gov.uk), il Public Services (Social Value) Act 2012 dell'8 marzo 2012 è una legge britannica che impone un obbligo agli enti affidatari di determinati contratti di servizi di considerare i benefici economici, ambientali e sociali dei loro approcci agli appalti prima dell'inizio del processo.

¹⁶ I bandi di gara (*calls for tender*) del *Preston Council* sono consultabili al seguente indirizzo: <https://www.lancashire.gov.uk/business/tenders-and-procurement/tenders/lps-care-the-provision-of-specialist-substance-use-detoxification-and-rehabilitation-services/>.

¹⁷ Nel contesto di un bando di gara, per "*reference*" si intende una lettera o dichiarazione di referenza fornita da un'autorità pubblica, come altre autorità locali o il NHS (*National Health Service*). Tali *references* sono utilizzate per dimostrare che l'offerente ha precedentemente eseguito lavori o fornito servizi in modo soddisfacente per questi enti.

¹⁸ Cfr. G. VALDITARA, *Le Università come Anchor Institutions: le opportunità dell'autonomia funzionale differenziata*, M. COMBA (a cura di), *Le Anchor Institutions nella società liquida*, in www.federalismi.it, fasc. 4, 2019, p. 31 ss. Sulla configurazione giuridica dell'ente università nell'ordinamento italiano, cfr. R. CAVALLO PERIN, *L'Università come istituzione di libera scienza*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2023, p. 549 ss.

preferiscono ottenere appalti più grandi per ottimizzare i costi e trovano più difficile competere in un sistema dove la dimensione ridotta dell'appalto è un vantaggio.

Sempre in linea con il *Social Value Act* 2012 – che impone alle pubbliche amministrazioni locali di considerare (“*must consider*”), con riferimento ai servizi pubblici, non solo i benefici economici dell'appalto, ma altresì – e in posizione equiordinata – quelli ambientali e sociali¹⁹ – vengono poi usati criteri di aggiudicazione che si riferiscono alla sostenibilità, all'ambiente, all'assunzione di mano d'opera locale, alla lunghezza della *supply-chain*.

Ciò si traduce, dunque, in un *favor* non tanto per le piccole e medie imprese quanto, nello specifico, per le piccole e medie imprese di prossimità, per la loro capacità di produrre esternalità positive sul tessuto socio-economico della comunità: così, ad esempio, l'affidamento di servizi di mensa a piccoli agricoltori locali va a migliorare la qualità dei pasti, offrendo al tempo stesso benefici ambientali attraverso la riduzione delle catene di approvvigionamento e delle distanze percorse dagli alimenti²⁰.

Svolta tale procedura, dunque, il Preston Council – per mezzo delle c.d. *anchor institutions*, in qualità di enti aggiudicatori – aggiudica il contratto, sulla base del criterio *money for value*, al miglior offerente tra i concorrenti partecipanti: gli appalti vengono così aggiudicati ai *local providers*, con prevalente esclusione delle imprese non locali dal mercato delle commesse pubbliche locali.²¹

In buona sostanza, il modello di Preston mira a incoraggiare le *anchor institutions*²² a utilizzare il loro potere d'acquisto per influenzare il loro modello di spesa, in modo che la ricchezza prodotta rimanga nella comunità locale: l'obiettivo dichiarato è quello di spendere di più per i fornitori locali, bloccando così la “fuga” dall'economia locale²³.

¹⁹ Cfr. L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Riv. comm. int.*, fasc. 1, 2020, pp. 266-267: l'Autrice evidenzia altresì come oggi si discuta su ulteriori modifiche – in senso ampliativo – di tale atto normativo, nel senso di applicare la disciplina anche all'acquisto di beni e all'appalto di lavori, così da rafforzare anche l'impegno del governo nell'assegnazione di contratti basati sul valore sociale, e non semplicemente sul rapporto qualità-prezzo.

²⁰ F. JONES, I. LEIBOWITZ, *How We Built Community Wealth in Preston: Achievements and Lessons*, 2019, consultabile al seguente indirizzo: <https://cles.org.uk/wp-content/uploads/2019/07/CLES>.

²¹ Anche se – come è stato osservato – “*si tratta di c.d. localismo, ma non tanto nel senso di escludere gli operatori stranieri, quanto nel senso di riconoscere le competenze e le capacità innate in ogni luogo. Non solo rilancia le economie locali, ma anche la partecipazione democratica*” (S. MARTIN, *The Preston Model – a blueprint for local liberalism*, in www.libdemvoice.com, 2020).

²² Sulla possibilità della “delibazione” della figura delle *anchor institutions* nell'ordinamento italiano, cfr. R. CARANTA, N. SPATARU, *Anchor institutions e diritto degli appalti e dei contratti pubblici*, in M. COMBA, (a cura di), *Le Anchor Institutions nella società liquida*, in www.federalismi.it, fasc. 4, 2019, p. 17 ss.

²³ Come affermato da Andrew Ridehalgh, responsabile del procedimento del Comune di Preston, “*volevamo rimuovere parte della burocrazia associata agli appalti e renderli più facile per piccole imprese. Volevamo anche che la nostra spesa per gli acquisti portasse il massimo beneficio alla nostra economia locale e ai nostri residenti, affrontando le sfide sociali e ambientali*”. Per generare sviluppo non bastava dunque “*investire per attrarre investimenti esterni, ma anche indirizzare la propria spesa pubblica verso le proprie comunità*”.

Sulla qualificazione del modello Preston come forma di “nuovo municipalismo”, cfr. A. LOCKEY, B. GLOVER, *The 'Preston Model' and the new municipalism*, in *Demos*, 2019, p. 18 ss. Nella letteratura italiana, sulla nozione di municipalizzazione dei servizi pubblici, cfr. – *ex multis* – G. CAIA, (voce) *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia giuridica* dell'Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 1990.

Il *Community Wealth Building* agisce su più livelli nell'ambito di una trasformazione socio-economica dei luoghi urbani: oltre ad aumentare gli investimenti economici locali modificando la spesa pubblica e il comportamento di spesa dei grandi datori di lavoro, convincendoli a rifornirsi localmente pur cercando la qualità al miglior prezzo, esso incoraggia l'occupazione di qualità e lo sviluppo di imprese di tipo cooperativo, attraverso un'apposita rete di sviluppo (*Preston Cooperative Development Network*)²⁴.

La dottrina²⁵ si è interrogata sulla compatibilità di tale modello con le severe norme sugli appalti pubblici di stampo europeo, che vietano, ai fini dell'affidamento dell'appalto pubblico, qualsiasi tipo di discriminazione, anche quella avente base territoriale. Sotto tale versante, il tema giuridico che emerge – e che non può non richiamare l'attenzione del giurista – è quello della tensione tra *globalisation* e *localisation*, all'interno di una politica volta a promuovere, oltre al principio di concorrenza (in senso sostanziale), anche quello di sostenibilità²⁶.

Il modello anglosassone della città di Preston rappresenta dunque un'occasione di spunto per considerare, in primo luogo, la natura anfibiologica del principio di concorrenza: se infatti all'apparenza il principio si limita a esigere che tutti gli operatori economici partano dalla medesima “griglia di partenza” (senza che nessuno di essi abbia maggiori vantaggi competitivi rispetto agli altri), in una visione più sostanziale la tutela della concorrenza implica (*rectius*, dovrebbe implicare) la predisposizione di strumenti positivi per favorire l'accesso al mercato per quelle imprese (come le PMI locali) che incontrano estreme difficoltà nel presentare offerte competitive rispetto a quelle presentate dai grandi operatori economici.

In secondo luogo, permette di analizzare la portata del concetto di prossimità, nelle sue due accezioni: da una parte, la prossimità quale interesse orizzontale²⁷, idoneo a costituire – in sede di aggiudicazione – un argine al primato dell'offerta migliore in termini meramente economici; dall'altra, la prossimità quale forma di partecipazione alla vita pubblica inquadrabile secondo le coordinate dell'autonomia civica, la quale presenta interessanti legami con i processi democratici, sulla base della consapevolezza, assunta dai cittadini, dell'esistenza di responsabilità condivise tra settore pubblico e settore privato, in ordine alla tutela dei beni comuni²⁸.

²⁴ MANLEY, P.B. WHYMAN, *The Preston model and community wealth building: Creating a socio-economic democracy for the future*, Cambridge, 2021,

²⁵ R. CARANTA, N. SPATARU, *Anchor institutions e diritto degli appalti e dei contratti pubblici*, in, M. COMBA (a cura di), *Le Anchor Institutions nella società liquida*, in www.federalismi.it, fasc. 4, 2019, p. 17.

²⁶ Cfr. S. G. HAMILTON, *Public procurement—price-taker or market-shaper?*, in *Critical perspectives on international business*, 18(4), 2022, p. 574 ss. Cfr. anche S. J., RICKARD, D. Y. KONO, *Think globally, buy locally: International agreements and government procurement*, in *The Review of International Organizations*, 9, 2014, p. 333 ss; J. MIRANZO-DÍAZ, *The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform*, in *Revista de investigacoes Constitucionais*, 7(2), 2020, p. 355 ss.

²⁷ E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, 5 ss.

²⁸ G.A.PRIMERANO, *L'amministrazione condivisa dei “beni comuni” urbani*, in G. CORSO, F.G. COCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. III, Napoli, 2022, p. 3013 ss.

2. La compatibilità del Preston Model col diritto eurocomunitario. Una deroga al principio di concorrenza?

Deve essere affrontata ancora preliminarmente la questione afferente alla compatibilità di un modello di questo tipo con le regole di concorrenza e *par condicio* poste dalle direttive europee sugli appalti pubblici²⁹: lo stesso *Preston City Council* si dichiara consapevole dei possibili effetti pregiudizievoli, in termini di lesione dei principi di parità e non discriminazione tra concorrenti all'interno di una gara pubblica, di un sistema di affidamento degli appalti pubblici ai soli operatori locali³⁰.

Viene osservato, in primo luogo, che la questione della compatibilità del diritto interno col diritto europeo appare decisamente ridimensionata a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea (c.d. Brexit)³¹.

In secondo luogo, che in concreto ciò non determina una violazione dell'*acquis* comunitario: da una parte, perché il valore di tali appalti non supera il valore delle soglie comunitarie (c.d. contratti sottosoglia): tali tipologie di appalti, in virtù del loro importo, non sono soggette infatti alle direttive comunitarie, come si ricava dall'art. 4 direttiva 2014/24/UE; dall'altra, il modello sarebbe legittimo in quanto il *Social Value Act* del 2012 – dal Comune di Preston ritenuto perfettamente aderente alla normativa europea degli appalti pubblici³² – consente a ogni ente aggiudicatore che affida un contratto di utilizzare un sistema di "ponderazione" che attribuisca punteggio, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a una serie di altri indici oltre al prezzo, tra i quali l'impegno per la sostenibilità,

²⁹ Per un approfondimento sul ruolo del principio di concorrenza nel rapporto con i pubblici poteri, cfr. l'importante monografia di A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; cfr. anche S. CASSESE, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1132 ss.; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, fasc. 1-2, 2016, p. 71 ss.; G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1138 ss.. Sugli effetti dell'operatività del principio di concorrenza – oltre che nella fase (pubblicistica) di aggiudicazione della gara – nella fase (privatistica) di esecuzione del contratto, cfr. R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.

³⁰ È quanto si legge nel sito istituzionale del *Preston City Council*, nel rispondere alla domanda "What is the Preston Model?", all'indirizzo <https://www.preston.gov.uk/article/1339/What-is-Preston-Model>.

"Da questo punto di vista" – come osservato – "il diritto dell'Unione europea si discosta significativamente da quello degli Stati Uniti d'America", ove "nel momento in cui acquistano tramite appalti, le amministrazioni degli Stati sono considerate alla stregua di un qualsiasi acquirente privato, e quindi possono decidere di preferire prodotti locali (e lo fanno regolarmente, ad esempio per quanto riguarda l'acquisto di prodotti agricoli per la ristorazione collettiva)" attraverso dunque una disciplina che, "a differenza di quella dell'Unione europea, legittima esplicite scelte di favore per imprese facenti parte del tessuto economico-sociale locale da parte di anchor institutions" (R. CARANTA, N. SPATARU, *Anchor institutions e diritto degli appalti e dei contratti pubblici*, cit., p. 11).

³¹ "Dopo la Brexit, potrebbe diventare ancora più facile per le istituzioni pubbliche scegliere fornitori locali invece di quelli internazionali, senza la legge europea sugli appalti che richiede una gara d'appalto aperta." (H. SHEFFIELD, *The Preston model: UK takes lessons in recovery from rust-belt Cleveland*, in www.theguardian.com). Ciò nonostante sia pacifico, come altresì confermato dalla nostra giurisprudenza nazionale, che l'adesione del Regno Unito all'accordo sugli appalti pubblici (AAP) e l'accordo di cooperazione in materia di appalti pubblici tra Unione Europea e Regno Unito comportino la perdurante applicazione del principio di reciprocità e riservano ai beni, ai servizi ed ai fornitori del Regno Unito un trattamento non meno favorevole di quello accordato dall'Unione europea ai propri fornitori (T.A.R. Liguria, sez. I, sent. del 10 maggio 2023, n. 495).

³² Cfr. <https://www.preston.gov.uk/article/1339/What-is-Preston-Model>.

l'atteggiamento nei confronti delle competenze e della formazione dei lavoratori, il reclutamento di manodopera locale, la lunghezza delle catene di fornitura³³.

Non si tratterebbe, dunque, di un modello di tipo protezionistico, ma di un modello di costruzione della ricchezza all'interno della comunità volto a evitare che il meccanismo fisiologico di funzionamento della gara pubblica finisca per favorire i fornitori di grandi dimensioni, a scapito degli appaltatori locali capaci di presentare offerte più rispondenti agli interessi degli abitanti del territorio.

Il modello viene dunque considerato rispettoso del diritto dell'Unione europea dei contratti pubblici, partendo dalla considerazione più generale che le direttive del 2014 abbiano concesso una certa flessibilità alle stazioni appaltanti ai fini del perseguimento di obiettivi strettamente collegati alla Strategia Europa 2020, in particolare sotto il profilo della crescita intelligente e inclusiva, con la previsione di un uso "sostenibile" dei fondi pubblici³⁴.

E appare del resto innegabile che le direttive europee del 2014 abbiano avviato un processo volto alla promozione di una serie di obiettivi sociali attraverso gli appalti pubblici.

La dottrina italiana che si è occupata del tema ha però sottolineato come le scelte espressamente finalizzate a favorire PMI locali – come nel caso di Preston – si tradurrebbero in un attacco frontale al principio europeo di non discriminazione³⁵, che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di creare una limitazione artificiale della concorrenza³⁶, secondo quanto stabilito dall'art. 18 comma 1, della Direttiva 2014/24/UE.

Ragionando dal versante della tutela della concorrenza intesa in senso formale, una restrizione delle consultazioni svolte dagli enti locali alle sole piccole medie imprese che possiedono un radicato legame

³³ E, in effetti, stabilisce l'art. 1 (*Contracts of relevant authorities*) del *Public Services (Social Value) Act, Chapter 3*, al comma 3: "The authority must consider: (a) how what is proposed to be procured might improve the economic, social and environmental well-being of the relevant area; (b) how, in conducting the process of procurement, it might act with a view to securing that improvement [...]".

³⁴ F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, fasc. 2-3, 2022, p. 243 ss. C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017; C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici, entrambi pubblicati*, in *Urb. e app.*, fasc. 6, 2021. M. COZZIO, N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2021, pp. 71-72; A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il Procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, 2021, p. 73 ss.

³⁵ R. CARANTA, N. SPATARU, *Anchor Institutions e diritto degli appalti e dei contratti pubblici*, cit., p. 17.

³⁶ Sono considerate del tutto compatibili con il diritto europeo, del resto, misure indirettamente protezionistiche, come le c.d. "clauses d'insertion", molto utilizzate nell'ordinamento francese per quegli appalti che richiedono manodopera poco specializzata, attraverso le quali l'aggiudicatario si impegna ad assumere, per l'esecuzione del contratto, disoccupati di lunga durata o persone appartenenti ad altre categorie svantaggiate all'interno del territorio. In altre parole, pur considerando che anche un operatore economico situato altrove ben potrebbe essere interessato ad ottenere l'aggiudicazione del contratto assumendo la relativa manodopera, si predilige un *favor* (ritenuto qui legittimo) per il principio di prossimità: cfr. sul punto R. CARANTA, N. SPATARU, *Anchor Institutions e diritto degli appalti e dei contratti pubblici*, cit., pp. 22-23.

col territorio determinerebbe in effetti una limitazione artificiale degli operatori economici che hanno interesse ad aggiudicarsi la commessa pubblica.

La perentorietà di tale conclusione risulta tuttavia smorzata dalla presenza nel diritto europeo di determinate ipotesi, che contemplano (legittime) deroghe al principio “sacrale” della concorrenza quale fattore dominante i contratti pubblici.

2.1. (segue) le legittime deroghe al principio di concorrenza nel diritto europeo: i contratti sottosoglia

Come è noto, il legislatore europeo individua soglie d'importo (variabili soprattutto in base all'oggetto del contratto e a seconda che si tratti di settori ordinari o speciali) oltre le quali è necessario applicare integralmente le direttive eurounitarie³⁷. È evidente infatti che tanto più è elevato l'importo di una gara, tanto diventa maggiore l'interesse del legislatore a fare in modo che possano parteciparvi, in condizioni di parità, tutti gli operatori economici dell'Unione: le soglie segnano infatti i confini di rilevanza europea dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture³⁸.

Al tempo stesso, però, il diritto eurounitario non è del tutto indifferente rispetto al fenomeno dell'affidamento di contratti inferiori alla soglia comunitaria: preso atto del frequente ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, a tali contratti – data la presenza di piccole o piccolissime amministrazioni, per le quali la tipologia più frequente di affidamenti pubblici è proprio quella c.d. sottosoglia³⁹ – la giurisprudenza ha avvertito il bisogno di imporre, quanto meno, in tale ambito, l'applicazione di generali principi di stampo concorrenziale (come la non discriminazione e la rotazione)⁴⁰.

³⁷ Nell'ordinamento italiano, il d. lgs. 31 marzo 2023 n.36, agli articoli 48-55, che formano la parte I del II libro, contiene una disciplina essenziale, ma organica, dei “*contratti di importo inferiore alle soglie europee*”. Nell'ordine, l'art. 48 contiene la “*disciplina comune applicabile*” per tutti i contratti di lavori, servizi e forniture; l'articolo 49 stabilisce un principio generale di “*rotazione degli affidamenti*”, che in base al successivo articolo 50 avvengono mediante “*affidamento diretto*”, per i contratti di minor valore. L'articolo 51 consente anche al RUP di far parte della commissione giudicatrice; gli articoli 52 e 53 semplificano, rispettivamente, il controllo sul possesso dei requisiti ed il regime delle garanzie; l'articolo 54 prevede l'esclusione automatica, e non previo contraddittorio, delle offerte anomale e l'articolo 55 detta una disciplina speciale per il termine dilatorio di conclusione del contratto. Cfr. *amplius* sul tema F. GAMBATO SPISANI, *Disciplina dei contratti sottosoglia: aspetti e problemi. Riferimenti normativi*, nella *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, 2023, in www.giustizia-amministrativa.com.

³⁸ A seguito degli ultimi provvedimenti della Commissione, si è per giunta registrato un aumento di tali soglie di rilevanza europea. Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 2023, p. 88.

³⁹ U. DE LUCA, M. PERRONE, *Contratti sotto soglia*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI, *Manuale di contratti pubblici*, Roma, 2024, p. 77 ss.

⁴⁰ Sull'applicazione dei principi di parità di trattamento e pubblicità anche ai contratti sottosoglia, cfr. Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98 *Teleaustria*, nonché Corte di giustizia, 3 dicembre 2001, C-59/2000 *Bent Moustén Vestergaard*: ivi si afferma che “*il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste da tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario*”.

Quanto alle effettive procedure di affidamento da utilizzare per tali contratti, esse sono lasciate alla discrezionalità dei legislatori nazionali, purchè in linea con i principi generali dell'*acquis* comunitario⁴¹.

E infatti, proprio il ricorso a tali più flessibili contratti che non superano le soglie di importo di rilevanza comunitaria, costituisce l'argomento utilizzato dal *Preston City Council*⁴² – assieme al raggiungimento di obiettivi socio-ambientali comunitariamente auspicati⁴³ – per sostenere l'ammissibilità di misure volte a incentivare e favorire l'aggiudicazione degli appalti pubblici (di modesti importi) agli operatori locali.

Questo tipo di approccio ha avuto eco anche nell'ordinamento italiano.

Nella Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 36/2023), si afferma che *“il favor per le imprese di prossimità, [...] va inteso - anche per evitare problemi di compatibilità con il diritto dell'U.E. - come tendenza “di sistema”, da valorizzare e declinato in special modo nella disciplina degli appalti sottosoglia”*⁴⁴.

Tale obiettivo sistematico del legislatore italiano del 2023 risulta confermato dalla Relazione che accompagna il decreto correttivo (d. lgs. n. 209/2024), la quale, nell'introdurre le novità normative rivolte (esclusivamente) alla promozione delle micro, piccole e medie imprese nel mercato dei contratti pubblici, afferma come quello della prossimità sia un *“tema che si era cercato di promuovere già in sede di prima adozione del Codice [...] prevedendosi in particolare all'articolo 108, comma 7, la possibilità che il bando di gara preveda criteri premiali a favore delle PMI e che tali criteri valorizzino il principio della territorialità per quei contratti che dipendono dal requisito della prossimità per la loro esecuzione”*⁴⁵.

⁴¹ Con riferimento agli appalti sottosoglia che presentano però il c.d. interesse transfrontaliero certo, l'ordinamento italiano richiede l'applicazione delle procedure di gara ordinarie, ovvero sia le stesse che si applicano per i contratti soprasoglia (art. 48 comma 2 d. lgs. n. 36/2023). Tale previsione tiene conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha precisato come gli appalti pubblici, quand'anche inferiori alle soglie comunitarie, devono tuttavia essere aggiudicati in modo totalmente trasparente e competitivo al ricorrere di tale interesse (Corte di Giustizia, *Borta*, C-298/15; *Serrantoni e Consorzio stabile edile*, C-376/08; *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15). Quanto ai criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha osservato come essi consistano, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa; e che, a tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie (CGUE 15 maggio 2008, *SECAP e Santorso*, C-147/06 e C-148/06, punto 31; CGUE 16 aprile 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, punto 20). Il diritto unionale non imponeva tuttavia, per gli appalti che presentano tale interesse transfrontaliero certo, l'applicazione delle specifiche disposizioni delle direttive europee (e dunque la rigida applicazione delle procedure ordinarie stabilite per i c.d. soprasoglia), limitandosi a richiedere il rispetto di esigenze di concorrenzialità e competitività in tali appalti. Il legislatore italiano, però, per non onerare le stazioni appaltanti del complesso compito di individuare quale possa essere la disciplina adeguata per questi tipi di contratti, ha imposto l'applicazione delle procedure ordinarie di gara (R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Milano, 2023, p. 880).

⁴² È quanto si legge nel sito istituzionale del *Preston City Council*, nel rispondere alla domanda *“What is the Preston Model?”*, all'indirizzo <https://www.preston.gov.uk/article/1339/What-is-Preston-Model>.

⁴³ Cfr, per tutti, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030* cit., p. 244 ss.

⁴⁴ Relazione illustrativa al Codice, *sub* art. 58 d. lgs. n. 36/2023.

⁴⁵ Relazione illustrativa al decreto correttivo d. lgs. n. 209/2024.

Ciononostante, come vedremo, il principio di prossimità sembra essere – nell’impianto del nuovo Correttivo – il grande assente⁴⁶.

2.2. (segue) le ipotesi di c.d. “neo-protezionismo”

Sempre in ottica eurounitaria, occorre osservare come in alcuni casi – sempre a tutela della concorrenza intesa in senso sostanziale – siano le stesse direttive a prevedere forme di limitazione nell’aggiudicazione degli appalti, di tipo “protezionistico”.

Al riguardo, significative sono le limitazioni stabilite dall’ordinamento europeo per gli appalti nei c.d. settori speciali (acqua, energia, trasporti e servizi postali), ove si consente alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere le offerte di fornitura che presentano beni provenienti da Paesi terzi (coi quali non sia in corso un accordo commerciale)⁴⁷, laddove questi assumano un valore che sia superiore al 50% del valore totale dell’offerta.

Al riguardo, l’art. 85 della direttiva 2014/25/UE (“*Offerte contenenti prodotti originari di paesi terzi*”) attribuisce agli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali la facoltà di respingere un’offerta laddove la parte dei prodotti originari di Paesi terzi superi il 50 % del valore totale dei prodotti che compongono l’offerta. Inoltre, nel caso in cui il criterio di aggiudicazione utilizzato sia quello del prezzo più basso, si stabilisce che le offerte si intendono equivalenti se le differenze di prezzo non raggiungono il 3%; e che, se due o più offerte si equivalgono – secondo tale definizione *ad hoc* di “equivalenza” – deve essere preferita l’offerta non qualificabile come “offerta contenente prodotti originari di Paesi terzi”.

E ciò sulla base della considerazione che, in alcuni settori e in determinati casi, un’impresa, specie se ha sede in uno Stato extra UE – pur firmatario di accordi internazionali con l’Unione – possa non presentare le medesime garanzie di beni offerti, equivalenti a quelli prodotti in sede europea⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. *infra*, par. 5.

⁴⁷ Di cui l’AAP rappresenta, in materia di contratti pubblici, decisamente il più importante: esso costituisce un importante accordo internazionale stipulato in seno all’Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). L’accordo, ratificato dal Consiglio dell’Unione europea con la decisione 22 dicembre 1994, n. 94/800/CE, modificato il 30 marzo 2012, ed entrato in vigore il 6 aprile 2014, è vincolante per i ventisette Stati membri dell’Unione europea e per altri ventisei Stati partecipanti all’OMC e risponde alla necessità di istituire tra gli Stati firmatari un quadro multilaterale efficace di diritti e doveri in materia di appalti pubblici finalizzato alla liberalizzazione ed espansione del commercio mondiale: ciò tramite l’adozione di leggi, regolamenti, procedure e pratiche in materia di appalti pubblici che: (i) garantiscano un trattamento equo e non discriminatorio tra i prodotti e i servizi esteri o tra fornitori esteri rispetto a quello nazionale o a quello riservato ad ogni altra parte firmataria dell’AAP; (ii) assicurino adeguate condizioni di trasparenza; (iii) istituiscano procedure efficaci volte a dare attuazione alle disposizioni dell’AAP, tra cui, procedure di notifica, consultazione, sorveglianza e composizione delle controversie; (iv) tengano in considerazione i bisogni finanziari e commerciali dei Paesi in via di sviluppo. Sul punto cfr. *amplius* A. LIROSI, *Art. 69. Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e altri accordi internazionali*, in E. CARAVÀ (a cura di), *Le procedure ad evidenza pubblica*, Pisa, 2024, p. 271 ss.

⁴⁸ Sul tema, cfr. C. CARBONI, E. IOSSA, G. MATTERA, “*Barriers to public procurement: A review and recent patterns in the EU*”, in *IEFE Working Paper Series*, 2017; R. DAMONTE, M. BERSI, *La partecipazione degli operatori economici stranieri agli appalti pubblici ed alle concessioni in Italia ai sensi del d. lgs. 10.4.2016 n. 50*, in *Dir. comm. Int.*, fasc. 1, 2017, p. 101; M. COZZIO, *Public procurement as a tool to promote sustainable business strategies: the way forward for the European Union*, in *International Community*

La *ratio* – come osservato dalla giurisprudenza⁴⁹ – è proprio quella di garantire la *par condicio sostanziale* tra i concorrenti, che verrebbe compromessa dalla presentazione di offerte aventi ad oggetto beni ottenuti con costi di gestione ambientali, sociali e fiscali più favorevoli rispetto a quelli che sarebbero dovuti in caso di realizzazione di tali beni all'interno del territorio europeo nel rispetto di più rigorose regole di *compliance*: il che si risolve, alla fine, in una politica economica di tipo *protezionistico*, volta a salvaguardare l'integrità del mercato europeo⁵⁰.

Tale disposizione, pur non contraddicendo il principio per cui “*l'ordinamento comunitario, anche in tema di pubblici appalti, non è chiuso e protezionistico ma è al contrario tendenzialmente aperto ed ispirato a principi di apertura degli appalti stessi alla concorrenza internazionale*”⁵¹, deriva dalla consapevolezza che la produzione comunitaria e la tutela dell'occupazione nell'UE possono subire compromissioni per effetto dei meccanismi della c.d. globalizzazione dell'economia, con conseguente creazione di “*forme di concorrenza sleale compromettenti valori fondamentali della persona, inammissibili nel nostro sistema europeo*”⁵². Si tratta quindi di una regola coerente con “*un sistema di preferenze comunitario basato non sulla nazionalità degli offerenti ma sull'origine dei prodotti*”⁵³.

Da qui la predisposizione di strumenti finalizzati alla promozione della qualità nonché al rafforzamento dei criteri ambientali e sociali (in alternativa alla mera valorizzazione del prezzo)⁵⁴, che giustificano la presenza di “barriere” protezionistiche operanti nella fase di aggiudicazione, con lo scopo finale – seppur indiretto – di favorire le imprese europee⁵⁵.

Una equiparazione dei beni e servizi ottenuti nel territorio europeo e nel territorio di Paesi terzi che non offrono pari garanzie (a quelle europee) – in ossequio a una concenzone formale della *par condicio* e della concorrenza – finirebbe infatti per danneggiare le imprese, i beni e i servizi degli Stati membri.

Come è stato osservato, non introdurre misure normative di tipo correttivo significherebbe tradire il fine ultimo della concorrenza, considerato che i vantaggi economici a breve termine, legati alla disponibilità di offerte a prezzi vantaggiosi (legate a loro volta all'utilizzo di beni e prodotti di Paesi terzi), andrebbero

Law Review, 2022, fasc. 1-2, p. p. 166 ss.; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge, 2009, p. 55 ss.

⁴⁹ T.A.R. Veneto, sez. I, n. 174/2021 in www.giustizia-amministrativa.com.

⁵⁰ F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 1121. Sul tema, cfr. anche D. GALLI, C. GUCCIONE, *Gli appalti di lavori, forniture e servizi nei settori dei trasporti, telecomunicazioni acqua ed energia: commento al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158*, Roma, 1996, p. 12; A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2018, p. 1187.

⁵¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 dicembre 2007, n. 12103 in www.giustizia-amministrativa.com.

⁵² Cons. Stato, sez. V, n. 2800/2015. Nello stesso senso, cfr. anche T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II., n. 343/2017; T.A.R. Lazio, sez. II-ter, n. 4389/2015; T.A.R. Veneto, sez. I, n. 844/2018, in www.giustizia-amministrativa.com

⁵³ T.A.R. Campania, sez. V, 3 settembre 2014, n. 4695, con nota di A. NICODEMO, *Contratti pubblici e prodotti originari di paesi terzi*, in *Urb. app.*, fasc. 1, 2015, p. 8.

⁵⁴ J.E. RIOS, *Rafforzare il mercato interno attraverso gli appalti pubblici: la risposta europea a operatori, beni e servizi provenienti da Paesi terzi* in *Riv. trim. app.* fasc. 2, 2022, p. 482.

⁵⁵ C. CARBONI, E. IOSSA, G. MATTERA *Barriers to public procurement: A review and recent patterns in the EU*, in *IEFE Working Paper Series*, 2017, p. 1 ss.

a determinare forme di concorrenza sleale nei confronti delle imprese europee, favorendo altresì dinamiche di delocalizzazione della produzione⁵⁶.

Nonostante la tutela dei principi di par condicio e non discriminazione, persino il diritto comunitario presenta dunque norme volte a tutelare, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, i beni, i prodotti e – indirettamente, secondo un criterio dell'*id quod plerumque accidit* – gli operatori economici “domestici”. Il che potrebbe costituire un primo argomento, in un’ottica di valorizzazione del principio di prossimità – declinato secondo un modello di tipo *glocal*⁵⁷ per ritenere ammissibili anche nell’ordinamento italiano sistemi di preferenza di aggiudicazione di appalti pubblici nei confronti di quei piccoli operatori economici che presentano, in sede di gara, offerte riferite a beni e prodotti realizzati nel territorio di riferimento: operatori che, senza azioni positive volte a correggere i fisiologici meccanismi del mercato concorrenziale, sarebbero naturalmente estromessi.

Occorre ora chiedersi se le logiche che abbiamo tratto nel rapporto tra mercato globale e mercato europeo siano in tutto o in parte mutuabili anche su scala locale e se possano giustificare specifiche misure di valorizzazione nel contesto domestico⁵⁸.

2.3. (segue) il *favor* europeo per le piccolo-medie imprese

Il dibattito sull’opportunità di adottare politiche a sostegno delle piccole e medie imprese (PMI) ha portato, in sede europea, all’adozione del c.d. *Small Business Act for Europe*⁵⁹, ispirato al principio imprenditoriale statunitense del *Think Small First* e volto a promuovere la crescita delle PMI eliminando gli ostacoli di mercato che ne impediscono lo sviluppo.

Sulla stessa scia, le direttive europee 2014, con riferimento alla disciplina degli appalti e concessioni pubbliche, hanno confermato l’intenzione dell’Unione europea di favorire lo sviluppo delle PMI nel settore degli acquisti pubblici compatibilmente con gli altri obiettivi dell’Unione⁶⁰: ciò sul presupposto, in primo luogo, che le PMI abbiano una capacità di innovazione maggiore, data la loro maggiore

⁵⁶ J.E. RIOS, *Rafforzare il mercato interno attraverso gli appalti pubblici: la risposta europea a operatori, beni e servizi provenienti da Paesi terzi* in *Riv. trim. app.* fasc. 2, 2022, pp. 482-483.

⁵⁷ S. J. RICKARD, D. Y. KONO, *Think globally, buy locally: International agreements and government procurement*, in *The Review of International Organizations*, 9, 2014, p. 333 ss.

⁵⁸ Cfr. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, p. 5. L’A. afferma come la funzione strategica dei contratti pubblici non si limita solo alle considerazioni di natura sociale e ambientale: vi rientrano anche altri obiettivi quali il *favor* per l’accesso al mercato delle PMI e – potremmo dire noi – la tutela della prossimità.

⁵⁹ Lo *Small Business Act* (2011) ha l’obiettivo di rafforzare l’approccio politico complessivo all’imprenditorialità, integrando in modo permanente il principio “*Think Small First*” nei processi decisionali, dalla regolamentazione normativa ai servizi pubblici. Inoltre, mira a favorire la crescita delle PMI (Piccole e Medie Imprese), supportandole nell’affrontare le sfide che ne ostacolano lo sviluppo (Commissione Europea, Comunicazione del 25 giugno 2008, disponibile su eur-lex.europa.eu).

⁶⁰ Si leggano in tal senso il considerando 2, 59, 78 e 124 della direttiva 2014/24/UE, ove emerge limpidamente l’obiettivo di facilitare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici.

dinamicità e creatività rispetto alle grandi imprese e la loro semplicità organizzativa; in secondo luogo, sulla base del potenziale incremento in termini quantitativi e qualitativi di concorrenza nei contratti pubblici determinato dall'ingresso nel mercato di tali operatori; nonché, e soprattutto, per il conseguente rafforzamento dell'attività economica a livello locale, con la promozione della coesione sociale ed economica e la creazione di nuovi posti di lavoro⁶¹.

Per questo motivo, la Commissione Europea ha sviluppato e applicato una serie di misure a sostegno delle PMI, convinta del loro ruolo chiave nel raggiungimento degli obiettivi dell'Unione Europea in termini di crescita e occupazione.

Al tempo stesso, la ricerca di strumenti sempre più incisivi che incentivino la partecipazione delle piccole medie imprese⁶² al mercato dei contratti pubblici – e introducano dunque un vero e proprio *favor participationis* per le PMI – ha generato dubbi di compatibilità con i fondamentali principi europei posti a garanzia di un mercato aperto e concorrenziale, tra cui i principi di non discriminazione, di parità di trattamento e di uguaglianza.

Secondo la Corte di Giustizia, il principio di non discriminazione rappresenta un'espressione del principio generale di uguaglianza e impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, a meno che la differenza di trattamento non sia obiettivamente giustificata⁶³: il principio di uguaglianza – secondo la CGUE – risulterebbe infatti fondamentale non solo in quanto costituisce il punto nodale dei sistemi legali contemporanei, ma anche in quanto si riferisce in via pressoché esclusiva a diritti e libertà economiche degli operatori.

⁶¹ B. RAGANELLI, *PMI, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, fasc.3-4, 2017, p. 869.

Cfr. anche M. BURGI, *SME and Procurement Law, Europea Legal Framework and German Experiences*, in *Public Procurement Law Review*, 16, 2007, p. 284; A. ERRIGE, *Involvement of SMEs in Public Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 7, 1998, p. 37; G. O' BRIEN, *Public Procurement and Small or Medium Size Enterprise*, in *Public Procurement Law Review*, 2, 1993, p. 82.

⁶² Sul ruolo delle piccole medio-imprese, cfr. - nella letteratura straniera - O. MEQDADI, T. JOHNSEN, R. JOHNSEN, *The Role of SME Suppliers in Implementing Sustainability*, in *Small Business Journal*, n. 2, 2012, p. 31 ss.; S. SCHOENMAEKERS, *The role of SMEs in promoting sustainable procurement* in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement Under Eu Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge, 2016, p. 160 ss.; M. SIMPSON, N. TAYLOR, K. BARKER, *Environmental Responsibility in SMEs: Does it Deliver Competitive Advantage*, in *Business Strategy and the Environment*, fasc. 13, 2004, p. 156 ss.; M. TRYBUS, M. ANDRECKA, *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 12(3), 2017, p. 224 ss.; M. TRYBUS, *The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive?*, in F. LICHERE, R. CARANTA, S. TREUMER, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2014, p. 255 ss.; M. BURGI, *SME and Procurement Law. European Legal Framework and German Experiences*, in *Public Procurement Law Review*, 16, 2007, p. 284 ss.; A. FLYNN, P. DAVIS, *The Policy-Practice Divide and SME-friendly Public Procurement*, in *Environment and Planning: Politics and Space*, 34(3), 2015, p. 559 ss.; K. LOADER, *Is Public Procurement a Successful Small Business Policy Support? A Review of the Evidence*, in *Environment and Planning: Politics and Space*, 31, 2013, p. 39 ss.; ID., *Supporting SMEs through Government Purchasing Activity*, in *The International Journal of Entrepreneurship and Innovation*, 27, 2005, p. 17 ss.

⁶³ In questo senso, tra le varie, Corte di Giustizia, 8 ottobre 1980, n. 810/79, *Uberschar*, in *Foro. it.*, 1981, IV, p. 218; Corte di Giustizia, 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania/Consiglio*, in *Racc. pag. I-4973*, punto 67, Corte di Giustizia, 15 aprile 1997, causa C-27/95, *Bakers of Nailsea*, in *Racc. pag. I-1847*, punto 17.

Anche la Commissione europea ha avuto modo di chiarire come nel contesto del *public procurement* l'esigenza di incoraggiare la partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici dovrebbe essere conciliata con l'obiettivo della legislazione europea di assicurare, per quanto possibile, che tutte le imprese – grandi e piccole – abbiano uguale accesso alle procedure di affidamento e che le misure adoperate per rafforzare la posizione delle imprese piccole risultino non discriminatorie rispetto alle grandi imprese⁶⁴.

Dunque, anche sotto tale versante, nel pieno rispetto del principio di parità di trattamento – che vieta di trattare in modo identico situazioni diverse – risultano ammissibili sotto il profilo eurocomunitario azioni volte a prediligere le PMI rispetto ad altri operatori economici, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici. Le condizioni di partenza tra imprese grandi e piccole nel mercato non sono infatti omogenee, dovendo queste ultime pagare il dazio di un endogeno svantaggio competitivo: dal che discende l'erroneità di una scelta legislativa che preveda una disciplina giuridica omogenea nei loro confronti.

Il legislatore europeo ha dunque assunto la consapevolezza che, in un'ottica di tutela della *concorrenza* sostanziale, in un mercato unico senza frontiere interne, le misure a favore delle PMI non costituiscono deroghe al principio di non discriminazione; al contrario, perseguono esattamente l'opposto obiettivo di limitare le distorsioni della concorrenza.

A differenza, tuttavia, dei c.d. *set-asides* statunitensi⁶⁵ – che si sostanziano in una riserva a favore di operatori con determinati requisiti dimensionali, assicurando loro l'aggiudicazione se appartenenti alla corrispondente categoria, con conseguente esclusione di ogni impresa che per dimensione superi quella soglia – le direttive comunitarie si sono astenute dall'introdurre un'azione di tipo positivo volta a riservare direttamente la partecipazione alle gare alle PMI⁶⁶, in quanto tale opzione si sarebbe scontrata apertamente con il principio di non discriminazione⁶⁷.

Esse si sono cioè “limitate” a facilitare indirettamente la partecipazione delle PMI al mercato europeo delle commesse pubbliche, attraverso la possibilità di frammentazione dell'appalto.

⁶⁴ Comunicazione al Consiglio, *Promuovere la partecipazione delle PMI al public procurement nella Comunità*, COM, 2017.

⁶⁵ Con l'espressione *set-asides* si intendono quelle misure, adottate in alcuni paesi come gli Stati Uniti, dove l'autorità pubblica decide di riservare alcuni contratti alle imprese di dimensioni inferiori ad una determinata soglia; la previsione da parte dell'autorità della possibilità di richiedere al contraente generale di subappaltare parte del lavoro ad imprese più piccole; la possibilità di dividere i lotti di modo da renderli accessibili con maggiore facilità anche alle imprese di ridotte dimensioni; altre misure in grado di rendere le procedure di affidamento più vicine alle esigenze delle PMI al fine di agevolarne la partecipazione. Sul punto cfr. B. RAGANELLI, *Contratti pubblici e piccole medie imprese. gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2, 2011, 563 ss.

⁶⁶ S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2020, 936. Cfr. anche B. RAGANELLI, *PMI, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 839 ss; M. MONTALTI, *Le azioni di tutela delle piccole e medie imprese negli appalti pubblici: I lotti funzionali e le altre modalità di coinvolgimento*, in *App. e contr.*, 5, 2012, p. 8 ss.

⁶⁷ Anche per tale motivo assume un'importanza fondamentale la modifica del Correttivo all'art. 61 d. lgs. n. 36/2023, che – attraverso un nuovo comma 2-bis – permette nei contratti sottosoglia di riservare la partecipazione alle gare alle piccole medio imprese.

Lo strumento cardine individuato dal legislatore europeo per perseguire tale obiettivo è stato dunque quello della c.d. suddivisione in lotti⁶⁸.

Stabilisce l'art. 46 direttiva 2014/24/UE che “*le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti*”, aggiungendo che “*le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti*”: dunque – come esplicitato *de plano* dal considerando 78 della Direttiva 2014/24/UE – le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti.

Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

3. La tutela delle PMI nell'ordinamento italiano: le spinte antagoniste della suddivisione in lotti e della centralizzazione della committenza

L'art. 51 del d. lgs. n. 50/2016 aveva recepito la “nuova” suddivisione in lotti di matrice europea, in cui la suddivisione dell'appalto rappresenta uno strumento fondamentale nell'architettura del sistema normativo, per incentivare la partecipazione delle piccole e medie imprese alle procedure di gara⁶⁹.

Se infatti l'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice de Lise) prevedeva che, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti, dovessero procedere alla suddivisione degli appalti in lotti funzionali solo “ove possibile ed economicamente conveniente”, nel Codice del 2016 la verifica della convenienza economica veniva totalmente meno, con la conseguenza che la suddivisione in lotti assumeva carattere di regola generale, derogabile solo in casi eccezionali e motivati, assicurando in tal modo che il valore delle singole gare fosse proporzionato alle capacità delle PMI, così da adeguare l'oggetto e il contenuto delle prestazioni richieste alle specificità produttive delle stesse⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. i Considerando nn. 2, 4, 58, 78, 80, 83, nonché l'art. 46 dir. n. 2014/24/UE.

Nella dottrina italiana, cfr. sul tema, *ex multis*, F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, in *www.giustamm.it*, 1, 2013, p. 14 ss.; D. GALLI, A. CAVINA, *Suddivisione in lotti e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 3, 2018, p. 359 ss.; A. COIANTE, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale “chiave di volta” che non risolve*, in *DeS*, fasc. 4, 2021, p. 798 ss.; A. MEALE, *Le soglie: una disciplina divisa tra obblighi e facoltà*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *Trattato dei contratti pubblici*, Roma, 2021; M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2019; S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2020, p. 933 ss.

⁶⁹ R. CAPONIGRO, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *www.italiappalti.com*, 2017.

⁷⁰ R. CAPONIGRO, *Il principio del favor participationis*, cit..

Dal tendenziale clima di sfavore che permeava il regolamento di contabilità dello Stato del 1924 per la maggiore complessità che una suddivisione in lotti avrebbe determinato nella gestione dell'appalto, sia nella fase pubblicistica che in quella privatistica⁷¹ e dal sospetto della c.d. legge Merloni⁷² che tale istituto potesse costituire uno strumento volto ad aggirare la normativa in tema di soglie e a legittimare il ricorso a procedure meno concorrenziali, si è così passati alla convinzione che questo strumento potesse assumere una certa rilevanza nel veicolare i principi concorrenziali richiesti dal diritto comunitario, in quanto avrebbe costituito un incentivo di partecipazione al mercato dei contratti pubblici per quegli operatori economici non dotati dei necessari requisiti di partecipazione, a causa dei loro limitati connotati tecnici o finanziari.

Stabilisce l'attuale art. 58 d. lgs. n. 36/2023 che gli appalti sono ordinariamente suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture e ciò al fine di garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese⁷³, anche di prossimità⁷⁴, motivando nella *lex specialis* di gara l'eventuale scelta di non procedere al frazionamento⁷⁵.

⁷¹ Il r.d. 10 maggio 1925, n. 597 stabiliva che si sarebbe potuto “*procedere a distinti contratti con più persone per il complesso di una sola opera o di un solo lavoro*”, “*quando ciò sia riconosciuto più vantaggioso per l'amministrazione*”: tale strumento – veniva osservato – avrebbe però determinato un appesantimento dell'attività amministrativa, in quanto ogni lotto di cui si componeva l'oggetto dell'appalto avrebbe richiesto una sua procedura di gara e, in ragione dei diversi aggiudicatari, sarebbe stato necessario stipulare diversi contratti (da cui sarebbe conseguito, a sua volta, un frazionamento delle relative responsabilità contrattuali, con conseguenze negative sulla fase di esecuzione del contratto). Sul punto, cfr. S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2020, p. 934.

⁷² La legge 11 febbraio 1994 n. 109 stabiliva infatti la suddivisione dell'appalto in lotti era generalmente vietata: venivano prediletti dal legislatore contratti “unici” (cioè non frammentati) per semplificare la gestione amministrativa degli appalti pubblici e limitare i rischi (anche di stampo penale) in capo alla stazione appaltante. A ciò si aggiungeva altresì il timore che la frammentazione del contratto in più lotti potesse aumentare il rischio e le possibilità di corruzione.

Sulla “deriva penalistica” del diritto dei contratti pubblici in Italia, sia consentito a rinviare a S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, fasc. 12, 2020, p. 258.

⁷³ La cui definizione è contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. o), All. I.1 d. lgs. n. 36/2023

⁷⁴ E la più grande innovazione del Codice del 2023 – che assume un ruolo ancora più rilevante laddove letta alla luce delle tendenze del nuovo Correttivo del 2024 – è costituita proprio, rispetto al previgente art. 51 d. lgs. n. 50/2016, nella valorizzarizzazione non delle PMI tout court, ma delle PMI di prossimità, con l'obiettivo di corroborare il tessuto socio-economico del territorio.

Il che emerge anche dalla Relazione illustrativa al Codice – *sub* art. 58 d. lgs. n. 36/2023 – ove si afferma che “*il favor per le imprese di prossimità, pure contenuto nella lett. d) della delega, è stato espresso al comma 1 dell'articolo in commento e va inteso - anche per evitare problemi di compatibilità con il diritto dell'U.E. - come tendenza di sistema, da valorizzare e declinato in special modo nella disciplina degli appalti sottosoglia*”.

⁷⁵ Tuttavia, come osservato, la suddivisione degli appalti in lotti sembra costituire ancora una mera facoltà – e non un obbligo – per le stazioni appaltanti, che potranno decidere di non suddividere un appalto (anche se di grandi dimensioni) motivando la decisione secondo generali valutazioni di carattere tecnico o economico.

Ciò in quanto non è menzionato, cioè, nell'art. 58 d. lgs. n. 36/2023 alcun valore antagonista rispetto alla suddivisione in lotti, il che avrebbe consentito un più intenso sindacato in sede giurisdizionale in merito alla bontà della motivazione espressa dalla stazione appaltante. (F. CARINGELLA, *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 380).

Parallelamente, però, e sotto altro versante, il Codice del 2023 ha perseguito l'obiettivo di riduzione numerica delle stazioni appaltanti, *“nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche”*⁷⁶, attraverso l'istituto – di matrice comunitaria⁷⁷ e già previsto dal Codice previgente⁷⁸ – di centralizzazione della committenza.

Quanto alla sua definizione normativa, la centrale di committenza – secondo la definizione data dal diritto europeo all'art. 1, comma 10, Dir. 2004/18/CE - *“è un'amministrazione aggiudicatrice che (a) acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o (b) aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici”*.

La *ratio* di accentrare in capo ad un unico soggetto gli acquisti di beni e servizi riferibili ad una pluralità di amministrazioni pubbliche risponde all'esigenza di contenimento della spesa pubblica, in quanto tali soggetti, in qualità di aggregatori della domanda, sono dotati di un peso contrattuale più elevato rispetto a quello spendibile dalla singole amministrazioni; riuscendo dunque, in questo modo, a ridurre i costi di gestione delle gare ed ottenere prezzi unitari vantaggiosi, così da vincolare a parametri obiettivi di riferimento - individuati in apposite convenzioni quadro - gli enti che optino per acquistare al di fuori del sistema⁷⁹.

Attraverso il fenomeno dell'aggregazione della domanda pubblica, dunque, si realizzano innegabili benefici economici, consistenti nel minor prezzo di acquisto (derivante dall'applicazione delle economie di scala) e nella riduzione dei costi di gara (derivante dall'eliminazione della duplicazione dei procedimenti di acquisto e dalla maggiore specializzazione degli addetti alla negoziazione centralizzata), nonché nella maggiore possibilità di affrontare ingenti costi fissi⁸⁰.

È evidente però, al tempo stesso, l'effetto di riduzione della concorrenza che rischia di essere provocato dalla centralizzazione degli acquisti, a cagione dell'aumento dell'importo dei contratti pubblici, il quale porta all'eliminazione delle piccole e medie imprese dal mercato, se non al prezzo di maggiori costi di transazione derivanti dalla necessità di consorziarsi⁸¹.

⁷⁶ Art. 1, comma 1, lett. c), legge delega 21 giugno 2022 n. 78. La disciplina è contenuta nell'art. 62 d. lgs. n. 36/2023 (*Aggregazione e centralizzazione delle centrali di committenza*).

⁷⁷ Per un'analisi di stampo giuridico-economico sul fenomeno dell'aggregazione dei contratti pubblici, cfr., *ex multis*, A. SÁNCHEZ GRAELLS, I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24*, 2014, University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-35; N. DIMITRI - F. DINI - G. PIGA, *When should procurement be centralized?*, in N. DIMITRI - G. PIGA - G. SPAGNOLO, *Handbook of Procurement*, 2006, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 47-81.

⁷⁸ Cfr. l'art. 37 d. lgs. n. 50/2016.

⁷⁹ A. F. DI SCIASCIO, *La centralizzazione degli acquisti, la dimensione dei lotti ed il principio di concorrenza*, in *Urb. app.*, fasc. 3, 2017, p. 381.

⁸⁰ M.E. COMBA, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urb. app.*, fasc. 10, 2016, p. 1053.

⁸¹ *Ibid.*, p. 1054.

In dottrina⁸² erano state da tempo evidenziate le tensioni irrisolte tra il principio di *favor* nei confronti delle PMI e la tendenza all'aggregazione della domanda.

Se da una parte sono infatti innegabili i summenzionati vantaggi dell'aggregazione della domanda (in termini di riduzione dei prezzi e dei costi di transazione, nonché di miglioramento della qualità e della professionalità nella gestione degli appalti), dall'altra la necessità per le stazioni appaltanti di ricorrere a tali strumenti nella quasi totalità dei casi comporta un eccessivo sacrificio alle possibilità di aggiudicazione dell'appalto in capo alle PMI.

Così, vigente il Codice del 2016, mentre una parte della dottrina guardava con assoluto favore il metodo della c.d. centralizzazione della committenza, in quanto funzionale alla migliore convenienza economica dell'appalto a favore della stazione appaltante⁸³, c'era chi aveva sostenuto come il vantaggio economico a favore dell'amministrazione dovesse considerarsi recessivo rispetto a quello europeo del *favor participationis*, anche (e soprattutto) per le piccole medie imprese⁸⁴.

E la stessa giurisprudenza, del resto, aveva sottolineato la tensione dialettica tra i due principi, evidenziando come uno dei possibili inconvenienti della centralizzazione degli acquisti fosse proprio quello di una riduzione del numero delle gare, frutto della concentrazione della domanda, con il conseguente rischio di restringere l'accesso al mercato delle PMI a causa dell'incremento degli importi a base d'asta: con la conseguenza che tale convivenza di interessi potenzialmente confliggenti – revisione della spesa e tutela della concorrenza – doveva essere rimessa all'opera di bilanciamento discrezionale affidata alle amministrazioni coinvolte nella scelta e filtrata all'esterno attraverso la motivazione degli atti di indizione della procedura di gara⁸⁵.

L'auspicio di ridimensionamento dell'istituto (evidentemente antagonista rispetto a quello della suddivisione in lotti) è stato disatteso dal legislatore del 2023 che con l'art. 62 d. lgs. n. 36/2023⁸⁶ – al netto di alcune modifiche concernenti il diverso aspetto della qualificazione delle stazioni appaltanti – non ha modificato i termini della questione.

⁸² B. RAGANELLI, *Pmi, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2017, p. 844.

⁸³ In tal senso E. PISTIS, *Suddivisione in lotti e centralizzazione degli acquisti. Uno sguardo critico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 95 ss.

⁸⁴ S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2020, p. 948.

⁸⁵ TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 29 luglio 2019, n. 1164, in www.giustizia-amministrativa.com.

⁸⁶ L'art. 62 del nuovo Codice (d. lgs. n. 36/2023) ha notevolmente innalzato le soglie di importo degli affidamenti per cui non è necessaria la qualificazione delle stazioni appaltanti. Ai sensi del comma 1, infatti, tutte le stazioni appaltanti possono procedere autonomamente ad acquistare forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro (40.000 nel codice del 2016) e lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro (150.000 nel codice del 2016). Cfr. *amplius* L.R. PERFETTI, *Sul "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urb. app.*, fasc. 1, 2025, p. 5 ss.

Anzi, nella sistematica del nuovo Codice, il fenomeno della centralizzazione della committenza – nella misura in cui permette di realizzare l’obiettivo di interesse pubblico della maggior convenienza economica – ben collima col nuovo “principio tiranno” del risultato⁸⁷ (art. 1 d. lgs. n. 36/2023), che impone di convogliare l’esercizio della discrezionalità amministrativa a favore di scelte che perseguano i principi costituzionali del buon andamento (art. 97 Cost.): il che rischia di determinare un eccessivo sacrificio di quegli interessi orizzontali (tra cui rientra proprio la tutela della PMI), che pure il legislatore è comunitariamente tenuto a tutelare⁸⁸.

De iure condendo, è dunque auspicabile una valorizzazione di quell’orientamento del Consiglio di Stato che, già in passato, aveva sottolineato l’esigenza di un attento monitoraggio e ridimensionamento del fenomeno della centralizzazione della committenza, onde evitare il rischio di un’eccessiva concentrazione del potere d’acquisto e di possibili collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI⁸⁹.

Non si può, tra l’altro, non evidenziare come tali linee contraddittorie del legislatore dei contratti pubblici (che, da un lato, persegue l’obiettivo di tutela del *favor participationis* di tutti gli operatori economici e, dall’altro, consolida i meccanismi di centralizzazione) risultano acuite alla luce delle rilevanti novità apportate dal decreto Correttivo (d. lgs. 31 dicembre 2024 n. 209), che ha previsto specifici interventi a tutela delle PMI.

4. Le novità del d. lgs. 31 dicembre 2024 n. 209 (c.d. Correttivo al Codice dei contratti pubblici)

Come osservato dalla Relazione illustrativa al decreto correttivo (d. lgs. n. 209/2024), la riforma dà seguito all’obiettivo di tutela dell’accesso delle micro, piccolo e medie imprese al mercato dei contratti pubblici, che già si era cercato di promuovere in sede di prima adozione del Codice, stabilendosi all’art. 108, comma 7 d. lgs. n. 36/2023 la possibilità che il bando di gara preveda criteri premiali a favore delle PMI e che tali criteri valorizzino il principio della “territorialità” per quei contratti che dipendono dal requisito della prossimità per la loro esecuzione.

A seguito dei dati raccolti in sede di consultazione, che hanno evidenziato le estreme difficoltà delle PMI nel presentare offerte competitive rispetto a quelle presentate dai grandi consorzi o da altri operatori economici, si è intervenuti con disposizioni puntuali volte a rendere più agevole la loro partecipazione al mercato, nell’ottica di una concorrenza intesa in senso sostanziale.

⁸⁷ D CAPOTORTO., *I rischi di derive autoritarie nell’interpretazione del principio del risultato e l’indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell’amministrazione*, in www.federalismi.it, fasc. 14/2023, p. 53.

⁸⁸ Sulla tutela degli interessi orizzontali e il principio di *favor participationis*, cfr. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, p. 5 ss.

⁸⁹ Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 861; Cons. Stato, sez. III, del 26 settembre 2018 n. 5528, in www.giustizia-amministrativa.com.

Una innovazione di carattere generale volta a tutelare le piccole medie imprese è rappresentata – al di là di quelle modifiche apportate alla disciplina dei consorzi e in materia di tutele lavoristiche che, secondo la Relazione illustrativa al Correttivo, *“potrebbero assicurare, in via trasversale, una maggior tutela per le PMI”*⁹⁰ – dal rafforzamento dell’incentivo dell’istituto della suddivisione in lotti, mediante modifiche testuali volte a chiarire che il lotto quantitativo non deve necessariamente essere autonomo dal punto di vista funzionale.

L’art. 74, comma 1, lett. c) d. lgs. n. 209/2024 ha infatti modificato l’art. 3 lett. u) dell’Allegato I.1 del Codice (*Definizione delle procedure e degli strumenti*), stabilendo che per “lotto quantitativo”, debba intendersi *“uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese, purché inserito in una programmazione idonea a garantire la realizzazione di opere funzionalmente autonome”*.

Il lotto quantitativo, dunque, viene ora espressamente considerato alla stregua di una suddivisione dell’appalto basata solo sulla quantità (ad esempio, suddividendo l’importo o i volumi di lavoro), senza che sia necessario che ogni lotto abbia una propria autonomia funzionale: dal che discende che il lotto può essere assegnato con procedura separata, rimanendo al tempo stesso parte di un’opera o servizio più ampio che, preso nel suo insieme, è funzionalmente autonomo.

In altri termini, il d. lgs. n. 209/2024 corregge un’ambiguità del testo originario del Codice, chiarendo come la suddivisione degli appalti possa avvenire con criteri quantitativi o qualitativi, senza che questi ultimi debbano necessariamente corrispondere a opere distinte e autosufficienti.

La modifica normativa pare pertanto orientata a favorire la partecipazione delle medie e piccole imprese, evitando che la suddivisione in lotti necessariamente funzionali, oltre a rappresentare di per sé un limite al frazionamento dell’appalto, finisse comunque per escludere gli operatori economici più piccoli per mancanza di capacità tecnico-organizzativa relativa a un progetto completo e autonomo.

In tal modo, infatti, un lotto quantitativo potrà ora essere più facilmente tarato sulle capacità economico-finanziarie delle PMI, senza la necessità di garantire che ogni lotto costituisca un’entità autonoma in termini funzionali.

In maniera più dirompente, poi, il legislatore del correttivo è intervenuto con una misura di *positive action* (c.d. discriminazione positiva)⁹¹, attribuendo la possibilità alle stazioni appaltanti, negli affidamenti

⁹⁰ Cfr. la Relazione illustrativa al Correttivo, p. 11.

⁹¹ Dando seguito a quella dottrina che individua in tali “riserve”, specialmente nei contratti sottosoglia, l’unico strumento effettivo per garantire una partecipazione effettiva delle PMI al mercato delle commesse pubbliche (B. RAGANELLI, *Pmi, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2017, 855-856).

sottosoglia, di riservare il diritto di partecipazione o l'esecuzione dei correlati contratti a piccole e medie imprese,

Tale innovativo intervento normativo rende dunque ora del tutto superflua quell'interpretazione ermeneutica di stampo sistematico che probabilmente legittimava, anche in vigore della versione originaria del Codice, scelte di favore nei confronti delle PMI, anche locali, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, valorizzando il combinato disposto degli artt. 58, 108 e 10 d. lgs. n. 36/2023.

L'art. 58 d. lgs. n. 36/2023 aveva previsto infatti – sulla scia della disciplina del 2016 – la suddivisione degli appalti in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi, al precipuo fine di garantire la effettiva partecipazione da una parte delle micro, delle piccole e delle medie imprese e dall'altra – con un'innovazione – le imprese *“anche di prossimità”*.

L'art. 108 d. lgs. n. 36/2023 aveva previsto, con l'obiettivo di promuovere il pluralismo degli operatori economici, la possibilità di introdurre *“criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese”* nella valutazione dell'offerta, promuovendo altresì *“l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento”*, seppur solo con riferimento alle prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione.

L'art. 10 d. lgs. n. 36/2023 – oltre a prevedere la tipicità e tassatività dei c.d. requisiti di moralità di cui agli artt. 94 e 95 d. lgs. n. 36/2023, con conseguente nullità di eventuali clausole di esclusione introdotte nella *lex specialis* ma non previste dalla legge – aveva stabilito che i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-finanziaria, discrezionalmente stabiliti dalla stazione appaltante, devono sempre tenere in considerazione una serie di parametri legislativi⁹²: in particolare, *“l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese”*⁹³.

Sulla base di una lettura coordinata degli artt. 58, 108 e 10 d. lgs. n. 36/2023 e tenendo conto della valorizzazione, da parte del legislatore, della prossimità come tendenza di sistema, potevano già reputarsi

⁹² Con la precisazione che, in caso di accoglimento dell'impugnazione proposta per violazione di tali parametri legislativi, la conseguenza giuridica è quella dell'annullabilità (e non della nullità) della clausola (R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Milano, 2023, p. 847). Sui caratteri delle due diverse figure, cfr. – per tutti – R. CAVALLO PERIN, (voce) *Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2017, pp. 551-558.

⁹³ È stato osservato come il successo di tale operazione (perseguita dal legislatore con l'art. 10 d. lgs. n. 36/2023 e astrattamente adeguata a far fronte alle esigenze del settore) dipenderà da due fattori: da un lato, dalla capacità che dimostreranno le amministrazioni di valorizzare il principio di massima partecipazione come criterio guida per orientare le scelte discrezionali in sede di gara; e, dall'altro lato, dallo spazio che il giudice amministrativo si ritaglierà nel sindacare l'esercizio discrezionale del potere amministrativo (M. CALABRO, A.G. PIETROSANTI, *Principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *ambientediritto.it*, fasc. 2, 2023, p. 31).

legittime, quindi, quelle clausole di esclusione inserite nel bando di gara con l'obiettivo di estromettere dalla procedura di gara – quantomeno nei contratti sottosoglia, dotati di maggiore elasticità rispetto alle regole concorrenziali – quelle imprese di grandi dimensioni che, in assenza di correttivi “*ad hoc*”, si aggiudicherebbero la commessa, disponendo di risorse e organizzazioni tali da permettere loro di presentare l'offerta economicamente più vantaggiosa in sede di gara.

In altri termini, valorizzando il combinato disposto di tali articoli, si sarebbero potute ritenere comunque legittime – vigente il Codice del 2023 pre-Correttivo – quelle clausole di esclusione dalla gara nei confronti degli operatori economici aventi requisiti dimensionali che superassero determinate soglie, favorendo così – nei contratti sottosoglia che non presentano il c.d. interesse transfrontaliero certo⁹⁴ – l'accesso al mercato di quelle imprese che, in presenza delle fisiologiche dinamiche, risulterebbero pretermesse (PMI e PMI locali).

Il legislatore del correttivo è intervenuto invece direttamente sul punto e, accogliendo quelle voci dottrinali che lamentavano l'assenza di riserve per le piccole imprese nei i contratti sottosoglia e nel subappalto, evidenziando come ciò determinasse un cortocircuito coi principi di eguaglianza e *tertium comparationis*⁹⁵, ha introdotto specifiche disposizioni in materia.

4.1. Art. 61, comma 2 *bis* d. lgs. n. 36/2023: i contratti riservati alle PMI

Stabilisce l'attuale art. 61, comma 2-*bis* d. lgs. n. 36/2023 (come modificato dall'art. 24, lett. c) d. lgs. n. 209/2024) che “*Per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14, ad eccezione dei casi di cui all'articolo 48, comma 2, tenuto conto dell'oggetto e delle caratteristiche delle prestazioni o del mercato di riferimento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e di concessione o possono riservarne l'esecuzione a piccole e medie imprese*”.

L'innovazione del correttivo - inserita al comma 2-*bis* dell'art. 61 d. lgs. n. 36/2023 - fa seguito alla norma - contenuta nel comma 1 - che persegue l'obiettivo di tutela di alcuni importanti interessi orizzontali, prevedendo la possibilità per le stazioni appaltanti di riservare “il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e di concessione o possono riservarne l'esecuzione a operatori economici e a cooperative sociali

⁹⁴ Cfr. E. GIARDINO, *Gli affidamenti sotto soglia*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 3, 2023, p. 345 ss. Sui contratti sottosoglia in generale, cgr. M. SANINO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in *Trattato sui contratti pubblici*, III, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano (a cura di), *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, 2008, p. 2427 ss.; V.L. CAPOGNA, *Artt. 121-125. Contratti sotto soglia comunitaria*, in M. BALDI, R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, Milano, 2007, p. 1018 ss.; M. LOCATI, *I contratti sotto soglia*, in *Urb. app.*, 2006, p. 883 ss. La dottrina più attenta sul tema aveva del resto già osservato come il legislatore europeo e il Codice avrebbero “*forse potuto osare di più*”, almeno sottosoglia, spingendosi maggiormente verso un'evoluzione del modello” (B. RAGANELLI, *Pmi, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2017, p. 860).

⁹⁵ B. RAGANELLI, *Pmi, procurement e favor participationis*, cit., fasc. 3-4, 2017, p. 865).

e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate”.

La novella introduce – nell’analogo intento di tutelare un interesse orizzontale di matrice europea, quello costituito dal *favor participationis* per le PMI – un nuovo comma 2-*bis*, col quale prevede la possibilità per le stazioni appaltanti e per gli enti concedenti di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e concessione o l'esecuzione degli stessi a piccole e medie imprese, limitatamente agli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea euro 5.538.00 per gli appalti pubblici di lavori ed euro 143.00 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi⁹⁶) e ad eccezione di quelli per i quali sia accertato un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto dell'oggetto e delle caratteristiche delle prestazioni o del mercato di riferimento⁹⁷.

Volendo trovare un *fil rouge* tra i due strumenti di riserva previsti dall’art. 61 d. lgs. n. 36/2023, è possibile osservare come i meccanismi di accesso al lavoro propri delle piccole imprese locali risultano di fatto meno rigidi di quelli tipici delle grandi imprese, la cui struttura organizzativa impone di frequente il possesso di requisiti in capo al lavoratore – valutabili *ex ante* - significativamente più stringenti; laddove invece la dimensione ridotta del contesto locale di riferimento consente più agevolmente di sopperire alla funzione assicurata dai rigidi criteri di selezione basati su esperienze curriculari, mediante il ricorso alla conoscenza diretta delle competenze dell’assumendo lavoratore: così che una tutela (diretta) delle PMI potrebbe altresì perseguire l’effetto (indiretto) di tutelare la manodopera di stampo locale.

È stato osservato come tale art. 61, comma 2-*bis* d. lgs. n. 36/2023 costituisca una “*rivoluzione epocale*”⁹⁸ che, nell’introdurre una nuova e autonoma ipotesi di riserva, attribuisce una facoltà di scelta alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, chiamati a valutare se l’oggetto e le caratteristiche delle prestazioni o del mercato di riferimento siano compatibili con l’attivazione di una riserva a favore delle PMI.

La norma rappresenta dunque un’assoluta novità in materia di contratti pubblici, in quanto, nel prevedere vere e proprie riserve a favore delle PMI, comporta una deroga frontale al principio di concorrenza e non discriminazione, nell’ottica, probabilmente, del perseguimento di un risultato di tipo “sostenibile”.

È noto infatti come il principio del risultato - la cui primazia quale criterio per l’esercizio del potere amministrativo è stata per lungo tempo oscurata da un’interpretazione “sacrale” del principio di concorrenza⁹⁹, trattato per anni alla stregua non di semplice valore da rispettare o di una finalità da perseguire (e dunque da ponderare con altri principi), ma di vera e propria “*Grundnorm* dell’ordinamento

⁹⁶ Cfr. art. 14 d. lgs. n. 36/2023.

⁹⁷ F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Il Nuovo Codice dei contratti pubblici prima e dopo il correttivo*, Roma, 2025, p. 235.

⁹⁸ G. PIGA, G. SCOGNAMIGLIO, *Correttivo codice appalti, una prima apertura alle PMI*, 2024, in *Il Sole 24 ore, Enti Locali e Edilizia, Norme & Tributi Plus*.

⁹⁹ Sia consentito a rinviare a S. VINTI, *L’eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l’oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, fasc. 12, 2020, p. 252 ss.

dei contratti pubblici¹⁰⁰ – imponga alle amministrazioni di prediligere opzioni esegetiche funzionali all'esigenza di affidare ed eseguire contratti in maniera economica, efficiente ed efficace, secondo i canoni del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Al tempo stesso, però, l'appalto pubblico risulta altresì funzionalizzato al perseguimento di altri interessi pubblici (c.d. interessi orizzontali): a corredo dell'interesse primario, esistono cioè interessi che determinato un certo valore aggiunto, sotto il profilo ambientale e sociale, così da attribuire all'appalto pubblico la polimorfa funzione di strumento di stabilità occupazionale, di sostenibilità ambientale, di inclusione democratica; e proteso a realizzare, in ultima analisi, l'obiettivo di sviluppo sostenibile¹⁰¹.

La stazione appaltante, dunque, nell'esercizio della propria discrezionalità¹⁰², non può non tener conto di tali interessi, posti sì a corredo dell'interesse primario alla tempestiva esecuzione dell'appalto, ma non per questo in posizione subalterna.

¹⁰⁰ Sul principio del risultato, cfr., tra i contributi più recenti, D CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, fasc. 14/2023, p. 53; M. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *www.federalismi.it*, fasc. 9, 2024, p. 206 ss.; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.com*, 2023; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.com*, 2023; F. CUSANO, *Luci e ombre del principio del risultato*, in *ambienteditto.it*, fasc. 3, 2023, p. 338; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.com*, 2023.

Anche prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 36/2023 si registra una copiosa letteratura. Cfr. sul tema, tra i contributi più rilevanti, A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in M.R. SPASIANO, D. CORLETTI, M. GOLA, D.U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012, p. 73 ss.; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 40 ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2017, p. 117 ss.; U. ALLEGRETTI, *Corte Costituzionale e Pubblica Amministrazione*, in *Le Regioni*, 1982, p. 1186; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova, 1958, IV, p. 136; G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 160; P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987; M.S. GIANNINI, *Organi*, in *EdD*, XXXI, Milano, 1981, p. 43 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, FA, 1997, p. 3303 ss.; R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in *Aa.Vv., Diritto amministrativo*, Bologna 1998, I, p. 397 ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione materiale e formule*, RTDPC, 1985, I, p. 162 ss.; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano 1975.

¹⁰¹ Cfr. E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2023, p. 833 ss. Non a caso la dottrina che si è occupata del tema ha prontamente sottolineato come tra i principi del nuovo codice si registri una "omissione grave", data dall'assenza di ogni riferimento al principio di sostenibilità (R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, fasc. 12, 2023, p. 1959).

¹⁰² Sulla configurazione della discrezionalità amministrativa nell'attuale e passato panorama normativo cfr. M.A. SANDULLI, *Brevi considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, p. 15 ss. Sul tema, cfr. anche – *ex multis* – A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; P. CARPENTIERI, *La discrezionalità tecnica e il suo sindacato, da un punto di vista logico*, in *D SOC*, 3/2022, 489 ss.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *EdD Annali*, II, Milano, 2008, p. 471 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., IV, Milano, 2010, p. 146 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *EdD*, Milano, XIII, p. 65 ss.

La rilevanza di tali valori, nel contesto eurounitario e interno, costituirebbe dunque la prova dell'erroneità di un'impostazione metodologica basata sulla biunivoca equiparazione tra risultato amministrativo e risultato di tipo economico¹⁰³.

Una norma come quella dell'art. 61, comma 2-*bis* del d. lgs. n. 36/2023, come modificata dal correttivo, pare in effetti porsi in questa scia, perseguendo il lodevole intento – che dovrebbe assicurare esternalità positive in termini sociali, come il *Preston Model* insegna – di renderli attori del mercato pubblico le PMI: esse, essendo spesso radicate nel territorio ed essendo dotate di maggiore flessibilità rispetto alle pratiche centralizzate delle grandi imprese, meglio perseguono i valori della sostenibilità (primo tra tutti, favorendo, ad esempio, l'occupazione locale)¹⁰⁴.

4.2. Le modifiche all'art. 119, comma 2 d. lgs. n. 36/2023: la riserva di subappalto per le PMI

L'art. 41, comma 1, *lett. a)* d. lgs. n. 209/2024 ha modificato l'art. 119, comma 2 del d. lgs. n. 36/2023, stabilendo che, nei contratti di subappalto, una percentuale non inferiore al 20 per cento delle prestazioni che si intende subappaltare (calcolate in base all'importo complessivo dell'appalto) sia riservata alle piccole e medie imprese.

Anche tale modifica vale a costituire una innovazione significativa per l'ordinamento dei contratti pubblici italiano, che rende effettivo il principio di favorire l'accesso al mercato delle commesse pubbliche di tutti gli operatori economici (art. 3 d. lgs. n. 36/2023), in un'ottica di concorrenza in senso sostanziale (e non formale).

¹⁰³ E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici*, cit., p. 834: secondo l'Autore la circostanza testuale che il legislatore del Codice abbia ancorato il principio del risultato al solo approvvigionamento non vale a dare risposta negativa alla domanda sulla funzionalizzazione dell'appalto agli interessi pubblici di tipo sostenibile (*sustainable development goals*). In primo luogo, in quanto tra i principi ispiratori delle direttive europee vi è espressamente quello della sostenibilità; in secondo luogo, in quanto l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile è comunque disposta in capo a tutte le pubbliche amministrazioni e prevista dall'art. 3-*quater*, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; in terzo luogo, in quanto la relazione allo schema di codice afferma che non va perseguito un qualsiasi risultato, ma un risultato "virtuoso"; e, in ultima analisi, secondo un'interpretazione di tipo sistematico, perché se il risultato della vicenda contrattuale è perseguito nell'interesse della collettività (art. 1, comma 3, d.lgs. 36/2023) e se la Costituzione prevede espressamente che l'attività economica pubblica è indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali (art. 41, comma 3 Cost.), non pare ammissibile che la mera omissione del riferimento alla sostenibilità - da parte del legislatore 2023 - possa determinare una estromissione di quest'ultima dall'impianto valoriale e finalistico della materia. Con la conseguenza, dunque, che per *risultato* non può non intendersi altresì un risultato di tipo "sociale".

¹⁰⁴ Secondo i risultati presentati nel 2024 da Sustainability Lab di SDA Bocconi (School of Management) e F2A – attraverso il c.d. Social Sustainability Monitor, volto ad analizzare le scelte strategiche aziendali e manageriali nella prospettiva della sostenibilità sociale - le PMI si rivelano più virtuose delle grandi aziende nel campo sociale. La ricerca ha coinvolto 101 aziende del network F2A, divise più o meno equamente tra grandi imprese e Pmi, concentrandosi su due temi: la c.d. "S interna", riguardante il personale dell'azienda, e la c.d. "S esterna", attinente comunità locali e società. Ne è emerso che in proporzione sono le PMI a essere più virtuose, mentre le grandi imprese, pur rispettando le prescrizioni normative, su molti aspetti presentano ancora margini di miglioramento.

La norma poi precisa che la soglia del 20% non costituisce un valore assoluto, ben potendo gli operatori economici indicare, in sede di offerta, una diversa e inferiore soglia di affidamento delle prestazioni che intendono subappaltare alle PMI¹⁰⁵: con ciò frustando l'obiettivo di effettività di tutela delle PMI, il cui peso ponderale nell'esecuzione del subappalto verrà affidato alla mera discrezionalità dell'appaltatore e delle sue indicazioni in sede di offerta tecnica-economica.

Sotto questo aspetto, il legislatore avrebbe dunque potuto stabilire il 20% come soglia minima e inderogabile che gli appaltatori devono indicare alla voce "subappalto" nei confronti delle PMI; prevedendo magari, in aggiunta, anche ulteriori strumenti di incentivo (economico, fiscale o premiale) a quegli appaltatori di lavori, servizi o forniture che decidano di subappaltare a PMI prestazioni addirittura superiori al 20% dell'importo totale.

4.3. Art. 82-bis d. lgs. n. 36/2023: l'accordo di collaborazione

L'art. 29 d. lgs. n. 209/2024 ha inserito nel Codice l'art. 82-bis¹⁰⁶, individuando – sulla scorta dell'esperienza anglosassone dell'*aliancing*¹⁰⁷ – l'istituto del c.d. accordo di collaborazione, cioè *"l'accordo plurilaterale con il quale le parti coinvolte in misura significativa nella fase di esecuzione di un contratto di lavori, servizi o forniture, disciplinano le forme, le modalità e gli obiettivi della reciproca collaborazione al fine di perseguire il principio del*

¹⁰⁵ Stabilisce il nuovo art. 119, comma 2 d. lgs. n. 36/2023: *"I contratti di subappalto sono stipulati, in misura non inferiore al 20 per cento delle prestazioni subappaltabili, con piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni che si intende subappaltare alle piccole e medie imprese per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento"*.

¹⁰⁶ Stabilisce l'art. 82-bis d. lgs. n. 36/2023 (Accordo di collaborazione): *"1. Le stazioni appaltanti possono inserire nei documenti di gara di cui all'articolo 82 lo schema di un accordo di collaborazione plurilaterale con il quale le parti coinvolte in misura significativa nella fase di esecuzione di un contratto di lavori, servizi o forniture, disciplinano le forme, le modalità e gli obiettivi della reciproca collaborazione al fine di perseguire il principio del risultato di cui all'articolo 1, mediante la definizione di meccanismi di esame contestuale degli interessi pubblici e privati coinvolti finalizzati alla prevenzione e riduzione dei rischi e alla risoluzione delle controversie che possono insorgere nell'esecuzione dell'accordo. L'accordo di collaborazione non sostituisce il contratto principale e gli altri contratti al medesimo collegati, strumentali all'esecuzione dell'appalto e non ne integra i contenuti.*

2. Lo schema di accordo è redatto in coerenza con l'allegato II-6-bis, e definisce, in considerazione dell'oggetto del contratto principale, gli obiettivi principali e collaterali collaborazione, nel rispetto del principio della fiducia di cui all'articolo 2, indicando, altresì, le eventuali premialità previste per la realizzazione dei medesimi obiettivi.

3. All'esito dell'aggiudicazione, la stazione appaltante sottopone l'accordo di collaborazione alla sottoscrizione dell'appaltatore e delle altre parti coinvolte in misura significativa, individuate ai sensi dell'articolo 2 dell'allegato II-6-bis. L'accordo disciplina le modalità di adesione degli ulteriori operatori economici coinvolti nella fase dell'esecuzione in un momento successivo alla sottoscrizione del medesimo.

4. Al fine di monitorare gli effetti prodotti dalle disposizioni di cui al presente articolo, le stazioni appaltanti comunicano alla piattaforma del Servizio contratti pubblici di cui all'articolo 223, comma 10, gli accordi di collaborazione stipulati all'esito della fase di aggiudicazione. Il Servizio contratti pubblici monitora i risultati perseguiti nella fase dell'esecuzione mediante l'accordo di collaborazione e riferisce periodicamente alla Cabina di regia di cui all'articolo 221".

¹⁰⁷ Termine con cui si fa riferimento a quelle intese che coinvolgono due o più soggetti – anche di diversa scala e provenienza – uniti dalla volontà di perseguire obiettivi e interessi economici condivisi, in modo da generare un impatto positivo, contribuendo allo sviluppo sociale complessivo e al miglioramento del risultato finale. Per un approfondimento, cfr. J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, *The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept*, in *International Journal of Project Management* 25, 2007, 219-231; A. GERYBADZE, *Strategic alliances and process redesign*, New York, 1995; G.. NICHOLSON, *Choosing the right partner for your joint venture*, Fletcher construction, in *Proceedings of joint venture & strategic alliance conference*, Sydney, Australia, 1996.

risultato di cui all'articolo 1 mediante la definizione di meccanismi di esame contestuale degli interessi pubblici e privati coinvolti finalizzati alla prevenzione e riduzione dei rischi e alla risoluzione delle controversie che possono insorgere nell'esecuzione dell'accordo"¹⁰⁸.

Quanto alla sua natura giuridica, la dottrina aveva già avuto modo di sottolineare come gli accordi collaborativi dovessero intendersi alla stregua di regolamenti di secondo livello, i quali, se non sregolati nella prospettiva di un'azione sinergica verso uno scopo comune, rischiano di prorre interferenze negative. Si tratta, in altri termini, di accordi recanti una disciplina che impone un certo grado di adattamento e flessibilità alle sopravvenienze (come tali non pre-definibili a priori) che colpiscono i singoli contratti della catena, sulla base dell'assunzione dell'impegno dei suoi componenti ad agire proattivamente in maniera collaborativa, prima di rivendicare indennizzi o pretese risarcitorie.¹⁰⁹

L'accordo di collaborazione si fonda sull'esigenza di disciplinare in modo condiviso e sinergico quegli aspetti esterni a uno o più rapporti giuridici, che le parti intendono armonizzare per orientare le rispettive azioni verso un fine comune e previamente concordato. Si sostituisce così la tradizionale logica antagonistica, basata sulla responsabilità individuale, con un approccio cooperativo, che valorizza la corresponsabilità nel perseguimento di obiettivi condivisi.

L'accordo ha infatti come obiettivo la promozione della responsabilizzazione di tutte le parti rispetto alla corretta esecuzione dell'appalto (in primo luogo, subappaltatori e sub-contraenti, ma anche fornitori rilevanti), dal punto di vista di rispetto dei tempi, dei costi, nonché della verifica degli adempimenti¹¹⁰. Soprattutto, però, l'accordo di collaborazione è finalizzato anche al perseguimento di "obiettivi collaterali"¹¹¹. Vi si stabilisce in particolare, da una parte, che gli obiettivi collaterali individuano le attività e gli impegni a carico delle parti finalizzati al conseguimento di ulteriori benefici di comune interesse tenuto conto anche degli aspetti sociali, culturali e ambientali connessi all'appalto; dall'altra, che rientrano tra gli obiettivi collaterali la promozione della partecipazione ai subappalti o sub-contratti delle piccole e medie imprese con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento per le prestazioni di cui all'art.108, comma 7, terzo periodo d.lgs. n. 36/23 (dunque, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità).

¹⁰⁸ Art. 1, All.II. 6-*bis* d. lgs. n. 36/2023 (Allegato aggiunto dall'art. 89 d. lgs. n. 209/2024).

¹⁰⁹ S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, in *Dir. econ.*, fasc. 2, 2019, pp. 272-273.

¹¹⁰ Come noto, il Consiglio di Stato, nel parere del 2 dicembre 2024 n. 1463, ha espresso forti perplessità rispetto a siffatto strumento, posto che l'ordinamento italiano prevede già una molteplicità di fonti, imperative, evidenziali, contrattuali, su cui si regge il rapporto contrattuale e che, inoltre, la fase esecutiva del contratto pubblico è già retta dalle disposizioni dai principi, ma soprattutto dalle elaborazioni giurisprudenziali inerenti alle regole del codice civile. Ad ogni modo, nonostante il Consiglio di Stato avesse consigliato di non inserire tale disposizione – in quanto avrebbe aggravato gli oneri gestionali afferenti alla fase esecutiva – il legislatore ha deciso di aderire alla scelta di senso opposto.

¹¹¹ Art. 3, comma 4 All.II. 6-*bis* d. lgs. n. 36/2023.

E in effetti, come emerge dagli studi e analisi effettuate in materia, una rinnovata concezione del “localism” e gli effetti in termini di “*high proportion of local labour*” costituiscono alcuni dei principali benefici positivi prodotti dagli accordi collaborativi quando sperimentati nel campo dei contratti pubblici¹¹²

Il legislatore ha preso dunque atto della necessità di tutela di interessi di stampo orizzontale e la necessità di predisporre strumenti (come appunto l'accordo di collaborazione) volti a responsabilizzare tutte le parti coinvolte nella filiera: è stato, in altri termini, valorizzato sempre di più l'utilizzo c.d. strategico del potere di acquisto delle stazioni appaltanti, al fine del perseguimento di politiche e obiettivi sociali comuni, così da massimizzare la creazione del *social value* nell'attività contrattuale dell'amministrazione¹¹³.

Oltre all'obiettivo primario costituito dalla tempestiva esecuzione del contratto, è da tempo riconosciuta dalla dottrina l'esistenza di altri interessi – di stampo sociale e ambientale – che non si pongono in posizione secondaria, ma “orizzontale”: ciò nel senso che non possono spingersi al punto da compromettere l'interesse specifico del contratto, ma che al tempo stesso sono tutelati dall'ordinamento ai fini del perseguimento degli obiettivi di sostenibilità¹¹⁴.

La nuova norma sull'accordo di collaborazione (art. 82-*bis* d. lgs. n. 36/2023) segna un passaggio significativo nella direzione auspicata già da tempo dalla dottrina, che ha evidenziato la necessità di superare i tradizionali schemi contrattuali di tipo antagonistico, promuovendo modelli dialogici capaci di prevenire conflitti e generare valore pubblico.

In questo modo, l'introduzione di strumenti multilaterali, volti a disciplinare le relazioni tra più soggetti coinvolti nell'esecuzione di un appalto, consente di rafforzare la logica collaborativa e responsabilizzare in modo condiviso tutti gli attori della filiera.

Tale approccio si dimostra inoltre particolarmente idoneo a perseguire obiettivi di sostenibilità a livello territoriale, favorendo l'integrazione e la cooperazione tra le imprese, con attivo e necessario coinvolgimento altresì delle piccole medie imprese locali, che sono coinvolte all'interno della filiera e che ugualmente sono chiamate a concorrere al perseguimento del medesimo obiettivo comune finale.

Uno strumento volto alla collaborazione tra stazioni appaltanti, appaltatori e filiera dei subcontraenti, attraverso l'impiego di schema contrattuali dialogici e la creazione di un rapporto diretto con tutta la filiera delle imprese, appare la risposta giusta per attribuire all'appalto l'agognato “valore pubblico aggiunto”¹¹⁵.

¹¹² Come successo, ad esempio, nel Regno Unito: cfr. S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, cit., p. 262.

¹¹³ A. FARÌ, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, p. 441 ss.

Cfr., sul tema, le riflessioni di D. CAPOTORTO, *Lo Stato consumatore*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2021, p. 161 ss.

¹¹⁴ E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, cit., p. 46.

¹¹⁵ S. VALAGUZZA, *La collaborazione nei contratti pubblici spiegata in 10 punti*, sulla rivista giuridica online *Ingenio*, 2019.

4.4. La modifica dell'art. 108, comma 4 d. lgs. n. 36/2023

L'introduzione di tale innovativo strumento non può non leggersi unitamente alla modifica che si è avuta dell'art. 108, comma 4 d. lgs. n. 36/2023 (*Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*).

Se la versione originaria stabiliva che *“l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”*, l'art. 36, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 209/2024 ha modificato tale comma stabilendo invece che l'offerta è valutata *“sulla base di criteri oggettivi, di impatto economico sociale e ambientale”*.

La modifica – seppur possa sembrare marginale e di mero pregio stilistico – determina importanti ricadute in sede di valutazione e selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, dunque, del contraente migliore.

Attraverso la pariordinazione, in sede di valutazione dell'offerta, dei criteri di stampo sociale e ambientale a quello economico, il legislatore pare aver preso definitivamente consapevolezza della necessità di perseguire il c.d. *triple bottom line approach*: dunque, delle tre dimensioni del concetto di sostenibilità (sociale, ambientale ed economica) al fine di misurare, oltre che il risultato prettamente economico dell'impresa e dell'offerta da essa presentata in sede di gara, l'impatto ambientale e sociale della stessa.

In tal modo, dunque, il *“potentissimo driver costituito dalla macchina della contrattazione pubblica”*¹¹⁶ viene convogliato verso la realizzazione di interessi di natura sociale e ambientale.

Si prende dunque definitivamente atto che la dimensione degli *interessi orizzontali* della pubblica amministrazione¹¹⁷ permea l'intero ciclo di vita del contratto, condizionando le operazioni negoziali della pubblica amministrazione dalla fase di progettazione e programmazione fino a quella di esecuzione del contratto.

Il che trova riscontro anche nella legislazione comunitaria, che sta lentamente ma progressivamente virando da un diritto costituzionale della tutela dei mercati e della concorrenza a un diritto che si occupa

Come è stato osservato in dottrina, d'altronde, *“le esigenze sociali, ambientali, di sviluppo sostenibile e di tutela della legalità hanno acquisito una valenza centrale nella normativa settoriale, sovraccaricando di valori assiologici l'attività di approvvigionamento dello Stato. Si tratta, quindi, di un consumatore atipico che non tende alla massimizzazione del proprio benessere individuale (rectius: del benessere dello Stato apparato, di cui invece si occupava la normativa di contabilità dello Stato), preoccupandosi piuttosto del benessere collettivo e, finanche, del benessere delle proprie controparti contrattuali (tutela delle PMI e della concorrenza). Un buon padre di famiglia che cerca di migliorare il mondo orientando eticamente le proprie scelte di consumo, anche, se del caso, a discapito dell'economia domestica”* (D. CAPOTORTO, *Lo Stato consumatore*, cit., p. 162).

¹¹⁶ F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e l'obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, fasc. 3, 2020, p. 62 ss.).

¹¹⁷ E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, cit., p. 38, ove si chiarisce che gli interessi ambientali (e sociali) che confluiscono nella complessiva operazione negoziale dell'amministrazione assurgono a «interessi orizzontali» comunque tali da non compromettere — in assenza di diversa indicazione legislativa — il perseguimento dell'interesse pubblico.

anche di diritti fondamentali, di correzione delle disuguaglianze e di tutela della sostenibilità sociale e ambientale¹¹⁸.

È stato del resto osservato come la valorizzazione delle caratteristiche sociali e ambientali dell'operatore economico che partecipa alla gara comporti sempre più l'abbandono, nella procedura di scelta del contraente e di selezione della migliore offerta, della tradizionale distinzione tra requisiti oggettivi e requisiti soggettivi richiesti ai fini della partecipazione alla gara¹¹⁹, in un'ottica di valorizzazione della correlazione della sostenibilità dell'impresa e sostenibilità dell'offerta economica da essa presentata.

E, sotto questo aspetto, la novità legislativa volta a "livellare" il criterio economico ai criteri valutativi di impatto sociale e ambientale nella valutazione dell'offerta va dunque considerata alla stregua di un implicito riconoscimento dell'impossibilità di prescindere, in materia di affidamenti pubblici, dalla triplice concezione di sostenibilità¹²⁰: il che determina di riflesso – con le parole del legislatore – un netto indirizzamento dell'azione amministrativa verso *"le esigenze delle comunità di riferimento e la soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti"*¹²¹.

Ciò sancisce il riconoscimento normativo dell'emersione, anche nel contesto interno, di un *social procurement*, da intendersi come l'acquisto di beni, servizi al fine di creare "valore sociale" (dunque un miglioramento misurabile nella vita delle persone) e — più in generale — come l'acquisizione di beni e servizi e l'appalto di lavori aventi l'obiettivo di creare risultati positivi (sia diretti che indiretti) sul tessuto sociale¹²².

Gli appalti sociali rappresentano in tal senso un vero e proprio strumento di *public policy* volto al contrasto delle disuguaglianze economiche: il *procurement* sociale, infatti, favorendo la crescita delle PMI e rafforzando le imprese e le economie locali, può finanche fungere da leva per aumentare l'occupazione e l'inclusione per quella parte di popolazione più povera ed emarginata¹²³.

E sicuramente una promozione delle PMI locali nell'affidamento di appalti pubblici contribuisce significativamente alla valorizzazione della disciplina "multivaloriale" dei contratti pubblici:

¹¹⁸F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2017, p. 205.

¹¹⁹A. CANCRINI, F. VAGNUCCI, *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 3, 2023, p. 329.

¹²⁰Cfr. *supra*, par. 1.

¹²¹Secondo l'espressione usata dall'art. 3 d. lgs. 201/2022, in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Per un recente approfondimento sul tema, cfr. P. ACRI, G. CAIA, M. CALCAGNILE, N. AICARDI, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Approfondimenti e inquadramento concettuale*, Napoli, 2024.

¹²²La nozione di *social procurement* assume dunque un significato molto più ampio rispetto all'obbligo di previsione, nei bandi di gara, delle c.d. clausole sociali di cui all'art. 57 d. lgs. n. 36/2023, che si limita a prevedere l'obbligo dei bandi di gara di *"contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate"*.

¹²³Cfr. L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Riv. comm. int.*, fasc. 1, 2020, p. 251 ss.

l'aggiudicazione di beni, opere e servizi a imprese di prossimità determina infatti effetti positivi sull'intero tessuto economico del territorio, in termini fiscali, di tutela del lavoro, di salvaguardia ambientale, nonché in termini di partecipazione civica¹²⁴.

5. Il grande assente del correttivo: il principio di prossimità

In effetti, il legislatore del 2023 aveva parzialmente abbandonato *“il timore (comunque ancora tangibile) che la dimensione prevalentemente domestica/locale di molte questioni sociali possa essere utilizzata pretestuosamente a livello nazionale per camuffare scelte che, nella sostanza, sono riconducibili a motivazioni protezionistiche”*¹²⁵: attraverso l'art. 108, comma 7 d. lgs. n. 36/2023, si era di fatti già stabilito che il bando di gara potesse prevedere l'attribuzione di un punteggio premiale – oltre che alle piccole e medie imprese – agli operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento dell'affidamento pubblico, seppur limitatamente a quelle *“prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione”*.

E lo stesso istituto della suddivisione in lotti (nel già citato art. 58 d. lgs. n. 36/2023) risultava finalisticamente proteso, in maniera innovativa, a garantire l'effettiva partecipazione delle PMI di prossimità.

Tuttavia, nel correttivo del 2024, nonostante la volontà di porsi in continuità con l'innovazione legislativa della tutela della prossimità; e nonostante l'intenzione di tutelare gli aspetti sociali e ambientali della contrattazione pubblica¹²⁶, il legislatore non ha previsto alcuna disposizione di favore in questo senso.

Nel nuovo correttivo, risultano cioè numerosi gli strumenti volti a incentivare l'aggiudicazione di appalti pubblici a PMI, specialmente nell'ambito dei contratti sottosoglia; ma mancano disposizioni volte a incentivare PMI locali: e ciò in palese discontinuità con le linee di indirizzo del Codice del 2023 che sembravano ispirate - come si desume anche dalla Relazione di accompagnamento¹²⁷ - a un immanente *favor* per le imprese di prossimità, da intendersi come *“tendenza di sistema, da valorizzare e declinato in special modo nella disciplina degli appalti sottosoglia”*¹²⁸.

Sulla base della consapevolezza dell'inesistenza di contrapposizioni insormontabili tra la tutela della

¹²⁴ P. CAPRIOTTI, *Oltre la territorialità: l'esordio del criterio di prossimità nel nuovo codice*, in *Appalti&Contratti*, 2023.

¹²⁵ E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *P.A., Persona e Amministrazione*, 2022, p. 291.

¹²⁶ V. la Relazione illustrativa al d. lgs. n. 209/2024.

¹²⁷ A maggior ragione ove si consideri l'importante funzione interpretativa attribuita da parte della dottrina a tale testo: *“che ha il pregio di non limitarsi - come spesso accade - a una mera “versione in prosa discorsiva” dell'articolato, ma intende offrire una vera “guida alla lettura” di quest'ultimo, che, se non vincola l'interprete, dovrebbe, quantomeno, anche se il condizionale è ormai d'obbligo nella nostra materia, onerarli di giustificare l'assunzione di una diversa posizione e, soprattutto, escludere la “colpa” di chi invece vi si uniforma”* (M. A. SANDULLI, *Riflessioni sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2023).

¹²⁸ Sub. art. 58 d. lgs. n. 36/2023.

concorrenza e del mercato e la promozione delle imprese locali¹²⁹, ciò che dunque ci si aspettava – ed è stato disatteso – era proprio uno specifico intervento del legislatore in sede di primo correttivo al Codice dei contratti pubblici, al fine di concretizzare il principio di prossimità, così da dissipare i dubbi interpretativi e le connesse potenziali incertezze applicative¹³⁰.

È poi sì vero che le novità normative del Correttivo sulle PMI potrebbero nella pratica risolversi in un'indiretta tutela del principio di prossimità, considerato che le piccole medie imprese tendenzialmente operano all'interno del mercato pubblico locale; così come è vero che la frammentazione dell'oggetto dell'appalto, attraverso l'istituto della suddivisione in lotti, potrebbe favorire la creazione di una moltitudine di mercati locali, di fatto aperti soltanto alle imprese locali (in quanto gli importi modesti dei contratti messi a gara dissuadono le imprese non locali a partecipare a procedure che comporterebbero, per esse, costi di esecuzione più elevati rispetto alle imprese locali e dunque margini di profitto inferiori in caso di aggiudicazione¹³¹).

Tuttavia, alla luce della tendenza evolutiva del sistema – sempre più attenta alla tutela di interessi diversi dalla tempestiva ed efficiente esecuzione dell'appalto – pare lecito affermare che, quantomeno nei contratti sottosoglia - dove è ora prevista una vera e propria riserva di appalto per le PMI (art. 62-*bis* d. lgs. n. 36/2023) - il legislatore avrebbe potuto spingersi oltre, attraverso scelte di favore verso l'affidamento ad operatori economici che possiedono la propria sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento: in questo modo elevando il valore della prossimità, che già da tempo permea rilevanti settori del diritto amministrativo¹³², a interesse che la stazione appaltante è tenuta a perseguire nell'affidamento di appalti pubblici.

5.1. Il principio di prossimità nel diritto amministrativo

Del resto, il principio di prossimità ha trovato da tempo ampia applicazione nel diritto amministrativo. Terreno privilegiato, originariamente, è stato il diritto ambientale e, in particolare, il settore dei rifiuti urbani: ciò in virtù dei vantaggi assicurati dal principio di prossimità degli impianti di recupero con riferimento alla riduzione degli impatti ambientali derivanti dalla movimentazione dei rifiuti¹³³.

¹²⁹ L. PARONA, *Clausole di territorialità e promozione delle PMI*, cit., p. 998.

¹³⁰ G. PERIN, *Principi di territorialità e prossimità tra vecchio e nuovo codice*, in *www.italappalti.it*, 2024, p. 21.

¹³¹ M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, fasc. 19, 2015, p. 6.

¹³² Del resto, già Commissione Ambiente presso il Senato, in sede di stesura del nuovo codice, aveva suggerito al Governo di aggiungere, in via più generale, all'articolo 58, comma 2, d. lgs. n. 36/2023, il seguente periodo: “*le stazioni appaltanti possono prevedere l'adozione di criteri di selezione volti a favorire la partecipazione delle imprese del territorio interessato dall'opera*” (8a Commissione ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica, Resoconto sommario n. 22 del 21 febbraio 2023, visionabile al seguente link: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=19&id=1370201&part=doc_dc-allegatoa).

¹³³ G. PERIN, *Principi di territorialità e prossimità tra vecchio e nuovo codice*, in *www.italappalti.it*, 2024, p. 10.

Il riferimento è, in particolare, al Codice dell'Ambiente (d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152), che, all'art. 181, comma 5, stabilisce che “*per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero e□ sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'articolo 212, comma 5, al fine di favorire il più□ possibile il loro recupero privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità□ agli impianti di recupero*”.

Il principio di prossimità ha poi attraversato la materia della contrattualistica pubblica. Il tema si è posto e con riferimento alle c.d. clausole di territorialità¹³⁴ contenute nei bandi di gara per l'aggiudicazione di appalti di rifiuti urbani.

Il Consiglio di Stato sembrava aver aperto un varco alla legittimità delle clausole di territorialità contenute nella *lex specialis* in materia di stoccaggio dei rifiuti¹³⁵: ciò sulla base della considerazione, in primo luogo, che tale clausola si poneva in linea con la previsione dell'art. 181 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, atteso che la norma in tema di rifiuti oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero esprime un vero e proprio *favor* per il principio di prossimità agli impianti di recupero, in quanto funzionale alla riduzione degli impatti ambientali derivanti dalla movimentazione dei rifiuti; e, in secondo luogo, in quanto risponde a un elementare canone di ragionevolezza il principio per cui la minore movimentazione permette di conseguire il migliore risultato ambientale possibile¹³⁶.

A ben vedere, tuttavia, questa fattispecie affrontata dal Consiglio di Stato ha rappresentato un caso isolato¹³⁷.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti poi affermato come l'inserimento nella *lex specialis* della clausola di territorialità, seppur potenzialmente idoneo a promuovere l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese limitrofe al luogo di esecuzione dell'appalto, comporti una frontale violazione dei fondamentali principi dell'evidenza pubblica: *in primis*, quello della libera concorrenza, di non discriminazione e di parità□ di trattamento¹³⁸: si è cioè sostenuto che, ove la partecipazione alle

¹³⁴ “Per clausole di territorialità si intende una clausola che imponga agli operatori economici, che vogliano partecipare alla procedura di gara, di disporre di una sede operativa localizzata in una determinata area geografica o ad una distanza minima dalle sedi dell'Amministrazione che indice la gara” (A. COIANTE, *Le clausole di territorialità nelle procedure di gara tra tutela della concorrenza e discrezionalità amministrativa*, nota a Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147, in *Foro amm.*, fasc. 9, 2019, p. 1461).

¹³⁵ Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017 n. 2238 in www.giustizia.amministrativa.com.

¹³⁶ “Non è dunque postulabile la illogicità/illegittimità della clausola di territorialità contenuta nella *lex specialis* gravata, la quale, per la sua natura di atto generale, non è assoggettata all'obbligo di motivazione, secondo quanto inferibile dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990. È, d'altro canto, rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione la scelta delle modalità di organizzazione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti, non suscettibile di sindacato giurisdizionale, in assenza di chiari indici di irragionevolezza” (Cons. Stato, sez. V, 2238/2017 cit.).

¹³⁷ Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 605 ha infatti negato un'applicabilità generalizzata dei principi affermati nella sentenza sopracitata.

¹³⁸ In questo senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 aprile 2020 n. 2293; Cons. Stato 13 luglio 2012, n. 3469; Cons. Stato 12 luglio 2004, n. 5049; TAR Lazio, Latina, sez. I, 20 dicembre 2017, n. 637; TAR Lazio, sez. II-ter, 21 novembre 2017, n. 11517; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 18 febbraio 2009, n. 371; TRGA Trento, 8 novembre 2007, n. 173; TAR Sicilia, sez. III, 21 giugno 2007, n. 1682, in www.giustizia.amministrativa.com.

procedure di affidamento dei contratti pubblici fosse riservata esclusivamente alle imprese locali, si assisterebbe alla lesione dei principi eurolunitari che mirano ad assicurare la maggior contendibilità possibile degli affidamenti di contratti pubblici nei confronti di tutti gli operatori interessati, a prescindere da valutazioni di tipo territoriale o geografico¹³⁹.

5.2. (segue) la questione della legittimità delle c.d. clausole di territorialità nel diritto degli appalti pubblici

Nell'affidamento di appalti pubblici, in tempi recenti alcune stazioni appaltanti hanno tentato, in maniera più o meno legittima ed efficace, di stabilire vincoli di territorialità per i partecipanti alle gare pubbliche¹⁴⁰, attraverso la previsione nei bandi di clausole di territorialità: qualificando, in altre parole, la sussistenza della sede operativa dell'impresa nel territorio di riferimento dell'appalto pubblico alla stregua di requisito di partecipazione alla procedura; oppure di criterio per l'attribuzione di punteggi premiali; oppure quale requisito di esecuzione del contratto.

E dunque: nel primo caso, l'amministrazione, configurando la clausola di territorialità come requisito per la partecipazione alla procedura, impone che l'operatore, per non essere escluso dalla gara, dimostri la presenza di una sede operativa contigua al luogo di esecuzione dell'appalto; nel secondo caso, invece, in ipotesi di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la presenza di una sede dell'operatore economico all'interno del perimetro territoriale di riferimento comporta l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo nella valutazione dell'offerta tecnica; mentre nel terzo caso la stazione appaltante non richiede la disponibilità della sede operativa prossima al luogo di esecuzione dell'appalto già al momento di presentazione dell'offerta, bensì si limita a prevederla quale requisito di esecuzione del contratto, con l'impegno dunque dell'impresa di dotarsene, in caso di aggiudicazione, entro un periodo di tempo predefinito, decorrente solitamente dalla data di stipula del contratto stesso¹⁴¹. La giurisprudenza amministrativa, chiamata a pronunciarsi su queste previsioni, ne ha affermato la tendenziale illegittimità, quantomeno con riferimento alle clausole cd. escludenti (ovverossia che impongono di possedere una sede operativa in un preciso ambito territoriale, pena esclusione dalla gara). Si è ravvisata un'evidente violazione dei principi di massima partecipazione alle gare e di *par condicio*, considerato che la clausola territoriale si concretizza in una riserva per le sole imprese locali; quando, in

¹³⁹ Cfr. la delibera dell'ANAC del 10 gennaio 2024 n.1, presa in considerazione *infra* al par. 5.3.

¹⁴⁰ Come osservato da P. CAPRIOTTI, *Oltre la territorialità, l'esordio del criterio di prossimità nel nuovo codice*, cit., alcuni esempi recenti provengono dalla prassi di alcune stazioni appaltanti delle Regioni Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia e anche di Roma Capitale (dopo il terremoto del centro Italia nel 2016): esse infatti – seppur con forme e modalità diverse – hanno limitato la partecipazione alle gare di operatori economici provenienti dall'esterno della regione, con l'obiettivo di promuovere la filiera corta e coinvolgere i fornitori locali per una più proficua ricaduta economica sul territorio.

¹⁴¹ G. PERIN, *Principi di territorialità e prossimità tra vecchio e nuovo codice*, in *www.italappalti.it*, 2024, p. 4.

realtà, l'interesse sotteso al requisito territoriale ben potrebbe essere soddisfatto anche da operatori economici che, pur non operando nell'ambito territoriale richiesto, si impegnano a soddisfare le esigenze della stazione appaltante attraverso strumenti negoziali diversi¹⁴².

Nei casi in cui il criterio di territorialità venga posto dalla stazione appaltante quale parametro per l'attribuzione di un punteggio premiale, la giurisprudenza ha seguito un approccio caso per caso, tenendo conto della motivazione fornita dalla stazione appaltante in merito alla necessità di delimitazioni territoriali dell'appalto e dei suoi partecipanti¹⁴³, ritenendo le clausole ammissibili solo quando propedeutiche a un corretto ed efficiente svolgimento dell'appalto¹⁴⁴.

Il requisito di territorialità è stato viceversa generalmente ammesso laddove previsto come condizione di esecuzione del contratto da soddisfarsi successivamente all'aggiudicazione: ciò in quanto in tale momento (e solo in tale momento) acquisterebbe effettivo rilievo l'interesse dell'amministrazione a che il contraente possieda gli strumenti necessari per garantire la prestazione oggetto dell'appalto.

In questo caso, cioè, *“non si può negare che la disponibilità di una sede locale costituisca una richiesta che il committente può ragionevolmente formulare nei confronti del soggetto prescelto come aggiudicatario – risultando funzionale all'obiettivo di una capillare esecuzione della prestazione affidata”*¹⁴⁵.

Anche la giurisprudenza costituzionale, del resto, è da tempo unanime nel ritenere l'illegittimità di una valorizzazione del principio di prossimità quale valore in sé all'interno dell'ordinamento dei contratti pubblici.

Con la sentenza 27 maggio 2020, n. 98 della Corte Costituzionale¹⁴⁶, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma regionale riguardante l'affidamento di appalti di contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria (c.d. sottosoglia), la quale conferiva alle stazioni appaltanti la facoltà di riservare la partecipazione alle procedure negoziate di gara per l'affidamento di un appalto di servizi ad imprese aventi sede legale e operativa nel territorio regionale.

¹⁴² Cfr. A. COIANTE, *Le clausole di territorialità nelle procedure di gara tra tutela della concorrenza e discrezionalità amministrativa*, cit., 1464 ss e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁴³ TAR Lazio (Latina), sez. I, 9 dicembre 2022, n. 935; TAR Calabria (Reggio Calabria), sez. III, 30 novembre 2021, n. 901; TAR Calabria (Catanzaro), sez. I, 5 marzo 2021, n. 472; TAR Piemonte, sez. I, 16 luglio 2019, n. 811; TAR Veneto, sez. I, 21 giugno 2018, n. 673, in www.giustizia-amministrativa.com.

¹⁴⁴ Dovrà dunque emergere dalla motivazione della stazione appaltante l'interesse pubblico specifico e, dunque, il risultato amministrativo che con tale clausola si vuole perseguire. Come osservato in dottrina, *“tanto la presenza di una sede operativa sul territorio, quanto la distanza di quest'ultima dal luogo di esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, acquisiscono rilievo in relazione alla quantificazione dei costi del servizio e, più in generale, alle esigenze relative ad una gestione efficace ed efficiente del servizio”* (L. PARONA, *Clausole di territorialità e promozione delle PMI nell'affidamento dei contratti pubblici. Considerazioni a margine della sentenza n. 98/2020 della Corte costituzionale*, in *Istituzioni del federalismo*, fasc. 4, 2020, p. 992, nota 64).

¹⁴⁵ TAR Campania, sez. III, 24 luglio 2020, n. 3331 in www.giustizia-amministrativa.com. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147, in www.giustizia-amministrativa.com.

¹⁴⁶ Corte Cost. 27 maggio 2020, n. 98, in www.cortecostituzionale.it.

La Corte ha così sancito l'incostituzionalità dell'art. 10, c. 4, l. R. Toscana n. 18/2019, che prevedeva appunto una riserva fino al 50% negli appalti per le micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio della Regione, in quanto tale previsione avrebbe, da un punto di vista formale, violato la potestà esclusiva statale in materia di concorrenza¹⁴⁷ e, da un punto di vista sostanziale, violato il principio di non discriminazione imposto dal diritto europeo.

Nello specifico, è stata scartata dai giudici della Consulta la ricostruzione della parte resistente, secondo la quale tale sistema raggiungeva un perfetto equilibrio tra le opposte esigenze e principi dell'ordinamento dei contratti pubblici, permettendo di coniugare, al contempo, il principio di libera concorrenza e non discriminazione ed il *favor participationis* per le microimprese, le piccole e le medie imprese¹⁴⁸.

I giudici, pur condividendo in astratto la promozione e la tutela delle PMI, affermavano che *“nessuna di queste considerazioni, tuttavia, risulta idonea a giustificare una norma che, come quella impugnata, non è diretta a favorire le micro, piccole e medie imprese tout court, quanto invece le micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale, nel perseguimento di un obiettivo che altera la concorrenza in contrasto con quanto previsto dalla normativa statale in materia”*¹⁴⁹.

In secondo luogo, rilevante risulta essere la pronuncia del 9 marzo 2021, n. 31, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una legge della Regione Toscana, che promuoveva l'utilizzo, nelle mense scolastiche, dei prodotti a chilometro zero e da filiera corta, selezionati in base al collegamento con il territorio regionale.

Anche in tale caso, la Corte Costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale, rimarcando dunque, nel settore degli appalti pubblici, l'illegittimità di norme regionali volte a favorire le imprese locali¹⁵⁰, anche laddove perseguano il fine - *“di per sé non illegittimo”* - di valorizzare i prodotti del territorio¹⁵¹.

¹⁴⁷ La Corte, richiamando la sua giurisprudenza tradizionale in tema di competenze esclusive statali (Corte cost. nn. 186/2010, 321/2008, 401/2007) ha evidenziato il contrasto tra la legge regionale della Regione Toscana e l'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., sotto il profilo della concorrenza..

¹⁴⁸ Per un approfondimento su tale pronuncia, cfr. L. PARONA, *Clausole di territorialità e promozione delle PMI nell'affidamento dei contratti pubblici*, cit., p. 973 ss.

¹⁴⁹ Corte Cost. 98/2020, cit., punto. 4.

¹⁵⁰ G. PERIN, *Principi di territorialità e prossimità*, cit., p. 6.

¹⁵¹ La Corte, nello specifico, si è soffermata sulla possibilità di attribuire criteri premiali per i prodotti a chilometro zero e da filiera corta: partendo dal principio di matrice comunitaria di cui all'art. 36 TFUE, ha affermato che affinché l'attribuzione di punteggio premiale sia legittima, è necessario che essa sia giustificata da un impatto positivo dei prodotti sulla salute e sull'ambiente. In altre parole, le disposizioni impugnate sarebbero incostituzionali in quanto fondano la premialità semplicemente sulla riconducibilità dei prodotti al territorio regionale, senza la dimostrazione dell'impatto positivo a cui deve essere subordinata l'attribuzione di punteggio premiale (in questo senso S. DENTICO, *Prodotti “a chilometro zero” e prodotti “provenienti da filiera corta”, tra criteri premiali e criteri definitivi*: osservazioni a margine di Corte Cost., sentenza 9 marzo 2021, n. 31, in *Alimenta*, fasc. 3-4, 2021).

La pronuncia della Corte assume tra l'altro particolare rilevanza alla luce dell'art. 130, d. lgs. n. 36/2023 che, a proposito dei servizi di ristorazione, stabilisce che la valutazione dell'offerta tecnica tiene conto, attraverso l'attribuzione di un

Analoghe considerazioni provengono poi dalla sentenza 14 gennaio 2022, n. 4 della Corte Costituzionale. La Corte, in questo frangente, ha dichiarato l'illegittimità di una norma della Regione Piemonte, che prevedeva la previsione di criteri premiali nella valutazione delle offerte in caso di assunzione di manodopera stanziata sul territorio regionale, per violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (art. 117, co. 2, lett. e), Cost.).

Come è stato osservato¹⁵², in tale fattispecie i giudici della Consulta – assorbendo il parametro di costituzionalità qui in esame nel parametro della violazione della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza – hanno ritenuto illegittima l'attribuzione di punteggi premiali a concorrenti che si impegnino ad utilizzare in misura prevalente la manodopera a livello regionale, ritenendo che la volontà legislativa di valorizzare un determinato criterio di premialità sconfinerebbe nella violazione del principio di parità di trattamento degli operatori, sotto forma di discriminazione, seppur indiretta, in base a un criterio territoriale.

In altri termini, la Corte costituzionale – oltre ad affermare il principio per cui solo al legislatore statale spetta la facoltà di adottare, dopo il bilanciamento tra l'interesse alla concorrenza e altri interessi pubblici, eccezionali restrizioni al libero accesso degli operatori economici al mercato nel rispetto delle direttive europee¹⁵³ – ha dichiarato l'illegittimità di previsioni volte a favorire gli imprenditori locali.

5.3. La timida “positivizzazione” del criterio di prossimità nell’art. 108, comma 7, d. lgs. n. 36/2023

Il quadro di riferimento non sembra radicalmente mutato alla luce dell’art. 108, comma 7, terzo periodo, d. lgs. n. 36/2023, che ha previsto possibilità delle stazioni appaltanti di promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento, ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato.

Il Codice del 2023, come osservato, lungi dal mettere in discussione l'orientamento che pacificamente sostiene l'illegittimità delle clausole di territorialità, si è limitato a prevedere il principio secondo cui la prossimità dell'impresa rispetto al territorio di riferimento dell'appalto può costituire – e per le sole prestazioni che da tale principio di prossimità dipendono – un requisito preferenziale (un criterio

punteggio premiale, della “qualità dei generi alimentari, con particolare riferimento ai prodotti biologici, tipici e tradizionali, ai prodotti a denominazione protetta, nonché ai prodotti provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale”.

¹⁵² Su cui cfr. C. CASTALDO, *Criteri premiali di aggiudicazione: concorrenza e non discriminazione nel riparto di competenza tra Stato e Regioni* (nota a Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2022, n. 4), in *Il Piemonte delle Autonomie*, Anno IX, fasc. 2, 2022, p. 1 ss.

¹⁵³ G. PERIN, *Principi di territorialità e prossimità*, cit., p. 8.

premiale, appunto), in quanto garanzia di una gestione più efficiente del contratto stipulato dall'amministrazione.

E la necessità che tale *favor* per l'aggiudicazione di appalti a imprese locali vada interpretata in via restrittiva – e cioè nella sola misura in cui l'affidamento di contratti pubblici a operatori economici con sede nel territorio comporti un guadagno o risparmio, in termini economici, per la stazione appaltante – è confermato *per tabulas* dalla precisazione – contenuta nel medesimo art. 108, comma 7, d. lgs. n. 36/2023 – per cui tale disposizione si applica negli angusti limiti di compatibilità con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Come da ultimo confermato dal TAR Campania¹⁵⁴ – che non si discosta dalla richiamata giurisprudenza amministrativa precedente – *“una clausola di territorialità”* – dunque – *“in tanto può legittimamente essere prevista dalla stazione appaltante in quanto si ponga come requisito premiale per la valutazione dell'offerta o rilevante ai fini esecutivi dell'appalto, da valutare nel caso concreto, e non, invece, come requisito di partecipazione alla gara, in quanto, in questo secondo caso, comprimerebbe eccessivamente il principio di favor participationis alla procedura nonché quello di par condicio dei concorrenti, con violazione dei principi in materia anche alla luce della giurisprudenza eurounitaria”*.

E anche l'ANAC¹⁵⁵ ha ritenuto che, sulla base dello stato normativo attuale, il principio di prossimità (di cui le clausole di territorialità sono un portato) nell'affidamento di appalti pubblici, deve continuare a ritenersi recessivo rispetto al fondante principio di accesso al mercato.

Sicché, ove nell'ambito dell'evidenza pubblica sia necessario integrare i due principi, la clausola territoriale sarebbe al più declinabile quale (limitato) criterio premiale da valorizzare nell'ambito dell'offerta tecnica, non certo quale requisito previsto a pena di esclusione.

E ciò persino in una materia, come quella dell'affidamento di appalti di rifiuti, dove è la stessa normativa a prevedere che debba essere privilegiato il più possibile *“il principio di prossimità agli impianti di recupero”* (art. 181, comma 5 del Codice dell'Ambiente)¹⁵⁶.

Secondo l'ANAC, infatti, per quanto in tali procedure di gara (dirette all'affidamento dei servizi di recupero dei rifiuti urbani) debbano essere predilette modalità riciclaggio attuative del principio di prossimità degli impianti di recupero, tale “predilizione” non può implicare in alcun modo una deroga ai procedimenti concorrenziali di selezione dei contraenti affidatari del servizio; mentre può, al più,

¹⁵⁴ TAR Campania, sez. IX, 9 aprile 2025, n. 2957, in www.giustizia-amministrativa.com, in un caso in cui il ricorrente lamentava l'inserimento della clausola territorialità quale requisito di partecipazione sotto il profilo – oltre che della *par condicio* – della violazione della tassatività delle cause di esclusione, in quanto la clausola era stata dalla stazione appaltante inserita nella *lex specialis* in un momento successivo rispetto a quello di indicazione della gara.

¹⁵⁵ ANAC, Delibera 10 gennaio 2024, n. 1. La delibera è stata resa ai sensi dell'art. 220, comma 3 d.lgs. 36/2023 per rendere un parere su una procedura di gara contenente una clausola di limitazione territoriale.

¹⁵⁶ Art. 181, comma 5 d. lgs. n. 152/2006: *“Per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese [...], al fine di favorire il più possibile il loro recupero privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero”*.

comportare la possibilità di “privilegiare” una determinata esecuzione di un appalto piuttosto che un'altra.

In ultima analisi, alla luce del panorama normativo attuale, un favor per le PMI locali nel procedimento di selezione del miglior contraente pubblico potrebbe intravedersi soltanto in presenza di appalti che dal principio di prossimità dipendono ai fini di una loro migliore esecuzione; e solo laddove la stazione appaltante discrezionalmente decida di inserire nella *lex specialis* criteri premiali in tal senso.

In tutti gli altri casi, invece, l'unico limitato spazio concesso al principio di prossimità parrebbe essere irrimediabilmente relegato nella fase post-contrattuale, come condizione di esecuzione del contratto: rimanendo dunque preclusa la possibilità per l'amministrazione di prediligere un partecipante alla gara che abbia la propria sede principale nel territorio interessato dalla concessione o dal contratto.

E se la ragione di tale divieto risiede nel timore di pratiche collusive a livello locale tra amministrazione e operatori economici locali, tale paura sembra porsi in evidente controtendenza (se non contraddizione) con l'opera di c.d. rilancio della discrezionalità, intrapresa dal Codice del 2023 attraverso la positivizzazione del principio generale della fiducia (art. 2 d. lgs. n. 36/2023)¹⁵⁷.

5.4. L'opportunità di una tutela delle imprese di prossimità nei contratti sottosoglia

Non può del resto essere sottovalutato il dato oggettivo per cui l'affidamento di appalti pubblici a operatori economici locali, determinando una valorizzazione del principio di prossimità e riducendo concretamente le distanze tra il luogo di esecuzione dell'appalto e la sede operativa dell'impresa, è in grado di generare vantaggi collettivi significativi: più l'impresa è operativa nelle vicinanze del luogo di esecuzione dell'appalto, maggiore è il beneficio per il territorio di riferimento.

Il criterio di prossimità, infatti, attraverso la promozione dell'accesso agli appalti delle piccole imprese con base territoriale, riduce l'impatto ambientale grazie ai trasferimenti evitati; garantisce una maggiore sicurezza (e controllo) sull'operato grazie alla filiera corta; assicura che l'appalto sia affidato a un operatore economico conscio degli scenari logistici del luogo e del territorio di riferimento; agevola la tutela di una serie di interessi orizzontali (ambientali, di tutela del lavoro, ecc.), sulla base della considerazione che l'impresa di prossimità – in ipotesi aggiudicataria – è più incentivata a svolgere bene il lavoro per non ledere la propria immagine commerciale nel suo bacino di interesse¹⁵⁸.

Tali considerazioni potrebbero sospingere il superamento di quella giurisprudenza che conclude per l'illegittimità dei bandi di gara che attribuiscono rilevanza preponderante al requisito della *vicinitas*

¹⁵⁷ Sulla portata del principio di fiducia nel d. lgs. n. 36/2023, cfr. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, fasc. 17, 2023, p. 271 ss.

¹⁵⁸ In questo senso P. CAPRIOTTI, *Oltre la territorialità: l'esordio del criterio di prossimità nel nuovo codice*, cit.

dell'impresa partecipante alla gara, sostenendo che, se così non fosse, si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza: ciò in quanto si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, una sede prossima al territorio di riferimento, con evidente e inutile onere economico e organizzativo, che potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario¹⁵⁹.

In ottica evolutiva, pare invece lecito domandarsi se, in nome del perseguimento dei risultati di tipo sociale previsti tra gli obiettivi programmatici dell'Unione europea, una deroga al principio di non discriminazione – come è quella dell'affidamento di appalti pubblici PMI locali, in nome del principio di prossimità – possa costituire un dazio che si è tenuti a pagare in una rinnovata visione della contrattazione pubblica, all'insegna del valore della sostenibilità (oltre che economica, ambientale e sociale)¹⁶⁰.

Allo stato attuale, è del resto evidente l'atteggiamento schizofrenico del legislatore del Codice che, se per un verso ha attribuito tra i criteri di affidamento dell'appalto autonomia rilevante a certi valori (come l'inclusione di genere¹⁶¹ e la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra¹⁶²), e ciò a prescindere dalla loro funzionalizzazione al miglior perseguimento del risultato economico; per altro verso, ha tutelato il valore della prossimità solo se e in quanto economicamente rilevante rispetto a un'esecuzione maggiormente efficiente del contratto¹⁶³.

Importanti indicazioni sistematiche potrebbero tuttavia trarsi – attraverso un'interpretazione sistematica ed evolutiva – dalle recenti novità introdotte dal correttivo al Codice (d. lgs. n. 209/2024) a tutela delle PMI e di interessi di stampo “orizzontale”.

In primo luogo, infatti, attraverso la predisposizione di specifici e innovativi strumenti per favorire l'accesso delle PMI al mercato delle commesse pubbliche (in particolare, la possibilità□ per le stazioni

¹⁵⁹ Il riferimento è *in primis* all'orientamento granitico della giurisprudenza amministrativa sui c.d. centri di cottura. Cfr. T.A.R. Campania sez. V, 12 febbraio 2019, n. 776; T.A.R. Campania, sez. II, 3 aprile 2018, n. 2083; Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2017, n. 5929.

Ed esistono – a ben vedere – anche all'interno del nuovo codice dei contratti pubblici ipotesi di appalti in cui il requisito geografico dell'operatore è considerato indispensabile per l'efficiente espletamento del servizio, in quanto inerente alla stessa offerta tecnica: è questo il caso, ad esempio, dei c.d. servizi di ristorazione (art. 130 d. lgs. n. 36/2023).

¹⁶⁰ È questo il pensiero di fondo alla base della citata esperienza di *public procurement* sperimentata nella città di Preston: “*pur operando in un contesto neoliberista, questo approccio modifica quel contesto, allontanandolo dalla sua forma più pura, che si concentra esclusivamente su prezzo e valore economico. In questo modo, sono le persone all'interno delle anchor institutions radicate nel territorio ad apportare piccoli ma significativi cambiamenti, così da rispondere a un senso di giustizia e di benessere collettivo, piuttosto che attenersi esclusivamente alle regole del mercato economico. [...] Non si tratta di una rivoluzione contro il sistema né di una battaglia ideologica (anche se alcuni attori politici potrebbero interpretarla in questi termini). Piuttosto, è un approccio guidato da una visione più umana e da ciò che molti stakeholder a Preston hanno descritto come buon senso*” (J. MANLEY, P.B. WHYMAN. *The Preston Model and community wealth building: Creating a socio-economic democracy for the future*, Londra, 2021, pp. 17-18).

¹⁶¹ Cfr. art. 108, comma 7, ultimo periodo, d. lgs. n. 36/2023.

¹⁶² Cfr. art. 108, comma 7, quarto periodo, d. lgs. n. 36/2023, come modificato dal d. lgs. 209/2024.

¹⁶³ Cfr. art. 108, comma 7, terzo periodo, d. lgs. n. 36/2023, ove si prevede la possibilità di promuovere “l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento”, ma solo “per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione”.

appaltanti di “riservare” la partecipazione agli affidamenti o l’esecuzione di taluni contratti, al di sotto delle soglie europee, alle piccole-medie imprese; e la previsione, anche nei contratti sopra-soglia, che i contratti di subappalto debbano - seppur con i limiti indicati - essere stipulati, almeno per il 20 per cento delle prestazioni subappaltabili, con piccole-medie imprese), si è configurato tale “valore” alla stregua di interesse orizzontale che, in una visione strategica dei contratti pubblici, l’amministrazione è tenuta a perseguire, pur senza spingersi a valorizzare espressamente la prossimità.

In secondo luogo, l’espressa menzione, tra i principi-guida dell’attività dell’amministrazione – a fianco agli obiettivi di “*contenimento del costo o del prezzo del contratto entro i limiti di spesa dal medesimo fissati, nonché ogni ulteriore aspetto funzionale al raggiungimento del risultato*”¹⁶⁴ – altresì di “*obiettivi collaterali*” che siano “*finalizzati al conseguimento di ulteriori benefici di comune interesse tenendo conto anche degli aspetti sociali, culturali e ambientali connessi all’appalto*”¹⁶⁵ dovrebbe comportare una nuova attenzione da parte della stazione appaltante per la cura e il perseguimento di tali interessi “sostenibili”, i quali dovranno assumere rilevanza nell’affidamento del contratto (e in tal senso depongono i citati artt. 82-*bis* d. lgs. n. 36/2023 e “nuovo” 108, comma 4 d. lgs. n. 36/2023).

Così stando le cose, tuttavia, ben avrebbe potuto la prossimità, nel nuovo Correttivo al Codice, conquistare maggiore spazio, stante l’assenza di alcuna contrapposizione né ontologica, né assiologica, tra la tutela della concorrenza e la promozione delle imprese locali¹⁶⁶, così da temperare quell’orientamento – sostenuto sia dai Tribunali amministrativi sia dai giudici della Consulta – restio nell’ammettere aperture sulla legittimità delle clausole di territorialità, persino nei contratti sottosoglia¹⁶⁷. Sarà dunque la giurisprudenza amministrativa, nel delineare l’ambito applicativo delle nuove norme del Correttivo a favore delle PMI, a dissipare i dubbi interpretativi e le eventuali incertezze applicative in merito alla concreta attuazione del principio di prossimità nel nostro ordinamento.

Ciò nella consapevolezza che la tutela delle piccole imprese non implica automaticamente la valorizzazione della prossimità e che, sebbene i due concetti siano strettamente connessi, non coincidono necessariamente, né perseguono sempre gli stessi obiettivi.

6. La valorizzazione della prossimità quale prodromo per una “democrazia locale”

Esiste un ultimo aspetto della prossimità che emerge da quelle esperienze – come nel caso del Preston Council – che hanno valorizzato il *public procurement* con operatori del territorio: oltre a costituire un interessante campo di indagine onde vagliare i risultati raggiunti in un sistema di collaborazione a livello

¹⁶⁴ Art. 3, comma 3 All.II. 6-*bis* d. lgs. n. 36/2023.

¹⁶⁵ Art. 3, comma 4 All.II. 6-*bis* d. lgs. n. 36/2023.

¹⁶⁶ L. PARONA, *Clausole di territorialità e promozione delle PMI*, cit., p. 998.

¹⁶⁷ Cfr. *supra*, par. 5.2.

locale tra amministrazioni pubbliche e imprese locali, la prossimità può, infatti, avere importanti riflessi su quel rapporto di collaborazione che contraddistingue il settore pubblico e quello privato a livello locale¹⁶⁸.

Di fronte alla ben nota crisi degli ordinari strumenti di partecipazione della democrazia rappresentativa, un sistema di appalti pubblici che prediliga le imprese locali per la gestione degli affidamenti può avere l'effetto di aumentare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni. Nel momento in cui questi percepiscono che le decisioni amministrative favoriscono il benessere della comunità e non gli interessi di imprese che non possiedono alcun legame col territorio, ne esce rafforzato il loro senso di coinvolgimento e di partecipazione alla vita pubblica.

La città $\square$ $\square$, del resto, da un punto di vista costituzionale, esattamente il luogo della possibilità di un'integrazione concreta e continua tra la sfera istituzionale e quella civica¹⁶⁹. Il principio autonomistico $\square$ infatti una delle direzioni fondamentali di invero del progetto costituzionale di democrazia: e proprio la dimensione locale rappresenta il punto di incrocio tra le dimensioni della sussidiarietà verticale e orizzontale.

Solo a livello locale è cioè possibile sperimentare – come nel caso di Preston – quella sinergia feconda tra azione sociale e attività istituzionale, che $\square$ il senso profondo del principio di sussidiarietà, anziché un'insostenibile logica contrappositiva (o pubblico o privato, prima il privato e poi il pubblico).

La valorizzazione del principio di prossimità permette, nella dimensione cittadina, di valorizzare un rapporto di partecipazione alla vita amministrativa dei cittadini che si avvicina di più al concetto benvenutiano di “co-amministrazione”¹⁷⁰.

In altri termini, nel momento in cui i cittadini percepiscono che le risorse pubbliche vengono impiegate per sostenere attività e imprese del loro territorio, si va a rafforzare quel senso di appartenenza e partecipazione attiva, fondamentale per la realizzazione di opere e infrastrutture che rispondano alle esigenze della comunità: questo legame contribuisce peraltro a rendere più accettabili i sacrifici e i disagi inevitabili del medio periodo, facendo sì che vengano vissuti come un investimento condiviso e, in qualche modo, funzionale al benessere collettivo.

E tale forma di “democrazia locale” assume altresì un ruolo decisivo ai fini del perseguimento di obiettivi di rigenerazione urbana - della cui imprescindibilità pare aver preso consapevolezza anche il legislatore del Codice del 2023¹⁷¹ - nella sua accezione di attivazione di processi di partecipazione che accrescano la

¹⁶⁸ Cfr. G. MARLETTA, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2023, 441, a proposito di quella forma di sperimentazione amministrativa locale che è il patto di collaborazione.

¹⁶⁹ F. PIZZOLATO, *La democrazia locale: ragioni, forme, prospettive*, in *Jus*, fasc. 1, 2021, pp. 177-178.

¹⁷⁰ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, p. 80 ss.

¹⁷¹ Sia consentito rinviare a S. VINTI, A. BUONGIORNO, *La localizzazione delle opere pubbliche nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2024, fasc. 1, 33 ss.

capacità di risposta delle comunità locali e promuovano il ruolo della cittadinanza nella salvaguardia dell'ambiente urbano: rispondendo in tal modo altresì alla crisi di legittimazione democratica sofferta dalle istituzioni e all'esigenza di favorire l'inclusione¹⁷².

Un uso strategico di appalti pubblici che affidi i contratti rilevanti della comunità a operatori economici locali – che con il territorio possiedono un legame privilegiato – può dunque costituire il primo tassello per incamminarsi verso forme di amministrazione condivisa¹⁷³, nel segno di una rinnovata valorizzazione della dimensione del territorio: quest'ultimo da intendersi non come sinonimo di chiusura, di declino o di antica e superata forma di corporativismo locale, bensì come coefficiente di rafforzamento dell'identità di chi vi appartiene.

In quest'ottica, la valorizzazione e tutela della prossimità e del territorio diventa *“la prima frontiera da affrontare, per occuparsi seriamente di diritti umani”*¹⁷⁴ e una possibile risposta alla crisi del commercio globale acuita dai nuovi equilibri geo politici e dalle recenti decisioni del Governo degli Stati Uniti¹⁷⁵.

¹⁷² G.A.PRIMERANO, *L'amministrazione condivisa dei “beni comuni” urbani*, in *Scritti in onore di Maria Immordino* (a cura di G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE), VOL. III, 2022, 3035 Cfr. anche G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I., Napoli, 2005, pp. 179 ss; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Roma, 2003, p. 5; S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro It*, 1995, n. 5, p. 377; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2002, p. 60; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dalla sussidiarietà*, in *Diritto e società*, fasc. 2, 2016, p. 3; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2, 2016; F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. federalismo*, 2018, p. 68; M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, n. 3, 2017. P. 19; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018, p. 16; F. CIARLARIELLO, *Macro-rigenerazione urbana: tra partecipazione dei privati e discrezionalità amministrativa*, in *www.federalismi.it*, fasc. 28, 2024, p. 16 ss.

¹⁷³ Secondo l'espressione fatta propria da Corte Cost. 26 giugno 2020 n. 131.

¹⁷⁴ G.M. FLICK, *Sussidiarietà e principio di prossimità, quali modelli per uscire dalla crisi?* (Testimonianza resa in occasione della presentazione del n. 1/2009 della rivista dell'Arel Crisi, tenutasi in data 1° luglio 2009 a Roma).

¹⁷⁵ Le note recenti decisioni del presidente degli Stati Uniti d'America Donald Trump di introdurre dazi elevati sui prodotti europei pongono nuove sfide al sistema commerciale globale, colpendo duramente le economie orientate all'export come quella italiana. Tali misure, tuttavia, al di là del loro impatto economico immediato, sollevano al giurista una riflessione più ampia sulla necessità di un ripensamento delle logiche di approvvigionamento pubblico. In questo contesto, la valorizzazione di un *local public procurement* e di filiere corte, capaci di garantire continuità nella fornitura e maggiore sostenibilità, sia sul piano ambientale che sociale, potrebbe costituire una risposta di stampo politico (annoverabile tra quelle misure denominate “controdazi” in senso lato) per reagire alle pregiudizievoli politiche protezionistiche statunitensi. In tale contesto, la valorizzazione di un *local public procurement* – e dunque l'affidamento di appalti pubblici a operatori economici radicati nel territorio - rappresenta un'opportunità strategica di non poco conto: premiare imprese a filiera corta, che operano in prossimità geografica rispetto al luogo di esecuzione dell'appalto, significa in primo luogo ridurre la dipendenza da forniture estere esposte a incertezze geopolitiche, e, conseguentemente, mettere la mano pubblica al servizio dell'economia locale, nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo – divisato anche e soprattutto dal diritto europeo (art. 11 TFUE) - di sviluppo sostenibile.



Fascicolo numero 22

2025

13 agosto 2025