



DECISIONI ADATTIVE TRANSIZIONE PERMANENTE E ADEGUAMENTO DEI TITOLI AMMINISTRATIVI

a cura di

Emanuele Boscolo

EDITORIALE SCIENTIFICA

DECISIONI ADATTIVE, TRANSIZIONE PERMANENTE E ADEGUAMENTO DEI TITOLI AMMINISTRATIVI

Atti dei convegni del 5 dicembre 2024 e del 29 maggio 2025

a cura di

Emanuele Boscolo

EDITORIALE SCIENTIFICA

Finanziato dall'Unione europea – Next Generation UE, Missione 4 Componente 1, CUP J53D23019350006, nell'ambito del bando PRIN 2022, progetto “Permanent Transition and Adaption of Administrative Measures” (2022YCT5JF).

Partecipano al PRIN l'Università degli Studi di Camerino (capofila), l'Università Cattolica del Sacro Cuore, l'Università degli Studi di Pavia e l'Università degli Studi dell'Insubria (unità locale, di cui il curatore è responsabile).

Proprietà letteraria riservata

© 2026 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
Palazzo Marigliano

www.editorialescientifica.it

ISBN: 979-12-235-0591-5

INDICE

INTRODUZIONE

EMANUELE BOSCOLO, <i>Decisioni amministrative (adattive) in contesti di incertezza: una introduzione</i>	7
--	---

PARTE I

1. EMANUELA FURIOSI, <i>Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di Model Adaptive Management Procedure Act statunitense</i>	19
2. SIMONE RODOLFO MASERA, <i>Gestione adattiva del rapporto giuridico e affidabilità delle informazioni</i>	39
3. ALESSANDRO BIFULCO, <i>L'“autorizzazione a struttura aperta” nella giurisprudenza del giudice amministrativo in materia di valutazione ambientale</i>	43
4. VALENTINA BURATTI, <i>Le autorizzazioni farmaceutiche a paradigma flessibile</i>	59
5. GIANLUCA CAVALIERI, <i>L'adattività delle concessioni idroelettriche nella stagione della demanialità custodiale delle acque</i>	77
6. SARA SPUNTARELLI, <i>Il possibile adeguamento della durata delle concessioni per piccole derivazioni a uso idroelettrico: necessità di un tema teorico nuovo?</i>	95
7. CARMELA LEONE, <i>Adaptive management e sfide ambientali</i>	101
8. GLORIA MANCINI PALAMONI, <i>La valutazione sistematica e periodica nell'accreditamento sanitario</i>	113
9. GIOVANNA CORDOVA, <i>Gli accordi pubblici tra rinegoziazione e adattabilità</i>	139
10. PASQUALE CERBO, <i>Breve divagazione su adattamento provvedimento e interesse a ricorrere</i>	157

PARTE II

11. EMANUELA FURIOSI, <i>Governare l'incertezza: il MAMPA e la costruzione di un diritto amministrativo di transizione</i>	165
12. ANTONIO CASABONA, <i>La dimensione adattiva della tutela amministrativa per il ripristino ambientale</i>	171
13. LUCREZIA CICCONE, <i>Strumenti adattivi e contratti pubblici</i>	181
14. SARA SCALINI, <i>Judging adaptation: il modello adattivo modifica il sindacato giurisdizionale?</i>	187
15. AURORA VAGNI, <i>Adaptive management procedure e FinTech regulatory sandbox: modelli a confronto</i>	197

DECISIONI AMMINISTRATIVE (ADATTIVE) IN CONTESTI DI INCERTEZZA: UNA INTRODUZIONE

Il Progetto di Ricerca di Interesse Nazionale PRIN 2022 “*Permanent Transition and Adaptation of Administrative Measures*” si prefigge di definire i tratti di un innovativo modello di amministrazione ‘adattiva’, ponendosi non solo obiettivi di ordine scientifico ma anche di proposta legislativa. L’idea di fondo che ha condotto alla formazione del gruppo di studio, con il coinvolgimento delle Università di Camerino (Prof.ssa Sara Spuntarelli, principal investigator, Prof. Simone Rodolfo Masera), Cattolica del Sacro Cuore (Prof. Giovanni D’Angelo, Prof. Giammarco Sigismondi, Prof. Pasquale Cerbo), Pavia (Prof.ssa Giulia Avanzini), dell’Insubria (Prof. Emanuele Boscolo), muove dalla constatazione che la pubblica amministrazione è sempre più spesso chiamata ad assumere decisioni (in forma di programmi, piani, provvedimenti, affidamenti, etc.) in contesti connotati da ineliminabile incertezza circa i fattori sui quali deve poggiare o sui quali è destinata a incidere l’azione di cura degli interessi pubblici. Inoltre, allargando l’osservazione in direzione dei rapporti concessori e dell’eterogeneo catalogo di figure pattizie, negoziali, partenariali, si riscontra come sia frequente il verificarsi di mutamenti che inducono i privati a sollecitare riequilibri, rinegoziazioni, etc. È un fatto che nel presente la stabilità in molti settori non possa più essere garantita, in ragione della mutevolezza degli scenari entro cui si colloca l’azione amministrativa. Eppure i tipi provvedimentali e le figure pattizie prefigurano ancora rapporti di durata stabili, lasciando per contro residuare tensioni che rendono urgente un riallineamento dei modelli di intervento pubblico rispetto ai quadri effettuali e alle dinamiche proprie di frangenti transizionali.

Siamo tuttavia ancora molto lontani dalla soddisfacente definizione di uno statuto – stabile – dell’amministrazione nella stagione dell’incertezza. È forte l’impressione di una regolazione di settori cruciali (ambiente, territorio, energia, farmaci, acque, etc.) sempre meno adeguata, incapace di trattare (e governare) la dinamicità del dato materiale perché ancora affidata a strumenti che pretendono di tenere fermi nella durata assetti cristallizzati *una tantum* in fase di elaborazione della decisione iniziale. Atti, provvedimenti, piani, etc. dai quali, dopo l’assunzione, l’ammini-

strazione si distacca, senza alcuna reale perdurante considerazione della vicenda successiva. L'inscalfibilità della dimensione imperativo-precettiva della decisione induce l'amministrazione a disinteressarsi della fase successiva, ossia del ciclo di vita della decisione, come se quanto suscettibile di verificarsi in seguito non sia in grado di incidere sul piano della produzione di effetti.

La riflessione circa un diverso modello di amministrazione, destinato a occupare uno spazio sempre crescente, deriva dalla constatazione che nella stagione del presente, segnata – come accennato – dalle plurime transizioni in atto (ambientale, climatica, energetica, demografica, etc.), il quadro generale è salientemente connotato dall'incertezza e il futuro (anche nel breve periodo) appare sempre meno predicibile (e, in alcuni casi, assume un andamento al limite dello stocastico). L'incertezza – ormai un dato strutturale ineludibile e condizionante – è determinata da una molteplicità di fattori, spesso concomitanti, quali l'acuirsi dei divari territoriali e socio-economici, le tensioni geo-politiche, l'evoluzione tecnico-scientifica, il disallineamento tra le scale spazio-temporali delle decisioni e quelle degli effetti, etc. L'amministrazione è chiamata ogni giorno ad assumere decisioni entro questi scenari, in condizioni molto diverse rispetto al fondale delle epoche in cui sono state forgiate le dogmatiche del diritto amministrativo e disegnate le principali classi di provvedimenti (dai titoli edilizi ai modelli concessori) e le più diffuse figure negoziali (si pensi soltanto alle convenzioni urbanistiche, la cui storia rimonta alla metà dell'Ottocento). Il risultato è l'applicazione a contesti connotati da accentuati tassi di variabilità di strumenti regolatori pensati per esprimere una disciplina predeterminata e programmaticamente stabile, con margini di flessibilità-rivedibilità nel tempo inesistenti o comunque estremamente ridotti. L'osservazione del reale restituisce invece un dato ruvidamente diverso: la pretesa di imporre stabilità per via imperativa si trasforma sistematicamente in rigidità, incompatibile con l'esigenza di riallineamento alla mutevolezza degli scenari e dunque inevitabilmente causa di cattiva amministrazione nonché fonte di continue frizioni nei rapporti bilaterali.

Di fronte a un futuro sempre meno prevedibile, il paradigma di decisione amministrativa, imperniato sull'implicita premessa di una capacità di tracciare in fase istruttoria un quadro conoscitivo completo e di proiettare nel tempo gli effetti delle soluzioni profilate con altrettanta predicibilità degli esiti attesi, appare irrimediabilmente in crisi.

Il problema posto dalle sopravvenienze non è certo nuovo ed è stato affrontato con soluzioni che si collocavano essenzialmente nell'alveo (ri-

gidamente formalizzato) dei procedimenti di secondo grado, in funzione di unilaterale revisione o di caducazione (dalla figura prototipica della revoca sino, in una fase più recente, al recesso dagli accordi), comunque in una dimensione di eccezionalità e con effetti laceranti nella relazione con la parte privata. In molti casi la rinuncia a fare spazio a una istanza revisionale per riallineamento al mutato assetto degli scenari del reale si risolve in una percepibile frustrazione degli interessi pubblici.

Con una schematizzazione funzionale ai nostri particolari e limitati fini euristici, potremmo ricondurre le mille sfumature differenzianti della modellistica consegnataci dalla plurisecolare evoluzione del diritto amministrativo a una sequenza ‘procedimento-decisione-effetto’, con la variabile dell’interposizione del consenso nelle figure negoziali (ove è il consenso dell’amministrazione a ‘cristallizzarsi’ e divenire fattore di rigidità). Da un tale paradigma discendono decisioni tese a disporre effetti nel tempo senza previsione di alcun momento di verifica successiva dell’effettiva attitudine alla produzione degli esiti attesi o delle conseguenze del sopravvenire di fattori esterni idonei a precludere la verifica di quanto preconizzato. La debolezza del modello tradizionale (e tralatizio) sembra risiedere proprio nel disinteresse per la valutazione nel tempo, sino a fare velo sull’inadeguatezza dei risultati, il cui perseguimento non sempre può essere garantito dalla sola forza giuridica che assiste l’originaria decisione nella sua immutabile fissità. Da ciò la sistematica sottovalutazione del tema dell’adattamento delle decisioni e l’opportunità della ricerca di un modello alternativo, in grado di consentire – si può introdurre un lemma centrale nella ricostruzione che segue – adattività alle decisioni (ai provvedimenti, alle concessioni, agli accordi, etc.).

L’adattività si profila quale carattere che dovrebbero assumere le decisioni ad effetti orientati al futuro (e capaci di resistere nel tempo: durevolezza), da assumere entro contesti dominati – come detto – dall’incertezza, condizione alla quale non si può rispondere cercando illusoriamente di rafforzare la capacità delle decisioni stesse di resistere ai mutamenti. Fallisce, in altri termini, il tentativo di costruire domini di stabilità (solo giuridica), destinati a rivelarsi effimeri e cedevoli. Occorre invece orientarsi convintamente in una diversa direzione e prefigurare figure decisionali che, sin dal momento di formazione, incorporino attitudine adattiva e profilino come possibili gamme articolate di assetti. Decisioni che nel rispettivo statuto (e nella percezione delle parti) siano duttili alla successiva eventuale flessibilizzazione e al rimodellamento di taluni profili, onde riuscire a garantire la possibile miglior cura degli interessi pubblici, non come se persistessero le condizioni originarie bensì nelle

condizioni contingenti. Non come se fosse praticabile unicamente *la* soluzione preconizzata *ex ante*, bensì ricercando l'ottimalità della soluzione di volta in volta adeguata al diverso atteggiarsi di specifici fattori esogeni incidenti sulla trama degli interessi e sul quadro fattuale. In sintesi, la decisione che debba risultare durevole, ossia capace di resistere, mantenendo effettività nel tempo, deve necessariamente adattarsi ai mutamenti e dunque non può mantenersi rigida e invariabile. Solo l'adattività consente dunque una reale efficacia (contenutisticamente variabile) di risultato proiettata nel tempo.

Va rimarcato che, per evitare che nel rapporto tra il soggetto pubblico e la parte privata si insinuasse una dimensione di aleatorietà (o di potestatività in capo al primo), incompatibile con la tenuta di un qualunque rapporto e in grado di determinare l'azzeramento di ogni propensione agli investimenti privati, la flessibilità dovrà vertere su profili preliminarmente definiti come variabili (entro soglie di varianza del pari predeterminate), *a latere* di un contenuto essenziale (abilitativo, permissivo, etc.) dotato invece di maggior stabilità (senza che tuttavia riemergano ricostruzioni superate come quella che distingueva tra elementi sostanziali ed elementi meramente accessori del provvedimento).

Il provvedimento adattivo, sin dalla fase di emanazione, presenta il carattere della variabilità in funzione di adeguamento (non per ripensamento delle 'strategie' o degli obiettivi dell'amministrazione) e contempla dispositivi di adattamento, ne indica i presupposti di innesco, etc., con conseguente consapevolezza, comune a tutte le parti coinvolte, che nessuna di esse può rivendicare una pretesa alla stabilità nella durata né può riporre affidamenti su una condizione di immutabilità non garantibile. Si può dunque parlare, con un lessico che comincia a diffondersi a partire dal diritto ambientale, di provvedimenti a struttura aperta. Va sottolineato che, anche ove non consegua al provvedimento la strutturazione di un rapporto giuridico in senso stretto (come accade nelle figure concessorie o negli accordi), la relazione tra la parte pubblica e quella privata non può ritenersi esaurita con l'emanazione del provvedimento e – come vedremo meglio – è destinata a proseguire e accompagna le parti per tutto il periodo di vigenza della decisione, onde consentire all'amministrazione (tramite il monitoraggio: *infra*) di valutare, alla luce dei mutamenti intervenuti, la coerenza con i risultati attesi ovvero l'eventuale necessità di attivazione di dispositivi revisionali.

La decisione adattiva è il prodotto di un ripensamento che investe non soltanto il paradigma decisionale. La riflessione in atto è più profonda e impone innanzitutto di guardare alla durata, a ciò che sta dopo

il provvedimento (o l'accordo), non come ad uno spazio occupato unicamente dalla meccanica di produzione degli effetti innescati dalla forza impressa dalla decisione iniziale, ossia come a una fase meramente attuativo-applicativa del comando giuridico originario. Occorre tuttavia andare anche a ritroso e focalizzare l'attenzione sulla funzione conoscitiva. La modellistica invalsa colloca il momento del conoscere in una fase antecedente rispetto al momento del decidere: l'istruttoria che precede la decisione consiste in un'attività acquisitiva e analitica, che – relegata sullo sfondo ogni realistica considerazione epistemologica – è stata assunta come in grado di fornire al decisore tutti gli elementi necessari a fondare una decisione razionale, proiettabile nel tempo. In proposito, è maturata una duplice consapevolezza: a. nel senso che la conoscenza ha una valenza 'diagnostica', di messa a fuoco oggettivante di profili contenutistici che compongono uno scenario in cui già si profila (art. 6, l. 241/1990) un 'progetto di provvedimento', rispetto al quale il decisore deve mantenersi in rapporto di stretta coerenza, con conseguente riduzione dei margini di scelta (e di discrezionalità); b. nel senso che la funzione conoscitiva, avveduta dei limiti gnoseologici di ogni 'indagine' (si potrebbe partire dal pragmatismo statunitense e da Dewey, di lì percorrere una lunga elaborazione concettuale sino a Rorty, Habermas e al dibattito critico contemporaneo sul concetto di conoscenza), riconosce la fallibilità di decisioni assunte in condizioni di razionalità limitata (*bounded rationality*: Simon, etc.). Ne consegue che l'attività conoscitiva non può restare confinata nella fase preparatoria ma deve continuare a sedimentarsi incrementalmente anche dopo la decisione. Si tracciano in tal modo strati conoscitivi dinamici, costantemente aggiornati, dai quali discendono anche giudizi circa i funzionamenti effettivi delle decisioni 'situate' entro contesti in continua evoluzione. Alla funzione conoscitiva non è dunque chiesto di prevedere *ex ante* quale sarà il futuro, bensì di osservare la decisione durante l'intero ciclo di vita, onde segnalare il manifestarsi dell'esigenza di interventi di adattamento.

Occorre dunque soffermare l'analisi sul procedimento oltre la decisione.

Da una tale ricostruzione della funzione conoscitiva, ultrattiva rispetto alla decisione e dall'ulteriore elemento connotativo rappresentato da una relazione tra l'amministrazione e il destinatario che si protrae per la durata, deriva il concetto-cardine secondo cui il modello di nuovo conio di amministrazione adattiva si caratterizza per la collocazione del momento decisionale non già all'epilogo del procedimento bensì in un punto di una traiettoria procedimentale che parte dalla prima valutazione predittiva ma non si arresta affatto al momento di formalizzazione della

decisione, per proseguire invece lungo tutto il dispiegarsi della fase di attuazione. La funzione conoscitiva procedimentalizzata, lungo la parabola di attuazione, si diversifica e assume una duplice matrice: per un verso, prosegue l'acquisizione di elementi e dati conoscitivi, apportabili anche dai privati, e per altro verso, si attiva un'attività tecnica di monitoraggio (*life cycle assesment*), avente ad oggetto la verifica empirica (non più predittiva) dell'attitudine della decisione a produrre effettivamente i risultati regolatori e gli impatti attesi, alla luce delle mutevoli condizioni di scenario che si profilano lungo i diversi tornanti della traiettoria temporale. Il monitoraggio (come indicano le norme e le consolidate esperienze nei settori ambientale, territoriale e farmaceutico) presenta dei caratteri salienti: può avere andamento continuo (giovandosi delle tecnologie digitali, del flusso costante di big data o, in ambito urbano, di evoluti *digital twins*) o carattere iterativo (attivandosi cioè a cadenze predeterminate o a ricorrere di aventi/andamenti straordinari), presuppone la preventiva definizione del metodo di valutazione, del set di indicatori pertinenti, delle soglie di varianza, etc. (tutto ciò può avvenire, ad esempio, in una conferenza preliminare di *scoping*, aperta alla massima partecipazione, sul calco di quanto applicato nella valutazione ambientale strategica), deve svolgersi in condizioni di piena trasparenza e di collaborazione tra l'amministrazione e i privati (sovente detentori di informazioni a cui l'amministrazione non avrebbe autonomo accesso) onde produrre dati ed elaborazioni attendibili.

Naturalmente, la sottolineatura del ruolo della conoscenza prelude a profondi ripensamenti anche sul versante organizzativo: le strutture preordinate alla raccolta e al trattamento dei dati e ai monitoraggi sono destinate ad acquisire sempre maggior peso e spessore strutturale. Sovente l'attività conoscitiva è svolta dalle stesse strutture preposte alla decisione, mentre in futuro potranno ritagliarsi una autonomia anche organizzativa (negli enti che già non ne dispongano) uffici specificamente preposti alla funzione conoscitiva, che da attività di gestione dell'istruttoria si trasformerà progressivamente in governo della conoscenza, a fronte del continuo sedimentarsi di big data raccolti non in vista di una specifica decisione bensì attingendo a ecosistemi informativi ad implementazione continua e multidimensionale, entro cui si sedimenta una mole pressoché smisurata di dati da cui sono estraibili informazioni e modellizzazioni di volta in volta applicabili nella singola fattispecie.

L'acquisizione di nuova conoscenza, ad esempio rispetto agli effetti sulle matrici ambientali di un fattore di pressione o di un farmaco sulla salute, può suggerire adattamenti e, allo stesso modo, la verifica della

distanza dai risultati, dell'insorgenza di fattori preclusivi o condizionanti possono dare la stura (anche in modo automatico) a una tornata revisionale.

La tornata revisionale – ci si passi questa espressione del tutto stipulativa – costituisce la fase incidentale della parabola attuativo-rapportuale entro cui l'amministrazione, in contraddittorio con la parte privata (ma nei procedimenti di programmazione-pianificazione il confronto si apre necessariamente al pubblico), verifica, sulla scorta di parametri obiettivi prestabiliti (riflesso della metodologia prescelta), la resistenza della decisione al superamento di soglie di varianza, la capacità di produrre ancora effetti utili, le ricadute sul piano degli interessi pubblici, le possibili alternative di adattamento e i correlativi limiti (legati alla concorrenza, alle posizioni di terzi), etc.: in sintesi, l'adeguatezza della decisione allo scenario del presente, mutato rispetto a quello originario, e le profilabili possibilità di rimodulazione. Un apprezzamento che – altro profilo su cui insistere – l'amministrazione effettua tenendo presente l'esigenza di limitare al minimo ogni traumatica compressione della posizione del privato, in rigorosa applicazione del principio di proporzionalità. Ne deriva una serrata dialettica con la parte privata, sovente interessata alla conservazione ma, in altri casi, essa stessa incline a segnalare l'esigenza di una revisione (specie nei rapporti negoziali o concessori) e in grado di formulare proposte di riequilibrio (in senso conservativo ovvero integrativo-novativo, come previsto negli schemi-tipo di concessione dei servizi pubblici locali predisposti da ANAC, per fare un solo esempio). Iniziative di rinegoziazione che l'amministrazione, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa in ossequio al principio di buona fede, non può rifiutare di prendere in considerazione.

Quest'ultimo è un altro punto fondamentale: la dimensione procedurale assume una rilevanza decisiva, non solo per assicurare tutela alla parte entro la cui sfera soggettiva potrebbero prodursi effetti limitativi (ad esempio nel caso di un concessionario idrico che si veda ridotta la possibilità di prelievo per ragioni di tutela ambientale dell'alveo sotteso in un periodo particolarmente siccitoso), ma, in termini più generali, per garantire una legalità procedurale che tiene luogo del presidio di garanzia ordinariamente assicurato dalla legalità-tipizzazione. La legalità revisionale è dunque, essenzialmente, una legalità procedurale. Caduta l'illusione (ingenuamente coltivata forse troppo a lungo) di una predicibilità e governabilità dei risultati futuri, la garanzia di prevedibilità dell'azione amministrativa, a tutela dei privati e degli interessi pubblici (anche nel risvolto della doverosità per la p.a. dell'attivazione degli strumenti revi-

sionali) risiede nel rispetto delle regole di disciplina dell'esercizio di un potere che non lascia le parti prive di ogni certezza nel tempo ma assicura ad esse prevedibilità di comportamenti entro le diverse tappe ed evenienze di una traiettoria che, come riconosciuto e contemplato *ex ante*, può incontrare fattori perturbativi, alternati a fasi di temporanea stabilità.

Una diversa sequenza: conoscenza-decisione-monitoraggio-adeguamento. Un innovativo modello di decisione, a struttura aperta, rivedibile; una nuova forma di legalità procedurale; un procedimento (oltre il provvedimento) ad andamento ricorsivo-circolare, entro cui campeggia la dimensione conoscitiva, che dalle cicliche verifiche di effettività induce a ritornare alle analisi, per ridiscendere alle decisioni, nonché dispositivi revisionali diversi dalle revoche e dall'autotutela. Profili che, complessivamente, concorrono a delineare i tratti di un nuovo modello di amministrazione in grado di reagire alla sfida del decidere in condizioni di incertezza strutturale per effetto dell'assunzione del carattere distintivo dell'adattività, dalla quale discendono i principali corollari a cui si è fatto cenno. Adattività che potrà presentare specificità e connotazioni certamente anche molto diversificate nei regimi settoriali e nelle varie tipologie di rapporti pubblico-privato, ma pare costituire il profilo di innovazione da cui può derivare il ripensamento del catalogo delle figure della tradizione (il provvedimento, il piano, la concessione, etc.) entro una contemporaneità transizionale, ossia entro scenari ad elevata complessità dinamica, dei quali l'amministrazione è sempre meno in grado di determinare l'andamento. Sono dunque le decisioni a doversi adattare al mutamento, ma – come detto – ciò postula una revisione più profonda di alcuni elementi della dorsale concettuale del diritto amministrativo, retaggio di stagioni in cui le evoluzioni avevano un ritmo più lento e una direzione lineare, tanto da aver indotto ad accreditare la convinzione generale che anche le decisioni dell'amministrazione potessero costituire approdi stabili e, anzi, fossero in grado di tracciare (o, adirittura, di determinare) prometicamente il futuro.

Quelle che precedono sono solo alcune delle prospettive, aperte ad ulteriori approfondimenti critici, emerse nella prima fase di attività di ricerca entro la cornice del PRIN e illustrate (soprattutto dagli studiosi più giovani) corso del Convegno tenutosi presso l'Università dell'Insubria il 5 dicembre 2024 e riprese nella successiva straordinaria occasione di confronto diretto con i più influenti interpreti del filone di studi che, oltreoceano, va sotto il nome di *Adaptive Management* (R. K. CRAIG, J. B. RUHL, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt Law Review*, 2014, 1), organizzato e coordinato da E. Furiosi.

Alcuni contributi (Bifulco, Buratti, Spuntarelli, Cavalieri, Leone) riescono a dimostrare come nell'ordinamento amministrativo trovino già spazio figure prototipali di provvedimenti a struttura aperta, come la VIA, per effetto delle condizioni ambientali che la corredano, e rivedibili, come le autorizzazioni farmaceutiche sottoposte, tramite la farmacovigilanza a costante verifica circa gli impatti del progresso scientifico e circa il perdurare un corretto rapporto benefici/rischi, le concessioni idriche, sottoposte a vincoli di riduzione in caso di scarsità, senza alcuna pretesa neppure indennitaria avanzabile dai concessionari, avveduti *ab origine* della elasticità dell'attribuzione del bene pubblico a valenza ambientale prima che produttiva, nonché i contratti di fiume, osservando i quali ci si avvede di come le strategie di intervento comunitario si adeguino al mutare dell'agenda condivisa.

Altri contributi (Cerbo) pongono in evidenza come anche le forme della tutela (a partire dall'identificazione dei presupposti dell'interesse al ricorso) dovranno adeguarsi a un modello che deve rinunciare a qualunque espirazione alla stabilità e come (Rodolfo Masera) sia decisiva l'affidabilità delle informazioni. Altri ancora guardano a settori come le bonifiche (Casabona), le sandbox regolatorie (Vagni), gli accreditamenti sanitari (Mancini Palamoni) e, naturalmente, al modello generale degli accordi *ex art.* 11 della l. 241/1990 e alle applicazioni settoriali (Cordova), rispetto ai quali anche la giurisprudenza ha concorso a delimitare in termini sempre più ampi lo spazio per rinegoziazioni in funzione conservativa.

Il confronto con il modello dell'*Adaptive Management* (Furiosi) è apparso da subito proficuo e carico di suggestioni, delle quali una serie di contributi (Casabona, Cicconi, Scarlini, Vagni) hanno cercato di vagliare la praticabilità nel nostro contesto, imperniato su un diritto amministrativo in cui la stabilità costituiva una condizione che poteva essere presupposta.

Naturalmente, il Volume offre soltanto un primo contributo a un dibattito che – questo pare, tra tanta incertezza, l'unico dato davvero certo – non dovrebbe tardare a coinvolgere la scienza del diritto amministrativo e il legislatore.

Emanuele Boscolo

PARTE I

EMANUELA FURIOSI

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DI FRONTE ALLE TRANSIZIONI PERMANENTI: SPUNTI DALLA PROPOSTA DI *MODEL ADAPTIVE MANAGEMENT PROCEDURE ACT* STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *L'adaptive management* come risposta operativa alle transizioni permanenti. – 3. Il *Model Adaptive Management Procedure Act*. – 4. Verso un procedimento amministrativo adattivo italiano: spunti dal MAMPA statunitense. – 5. Considerazioni di sintesi.

1. *Introduzione*

Nelle società contemporanee, il cambiamento non è più episodico ma rappresenta una condizione permanente con cui gli ordinamenti devono confrontarsi¹.

In tali contesti di transizione permanente la letteratura scientifica internazionale ha da tempo individuato nell'*adaptive management* la strategia gestionale più efficace².

Tuttavia, in Italia una piena adozione di tale modello gestionale – il

¹ M. CAFAGNO, *Public Management of the Environment as Dialogue among Complex Systems*, in «Il diritto dell'economia», anno 71, n. 117 (2-3/2025), pp. 79-101; J. FRANZEN, *E se smettessimo di fingere? Ammettiamo che non possiamo più fermare la catastrofe climatica*, Torino, 2020.

² Sul punto si veda C.S. HOLLING, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, Wiley, Chichester 1978, testo fondamentale che per primo ha sistematizzato il concetto; C.J. WALTERS, *Adaptive Management of Renewable Resources*, MacMillan, New York 1986; K.N. LEE, *Appraising Adaptive Management*, in *Conservation Ecology*, 3(2) 1999, 3; B.K. WILLIAMS, *Adaptive management of natural resources—framework and issues*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5) 2011, 1346-1353; L. RIST, B.M. CAMPBELL, P. FROST, *Adaptive management: where are we now?*, in *Environmental Conservation*, 40(1) 2013, 5-18; C.R. ALLEN, J.J. FONTAINE, K.L. POPE, A.S. GARMESTANI, *Adaptive management for a turbulent future*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5) 2011, 1339-1345; D. ARMITAGE, M. MARSCHKE, R. PLUMMER, *Adaptive co-management and the paradox of learning*, in *Global Environmental Change*, 18(1) 2008, 86-98; M.J. WESTGATE, G.E. LIKENS, D.B. LINDENMAYER, *Adaptive management of biological systems: A review*, in *Biological Conservation*, 158 2013, 128-139.

cui fulcro è un processo iterativo a più fasi per adeguare le misure di gestione alle mutate circostanze o alle nuove informazioni sull'efficacia delle misure precedentemente adottate – è oggi ostacolata dal diritto amministrativo, che si trova davanti alla sfida di superare la concezione del provvedimento come “fotografia” statica della realtà, epilogo di un procedimento “esaurito”³, per abbracciare un modello capace di adattarsi a

³ L'inadeguatezza dell'attuale modello di procedimento amministrativo emerge con particolare evidenza in alcuni settori: A) la gestione delle concessioni idriche, sul punto si rinvia a E. BOSCOLO, *Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità. Dall'emergenza alla regolazione*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 3, 2022; ID., *Water Resources Management in Italy: Institutions, Laws and Approaches*, in *Water Law, Policy and Economics in Italy*, a cura di P. TURRINI – A. MASSARUTTO – M. PERTILE – A. CARLI, Londra, 2021, 105; ID., *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012. B) Le autorizzazioni ambientali in contesti di rapido cambiamento climatico: l'autorizzazione integrata ambientale (AIA), pur prevedendo meccanismi di riesame periodico, non è strutturata per gestire efficacemente l'emergere di nuove evidenze scientifiche o il verificarsi di cambiamenti nelle condizioni ambientali di base. La conseguenza è un sistema che fatica a bilanciare le esigenze di stabilità del titolo con quelle di protezione dell'ambiente, generando incertezze tanto per gli operatori economici quanto per la collettività. C) I provvedimenti di lungo periodo in settori ad alta innovazione tecnologica: si pensi alle concessioni per lo sviluppo delle reti di telecomunicazione, rilasciate in un contesto tecnologico destinato a mutare radicalmente nel corso della durata del rapporto concessorio. L'impossibilità di prevedere *ex ante* tutti gli sviluppi tecnologici, unita alla rigidità del titolo amministrativo, genera inefficienze allocative e ritardi nell'implementazione delle innovazioni.

In tutti questi casi, gli strumenti tradizionali – in particolare i provvedimenti di secondo grado – si rivelano spesso inadeguati, generando incertezza per gli operatori economici e oneri procedurali per le amministrazioni. Un approccio procedimentale adattivo permetterebbe di superare il ciclo di revoca e riedizione continua di provvedimenti, riducendo i costi procedurali e l'incidenza del contenzioso. Inoltre, un'attività strutturata *ab origine* potrebbe offrire maggiore prevedibilità agli operatori attraverso meccanismi trasparenti e predefiniti di adattamento, anziché interventi episodici e spesso emergenziali. Inoltre, la proposta di un modello adattivo si allinea con le recenti riforme in materia di digitalizzazione e semplificazione amministrativa. La disponibilità di dati in tempo reale e l'automazione di alcuni processi decisionali possono supportare efficacemente un approccio più dinamico alla gestione dei titoli amministrativi. Sulla digitalizzazione come infrastruttura abilitante per apprendimento e adattamento (dati, indicatori e simulazioni quasi in tempo reale), v. «Ecoscienza», n. 4/2024, numero monografico *Intelligenza artificiale e controllo ambientale*; M. GRIEVES, J. VICKERS, *Digital Twin: Mitigating Unpredictable, Undesirable Emergent Behavior in Complex Systems*, in *Transdisciplinary Perspectives on Complex Systems: New Findings and Approaches*, a cura di F.-J. KAHLLEN, S. FLUMERFELT, A. ALVES, Cham, 2017, 85 et seqq.; UNEP, *The Case for a Digital Ecosystem for the Environment*, 2019.

una realtà dinamica in transizione permanente⁴. In altri termini, il diritto amministrativo si deve adeguare all'*adaptive management*.

Partendo da questo medesimo presupposto, due studiosi statunitensi, Robin Kundis Craig⁵ e J.B. Ruhl⁶, hanno sviluppato una proposta di articolato di procedimento amministrativo adattivo: il Model Adaptive Management Procedure Act⁷ (c.d. MAMPA).

Sebbene tale lavoro si inserisca nel differente contesto dell'ordinamento giuridico statunitense, si ritiene che lo stesso possa fornire spunti di interesse per l'elaborazione, nell'ordinamento giuridico italiano, di un istituto che consenta l'adeguamento del titolo e del rapporto amministrativo al mutamento permanente della realtà fattuale.

Nel presente contributo verranno analizzati i principi fondanti e i meccanismi procedurali del MAMPA, per poi valutarne la compatibilità con i cardini del diritto amministrativo italiano, nell'ottica di individuare possibili soluzioni normative che consentano l'introduzione di un "binario adattivo" anche nel nostro ordinamento, capace di rispondere alle sfide delle transizioni permanenti, senza sacrificare le garanzie fondamentali del sistema.

2. *L'adaptive management come risposta operativa alle transizioni permanenti*

Poiché il presupposto da cui prende le mosse la presente riflessione è che il diritto amministrativo debba adattarsi alla gestione adattiva, pare indispensabile mettere a fuoco quali sono le caratteristiche e le necessità di tale metodologia gestionale.

L'*adaptive management* è da tempo considerato elemento imprescindibile della regolazione⁸ in un ampio spettro di settori, tra cui quello

⁴ L'obiettivo da perseguire è garantire una certezza giuridica non coincidente con l'immutabilità assoluta, distinguendo tra un nucleo invariabile del provvedimento ed elementi modificabili in base ai cambiamenti di contesto.

⁵ Robert A. Schroeder Distinguished Professor of Law nella University of Kansas School of Law.

⁶ David Daniels Allen Distinguished Chair in Law, Joe B. Wyatt Distinguished University Professor (2024-25), Director, Program on Law and Innovation, Co-Director, Energy, Environment and Land Use Program presso la Vanderbilt University School of Law.

⁷ CRAIG, ROBIN K. and J.B. RUHL, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 67, No. 1, pp. 1-87, 2014; CRAIG, ROBIN K., et al., *A proposal for amending administrative law to facilitate adaptive management*, *Environmental Research Letters*, Vol. 12, No. 7, 074018, 2017.

⁸ L'approccio adattivo ha già trovato applicazioni efficaci principalmente nella gestione delle risorse naturali. Il Comprehensive Everglades Restoration Plan in Florida

farmaceutico, medicale, finanziario, di *welfare* sociale e di gestione delle risorse naturali⁹. Esso consta di un processo decisionale strutturato e iterativo, che consente l'adattamento delle scelte gestionali in risposta a nuove informazioni e a cambiamenti nel sistema regolato. Sviluppato negli anni '70 da C.S. Holling nell'ambito delle scienze ecologiche¹⁰, questo approccio si fonda su un ciclo continuo di pianificazione, implementazione, monitoraggio e adattamento¹¹.

ha permesso di gestire un ecosistema complesso, conciliando conservazione, approvvigionamento idrico e protezione dalle inondazioni attraverso obiettivi chiari, indicatori misurabili e revisione periodica delle strategie. Su tale esperienza si veda LO SCHIAVO, A. J., R. G. BEST, R. E. BURNS, S. GRAY, M. C. HARWELL, E. B. HINES, A. R. McLEAN, T. ST. CLAIR, S. TRAXLER, J. W. VEARIL. 2013. *Lessons learned from the first decade of adaptive management in comprehensive Everglades restoration*. *Ecology and Society* 18(4): 70. <http://dx.doi.org/10.5751/ES-06065-180470>. In Europa, il programma "Room for the River" nei Paesi Bassi ha adottato strategie flessibili di difesa dalle inondazioni, basate sul monitoraggio continuo e su interventi gradualmente. Su tale esperienza si rinvia a HERK, SEBASTIAAN, *Adaptive co-management and network learning in the Room for the River programme*, in *Journal of Environmental Planning & Management*, 2013. Anche il sistema di gestione delle concessioni idriche in Spagna rappresenta un esempio interessante, con meccanismi di revisione automatica in caso di variazioni significative nella disponibilità della risorsa, attuando una forma di "flessibilità programmata" che riduce l'incertezza giuridica pur adattandosi ai cambiamenti. Il riferimento è al Piano Nazionale Idrologico che ha introdotto il concetto dei piani di gestione delle siccità (DMPs), i quali devono essere redatti dalle «Agenzie Idriche» (i.e. Autorità di Bacino – RBAs). Questi piani includono: a) l'identificazione delle siccità (definizione degli indicatori e del monitoraggio), b) i programmi e le misure da mettere in atto, c) le opzioni di gestione e d) un sistema di follow-up. Una volta che si identifica un evento siccitoso, i DMPs devono identificare le misure di mitigazione più appropriate, le quali devono essere adattate in base alle soglie di siccità prestabilite.

⁹ RUHL, J. B., & SALZMAN, J., *Ecosystem Services and Federal Public Lands: A Quiet Revolution in Natural Resources Management*, in *University of Colorado Law Review*, 2020, 91.

¹⁰ V. International Institute for Applied Systems Analysis, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, a cura di C.S. HOLLING, 1, 1978. Per una sintesi più recente della teoria della gestione adattiva, v. GUNDERSON, LANCE H. – HOLLING, C.S. (a cura di), *Panarchy: Understanding Transformations in Human and Natural Systems*, 3, 2002. Cfr. infra Parte I.A (ricostruzione storica della gestione adattiva).

¹¹ Sulla sistematizzazione del paradigma (adaptive management/adaptive governance) e sulla sua dimensione istituzionale, v. B.C. CHAFFIN, H. GOSNELL, B.A. COSENS, *A Decade of Adaptive Governance Scholarship: Synthesis and Future Directions*, in «*Ecology and Society*», 19(3), 2014, Article 56; D.A. DE CARO, B.C. CHAFFIN, E. SCHLAGER, A.S. GARMESTANI, J.B. RUHL, *Legal and institutional foundations of adaptive environmental governance*, in «*Ecology and Society*», 22(1), 2017, Article 32; C. FOLKE, T. HAHN, P. OLSSON, J. NORBERG, *Adaptive Governance of Social-Ecological Systems*, in «*Annual Review of Environment and Resources*», 30, 2005, 441 et seqq.

La gestione adattiva riconosce l'incertezza come elemento ineliminabile¹² e incorpora l'apprendimento nel processo decisionale stesso¹³. I suoi principi fondamentali, infatti, includono il riconoscimento dell'incertezza, il monitoraggio continuo, l'adattamento periodico delle misure adottate e la distinzione tra elementi fondamentali (non modificabili) ed elementi adattabili delle decisioni.

Tale modello si distingue radicalmente dai modelli predittivi, che tentano di anticipare tutti gli scenari futuri e predisporre soluzioni *ex ante*: mentre l'approccio predittivo richiede ingenti investimenti iniziali di analisi e tende a "congelare" le decisioni, il modello adattivo distribuisce i costi conoscitivi nel tempo e mantiene aperte opzioni di intervento. La gestione adattiva si differenzia altresì dagli approcci puramente reattivi, che intervengono solo dopo il manifestarsi di criticità conclamate, combinando pianificazione preventiva con capacità di reazione a nuove informazioni.

Da tali minime note emerge con forza la necessità di un adeguato fondamento normativo, che riconosca esplicitamente la possibilità di adottare un approccio adattivo e ne definisca condizioni e limiti¹⁴.

Proprio al fine di costruire un quadro normativo adeguato alle esigenze della gestione adattiva, il Model Adaptive Management Procedure Act si propone di tradurre i principi teorici fin qui delineati in un sistema procedurale operativo, offrendo soluzioni concrete ai punti di frizione tra gestione adattiva e diritto amministrativo "tradizionale"¹⁵. Pare, dun-

¹² Il rapporto con l'incertezza è una cifra identificativa del metodo adattivo: mentre gli approcci tradizionali la considerano un elemento da eliminare, il modello adattivo la tratta come componente strutturale del processo decisionale, da gestire attraverso un apprendimento continuo.

¹³ Sul nesso tra apprendimento, riflessività e *decision making* in contesti complessi (utile a inquadrare il *learning-by-doing* che caratterizza la gestione adattiva), v. D.A. SCHÖN, *The Reflective Practitioner*, New York, 2016, 76 et seq.; H.A. SIMON, *Reason in Human Affairs*, Stanford, 1983, 76 et seq.; J.G. MARCH, *A Primer on Decision Making*, New York, 1994; J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Organizations*, New York, 1958.

¹⁴ Come evidenziato in LO SCHIAVO, A. J., R. G. BEST, R. E. BURNS, S. GRAY, M. C. HARWELL, E. B. HINES, A. R. MCLEAN, T. ST. CLAIR, S. TRAXLER, J. W. VEARIL. 2013. *Lessons learned from the first decade of adaptive management in comprehensive Everglades restoration. Ecology and Society*, cit., la prima "lezione appresa" durante una decade di gestione adattiva è la necessità di avere "*legislative and regulatory authorities that require the development of an adaptive management program are necessary to maintain funding and support to set up and implement adaptive management.*"

¹⁵ Il riferimento è all'Administrative Procedure Act (APA), la legge fondamentale che governa il funzionamento delle agenzie amministrative federali negli Stati Uniti, promulgata nel 1946.

que, di interesse analizzarne la struttura e le innovazioni principali, per valutarne la trasferibilità – pur con i necessari adattamenti – nell’ordinamento giuridico italiano.

3. *Il Model Adaptive Management Procedure Act*

Il Model Adaptive Management Procedure Act (c.d. MAMPA), elaborato nel 2014 dai professori Robin K. Craig e J.B. Ruhl, è una proposta¹⁶ di procedimento amministrativo alternativo, specificamente progettata per consentire la piena adozione della gestione adattiva. Partendo dalla constatazione che l’Administrative Procedure Act (c.d. APA) statunitense costituisce un ostacolo alla piena implementazione di una gestione adattiva, i due giuristi hanno teorizzato un “binario procedurale” parallelo, da utilizzare solo in determinati contesti¹⁷.

Il MAMPA si fonda sui concetti chiave di “adaptive management”¹⁸ e di “complex system” o “system”¹⁹, che costituiscono i presupposti operativi essenziali dell’intera disciplina, traducendo in termini giuridicamente vincolanti nozioni derivate dalle scienze della complessità²⁰. Tale impostazione concettuale riflette un cambio di paradig-

¹⁶ Il MAMPA non costituisce una normativa vigente, ma una proposta accademica che identifica con precisione gli ostacoli strutturali che il diritto amministrativo tradizionale pone all’adaptive management e suggerisce soluzioni operative concrete.

¹⁷ La proposta di articolato è suddivisa in sei sezioni, ciascuna dedicata a uno specifico aspetto del procedimento amministrativo adattivo.

¹⁸ Il MAMPA precisa che “*‘Adaptive management’ significa un processo decisionale basato sull’implementazione strutturata e iterativa di misure gestionali, con monitoraggio completo degli indicatori di sistema rilevanti, nel tentativo di raggiungere specifici obiettivi gestionali o obiettivi, ridurre l’incertezza o aumentare la conoscenza sul sistema che un’agenzia è incaricata di gestire.*”

¹⁹ Il MAMPA precisa che “*‘Complex system’ o ‘system’ significa un contesto di gestione politica in cui le componenti sociali, economiche, tecnologiche, biologiche, fisiche e ambientali rilevanti sono numerose, diverse e interconnesse; mostrano feedback reciproco al variare delle condizioni; e si adattano a fattori stressanti, perturbazioni e misure gestionali nel tempo, basandosi almeno in parte su come le altre componenti all’interno del contesto di gestione politica rispondono.*”

²⁰ Queste definizioni, in combinazione con i criteri applicativi dettagliati nella II sezione (Cfr. in particolare Sez. II(D)(2) della proposta di articolato) delimitano con precisione l’ambito oggettivo di applicazione del procedimento adattivo, creando un filtro selettivo per l’accesso al “binario adattivo”. Per una prima cornice teorica sui sistemi complessi e sull’approccio sistemico (da cui derivano le nozioni di “complex adaptive systems”, feedback, adattamento e apprendimento), v. L. VON BERTALANFFY, *General Sy-*

ma fondamentale: non si tratta più di adottare una decisione puntuale in un contesto relativamente stabile, ma di gestire continuativamente sistemi complessi, caratterizzati da incertezza permanente²¹.

L'accesso al "binario adattivo" è regolato in modo sistematico e articolato²². La proposta contempla tre scenari distinti: il legislatore statunitense può espressamente imporre all'agenzia²³ l'utilizzo della procedura adattiva, vietarne esplicitamente l'impiego o, infine, lasciarle la facoltà di scelta. In quest'ultima ipotesi, l'agenzia può optare per il binario adattivo solo previa verifica, "*sulla base delle migliori evidenze disponibili*", della sussistenza di una serie di presupposti oggettivi. Questi comprendono: la complessità del sistema da regolare; la difficoltà di prevederne le risposte agli interventi amministrativi, specialmente quando lo sviluppo di informazioni dettagliate potrebbe migliorare le azioni future; la presenza di incognite o incertezze relative al sistema; la necessità di regolare o gestire componenti significative del sistema; l'individuazione di obiettivi gestionali definibili; la disponibilità di indicatori misurabili; la possibilità di molteplici opzioni gestionali; e la capacità di osservare risposte del sistema in tempi compatibili con revisioni periodiche. La decisione di seguire il binario adattivo è formalizzata attraverso un procedimento di

stem Theory, George Braziller, New York, 1968; H. VON FOERSTER, *Observing Systems*, Seaside (CA), 1981; J.H. HOLLAND, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Cambridge (MA), 1996; ID., *Signals and Boundaries: Building Blocks for Complex Adaptive Systems*, Cambridge (MA), 2014; ID., *Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford, 2014; N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, Frankfurt, 1984; H.A. SIMON, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge (MA), 1969, 3rd edn. 1996.

²¹ In questa direzione, con specifico riferimento alla tensione tra "architettura formale" del diritto amministrativo (categorie discrete, procedure sequenziali, competenze delimitate) e dinamiche non lineari dei sistemi complessi, v. M. CAFAGNO, *Public Management of the Environment as Dialogue among Complex Systems*, cit., spec. §§ 1 e 2.

²² Cfr la seconda sezione del MAMPA che definisce le condizioni per l'accesso al "binario adattivo".

²³ Dal punto di vista amministrativo, le agenzie federali negli Stati Uniti rappresentano il braccio operativo del governo, responsabili dell'implementazione pratica delle leggi approvate dal Congresso, sono dotate di poteri quasi-legislativi (emanazione di regolamenti), esecutivi (applicazione delle norme) e quasi-giudiziari (risoluzione di controversie amministrative). Queste istituzioni nascono dalla necessità di expertise specialistica in settori complessi come ambiente, sanità, trasporti o finanza. Il Congresso, attraverso statuti specifici, delega l'autorità di regolamentare questi ambiti, definendo al contempo i limiti del loro potere. Il sistema americano bilancia l'autonomia operativa delle agenzie con meccanismi di controllo multipli: supervisione presidenziale, *oversight* congressuale, revisione giudiziaria e partecipazione pubblica.

*rulemaking*²⁴ sottoposto a controllo giurisdizionale, con un termine di impugnazione di 90 giorni dalla pubblicazione della regola finale.

Il ciclo di pianificazione-implementazione-valutazione-riformulazione è l'elemento centrale del modello adattivo²⁵. Il piano iniziale, adottato anch'esso mediante *rulemaking*, deve contenere un'articolata serie di elementi: obiettivi gestionali, minacce e ostacoli al loro raggiungimento, indicatori da monitorare, metodologie di rilevazione, misure gestionali da implementare e condizioni che giustificerebbero la loro interruzione ("abort indicators") o che segnalerebbero il raggiungimento degli obiettivi ("finished indicators"). La trasparenza è garantita dall'obbligo di pubblicare periodicamente i dati di monitoraggio e di riferire sull'implementazione.

Il passaggio dal piano iniziale ai piani successivi rappresenta un elemento cruciale della configurazione ciclica della gestione adattiva. Tale transizione avviene al verificarsi di tre possibili eventi: il raggiungimento degli "abort indicators", il conseguimento dei "finished indicators" o la scadenza del periodo di implementazione predeterminato. In ciascun caso, l'agenzia deve pubblicare un avviso di conclusione del piano corrente e procedere all'adozione di un nuovo piano. È significativo che i piani successivi debbano contenere anche una valutazione critica dei dati raccolti durante l'implementazione precedente, un'analisi dei progressi verso gli obiettivi e una spiegazione dettagliata delle modifiche apportate in base all'apprendimento acquisito. Questo processo ciclico di pianificazione-implementazione-valutazione-riformulazione consente sia l'ap-

²⁴ Il termine *rulemaking* indica, nel sistema amministrativo statunitense, il procedimento attraverso cui le agenzie federali formulano, modificano o abrogano regole amministrative (rules) di portata generale. L'Administrative Procedure Act (APA) del 1946 prevede due principali tipologie di rulemaking: formale (formal rulemaking), che richiede un'udienza pubblica quasi-giudiziale, e informale (informal rulemaking), noto anche come procedimento "notice-and-comment", che è quello richiamato dal MAMPA. Quest'ultimo prevede: (1) la pubblicazione di un avviso di proposta di regolamentazione (Notice of Proposed Rulemaking) nel Federal Register; (2) un periodo per la presentazione di commenti scritti da parte del pubblico; (3) la considerazione dei commenti ricevuti da parte dell'agenzia; (4) la pubblicazione della regola finale accompagnata da una dichiarazione esplicativa (statement of basis and purpose). Si tratta di un istituto solo parzialmente assimilabile ai procedimenti di consultazione pubblica previsti nel sistema italiano per l'adozione di atti regolamentari o generali, caratterizzato da maggiore strutturazione e rilevanza giuridica. Cfr. R.J. PIERCE, *Administrative Law Treatise*, New York, 2023, 561 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, 2019.

²⁵ Le sezioni terza e quarta del MAMPA disciplinano, rispettivamente, il piano di gestione adattiva iniziale e quelli successivi.

prendimento tecnico (durante l'implementazione) sia quello istituzionale (nella transizione tra piani). Il MAMPA prevede inoltre un meccanismo specifico per l'eventuale uscita dal binario adattivo, disciplinando quattro situazioni che possono giustificare il ritorno alle procedure amministrative ordinarie²⁶.

Una delle innovazioni più rilevanti riguarda la fase di implementazione del piano. Durante questo periodo, l'attuazione delle misure gestionali è “*committed to agency discretion by law*”²⁷ e, salvo emergenze, non è soggetta a controllo giurisdizionale. Questa immunità temporanea rappresenta una deroga significativa al principio della revisione giudiziaria, tradizionalmente centrale nel diritto amministrativo statunitense. Tale deroga è bilanciata da limiti temporali all'implementazione (al massimo cinque anni, salvo eccezioni motivate) e da obblighi di trasparenza continua.

Il MAMPA specifica anche le condizioni di emergenza che consentono l'interruzione anticipata del piano²⁸. Questi includono il raggiungimento degli “abort indicators” o il verificarsi di perturbazioni severe e impreviste che rendano obsolete le premesse informative del piano. In tali casi, l'agenzia può terminare l'implementazione con un preavviso di 30 giorni, soggetto a controllo giurisdizionale. È significativo che anche i privati possano attivare un procedimento di *mandamus*²⁹ per ottenere

²⁶ Il Model Adaptive Management Procedure Act (Cfr. in particolare Sezione 4(A) del MAMPA, punti da (1) a (4)) prevede quattro circostanze per il ritorno alle procedure amministrative ordinarie: quando il legislatore richiede espressamente la cessazione dell'adaptive management; quando vengono raggiunti gli obiettivi o le condizioni specificati dal legislatore come presupposti per terminare l'approccio adattivo; quando l'agenzia, che aveva autonomamente scelto l'adaptive management, constata che esso ha pienamente raggiunto i suoi scopi, generando le informazioni necessarie, risolvendo le incertezze e stabilizzando gli obiettivi gestionali; quando l'esperienza dimostra l'inadeguatezza dell'approccio adattivo, evidenziata dal ripetuto raggiungimento degli indicatori di interruzione, da cambiamenti significativi nel sistema o dall'emergere di informazioni che rendono impraticabile l'adaptive management. In tutti i casi, l'agenzia deve giustificare formalmente la transizione attraverso una procedura che garantisca trasparenza e partecipazione.

²⁷ L'espressione “committed to agency discretion by law” è una formula tecnica del diritto amministrativo statunitense che indica situazioni in cui il legislatore ha deliberatamente sottratto l'attività amministrativa al sindacato giurisdizionale. Questa formula deriva dalla Section 701(a)(2) dell'Administrative Procedure Act americano, che esclude dal controllo giudiziale le azioni amministrative che la legge affida alla discrezionalità dell'agenzia. In altre parole, nel MAMPA le scelte operative compiute durante l'implementazione del piano sono protette dall'intervento giudiziario.

²⁸ Cfr. sezione quinta del MAMPA.

²⁹ Il *mandamus* è un rimedio giurisdizionale straordinario di origine anglosassone

l'interruzione del piano, ma solo provando “*con chiara ed evidente convinzione*” la ricorrenza dei presupposti di emergenza.

Un profilo peculiare del procedimento adattivo è relativo al controllo giurisdizionale. L'innovazione più rilevante è la modulazione dell'intensità del sindacato in base alle diverse fasi del processo adattivo. È previsto un controllo pieno sulla decisione di adottare il binario adattivo e sul contenuto del piano, ma è escluso il controllo sull'implementazione, salvo le eccezioni tassativamente indicate. I termini di impugnazione sono particolarmente brevi (30 giorni per il piano), riflettendo l'esigenza di certezza in un contesto di gestione continua.

Di particolare interesse pare l'innovativo equilibrio proposto tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale. La proposta di articolato, da un lato, riconosce all'agenzia ampia discrezionalità tecnica nell'implementazione del piano, dall'altro, impone una strutturazione rigorosa della fase di pianificazione, con obblighi dettagliati di motivazione sulla base di scienze specialistiche. Il controllo giurisdizionale si concentra sulla fase di pianificazione, verificando la conformità agli obiettivi legislativi e la razionalità scientifica delle scelte, mentre nella fase di implementazione prevale l'esigenza di efficacia gestionale.

Questo nuovo equilibrio tenta di rispondere alla tensione tra la necessità di garantire legittimità democratica e protezione dei diritti, da un lato, e quella di assicurare efficacia e competenza tecnica, dall'altro. Nel modello tradizionale (APA), questa tensione è risolta attribuendo piena discrezionalità nella fase istruttoria e imponendo controlli stringenti sulla decisione

che consente di ottenere un ordine giudiziario diretto a un'autorità amministrativa o a un funzionario pubblico per imporre l'adempimento di un dovere d'ufficio di natura vincolata. In sostanza, permette al giudice di ordinare a un soggetto pubblico di compiere un'azione che è legalmente tenuto a svolgere. Nel MAMPA, il procedimento di *mandamus* è strategicamente ripensato come strumento di controllo “dal basso” sull'implementazione del piano di gestione adattiva, attivabile dai privati in circostanze tassativamente previste. Le Sezioni 5(D) e 5(E) dell'articolato ne ridefiniscono i presupposti, richiedendo la prova “con chiara ed evidente convinzione” (*clear and convincing evidence*) di specifiche condizioni emergenziali o del raggiungimento degli “*abort indicators*”. Questa formulazione puntuale e l'adozione di uno standard probatorio intermedio tra la preponderanza dell'evidenza e l'oltre ogni ragionevole dubbio riflettono un bilanciamento tra l'esigenza di garantire l'efficacia gestionale e quella di prevenire danni irreversibili al sistema regolato.

La peculiarità di questo istituto nel contesto dell'*adaptive management* risiede nella sua complementarità rispetto all'immunità giurisdizionale della fase implementativa: mentre quest'ultima tutela la discrezionalità tecnica dell'agenzia, il *mandamus* rappresenta una “valvola di sicurezza” che consente l'intervento esterno in situazioni limite, evitando la degenerazione dell'autonomia gestionale in arbitrio amministrativo.

finale. Nel modello adattivo, invece, la distribuzione è inversa: controlli rigorosi sulla pianificazione, discrezionalità nell'implementazione.

Tale inversione riflette la diversa natura del “problema regolatorio”: non si tratta più di adottare una decisione puntuale in un contesto relativamente stabile, ma di gestire continuamente sistemi complessi³⁰, caratterizzati da incertezza permanente. In questo contesto, la legittimità democratica è garantita principalmente nella fase di pianificazione, attraverso la partecipazione al *rulemaking*, mentre l'efficacia gestionale richiede flessibilità nell'implementazione.

In sintesi, pare che l'innovazione più significativa rispetto al paradigma tradizionale sia il superamento della dicotomia tra fase procedimentale e fase provvedimentale. Nel modello adattivo, il procedimento non si esaurisce con l'adozione del provvedimento, ma accompagna l'intero ciclo di vita del titolo amministrativo³¹. Il piano iniziale non è un provvedimento finale, ma l'avvio di un processo gestionale continuo, sottoposto a revisione periodica. La dinamicità dell'approccio sostituisce la linearità del modello tradizionale con una circolarità che integra decisione, implementazione e apprendimento.

4. *Verso un procedimento amministrativo adattivo italiano: spunti dal MAMPA statunitense*

Nel valutare quali elementi della proposta statunitense possano risultare conformi ai principi dell'ordinamento italiano, emerge innanzitutto che l'elemento più rilevante della proposta statunitense è la strutturazione di un doppio binario procedurale, che affianca – e non sostituisce – al procedimento amministrativo tradizionale³² un procedimento

³⁰ In materia ambientale si veda M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativi, comune*, Torino, 2007, 340.

³¹ Come evidenziato con riferimento al diritto urbanistico in E. BOSCOLO, *Un catalogo di principi (operanti) per l'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2024, 2, pp. 118-119, i concetti di iteratività e adattività rappresentano due principi fondamentali che stanno trasformando radicalmente non solo l'architettura dei piani, ma anche l'intero processo di pianificazione, il quale sta assumendo una natura essenzialmente ciclica. Questi elementi modificano profondamente l'approccio tradizionale, portando a un sistema in cui pianificazione, attuazione e revisione si intrecciano in un processo continuo e circolare.

³² M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo*, 1957; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, 1964; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 229; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118.

amministrativo adattivo, applicabile esclusivamente in contesti che ne trarrebbero effettivo vantaggio³³. Va da sé che l'implementazione di tale approccio richiederebbe necessariamente un'esplicita *abilitatio legis*³⁴, presumibilmente attraverso un'integrazione della legge 241/1990 con un capo dedicato ai "procedimenti amministrativi adattivi"³⁵.

È opportuno rilevare, peraltro, che il nostro ordinamento non è del tutto estraneo a logiche di adattività procedimentale: il d.lgs. 152/2006 (Codice dell'Ambiente) già contiene, specialmente in materia di autorizzazione integrata ambientale (AIA), significativi elementi di adattività nelle prescrizioni e nei meccanismi di riesame periodico che potrebbero costituire un precedente normativo rilevante³⁶. Analogamente, andrebbe

ss; U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in Scritti in onore di M.S. Giannini, III, Milano, 1988; G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Milano, 1989, 29 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 642; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione dei privati*, Scritti in onore di Pietro Virga, II, Milano, 1994, 1303; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in M. Nigro, Scritti giuridici, Milano, 1996, III, 1429; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo: principi, regole, garanzie*, Bologna, 1999; S.F.G. SCOCA, *Il procedimento amministrativo. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2003; G. MORBIDELLI, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 557; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo. Il principio del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 125; M. D'ALBERTI, *La disciplina del procedimento amministrativo*, Bologna, 2010; G. DELLA CANANEA, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 2014; G. MANFREDI, *Gli Scritti sul procedimento amministrativo dopo la legge 241 del 1990*, in Amministrare, 2018; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 237; G. DELLA CANANEA, *Mario Nigro riformatore: la legge sul procedimento amministrativo*, in Nomos, 2023.

³³ Difatti, come evidenziano gli stessi autori del MAMPA, la gestione adattiva non è appropriato quando: l'incertezza è bassa (rendendo superfluo l'investimento nell'apprendimento), la controllabilità è limitata (rendendo inefficace l'intervento), il rischio di conseguenze irreversibili è elevato (rendendo pericolosa la sperimentazione), o quando la questione coinvolge valori normativi fondamentali non negoziabili (come i diritti civili o la tutela di principi costituzionali).

³⁴ Il riferimento è chiaramente al principio di legalità; per un esame completo di tale principio si rinvia a AA.Vv., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del convegno di Varenna del 2008, Milano, 2008.

³⁵ Si potrebbe, in altre parole, ipotizzare un'integrazione della legge 241/1990, con l'introduzione di un capo dedicato ai "procedimenti amministrativi adattivi", nel quale definire presupposti, modalità, limiti e tutele di questa nuova categoria provvedimentale.

³⁶ In particolare, l'art. 29-octies prevede espressamente un riesame periodico dell'autorizzazione, con possibilità di aggiornamento delle condizioni, anche prima della

esplorato il nesso con la disciplina della valutazione d'impatto ambientale (VIA) e della valutazione ambientale strategica (VAS), che già prevedono meccanismi di monitoraggio e adattamento³⁷³⁸.

Parallelamente a tale aspetto strutturale, meritano particolare attenzione i criteri elaborati nel MAMPA per determinare i casi in cui è opportuno adottare un procedimento amministrativo adattivo.

I presupposti oggettivi individuati dalla proposta statunitense – complessità del sistema regolato, difficoltà predittiva, definibilità degli obiettivi generali, identificabilità di indicatori monitorabili e disponibilità di opzioni gestionali multiple – potrebbero costituire parametri normativi per circoscrivere l'ambito applicativo di un eventuale procedimento adattivo italiano. La predeterminazione normativa di tali presupposti potrebbe in un certo senso riconfigurare in chiave evolutiva³⁹, più che derogare, il principio di tipicità⁴⁰, in quanto l'adattività del contenuto provvedimentale verrebbe iscritta all'interno di una cornice procedimentale rigorosamente tipizzata⁴¹.

scadenza, qualora si verificchino determinate condizioni legate a innovazioni tecniche o alla sicurezza dell'impianto.

³⁷ *Ex multis*, cfr. E. BOSCOLO, *La valutazione degli effetti sull'ambiente di piani e programmi: dalla VIA alla VAS*, in *Urb. app.*, 2002, 1121; F. FRACCHIA – F. MATTASOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del D.Lgs. n. 152/2006*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 143; L. GALLO, *Valutazione ambientale strategica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., III, Torino, 2008, 946; G. MANFREDI, *VIA e VAS nel codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 63; E. BOSCOLO, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 2010, 208; M. D'ORSOGNA, L. DE GREGORIIS, *La valutazione ambientale strategica*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, dir. P. Dell'Anno, E. Picozza, II, Padova, 2013, 561; P. CHIRULLI, *La valutazione ambientale strategica, a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2017, 121; E. BOSCOLO, *La valutazione ambientale strategica e il riconoscimento della rilevanza dei servizi ecosistemici (del suolo)*, in *Servizi ecosistemici e tutela giuridica dell'ambiente*, a cura di M. CAFAGNO, G. CAVALIERI, Milano, 2024

³⁸ Cfr. artt. 28 e 18 del d.lgs. 152/2006.

³⁹ Cfr. Sezione II(D) del MAMPA, che specifica dettagliatamente otto criteri che devono essere soddisfatti affinché un'agenzia possa adottare il binario procedurale adattivo.

⁴⁰ Il principio di tipicità com'è noto comporta che gli effetti prodotti dai provvedimenti siano solo ed esclusivamente quelli prestabiliti dalla legge. La giurisprudenza tende a interpretare il principio di tipicità in modo elastico: la circostanza che un atto amministrativo non sia riconducibile ad alcuni degli schemi tipici degli atti previsti in materia non comporta di per sé la sua illegittimità in quanto, ove non sia espressamente richiesto uno specifico atto formale, vige il principio della libertà delle forme. Parimenti si ritiene legittima l'apposizione di clausole accidentali nell'atto amministrativo, a condizione che esse non ne alterino la struttura e la funzione tipica del provvedimento.

⁴¹ Questa prospettiva consentirebbe di superare l'apparente antinomia tra tipicità

Tale impostazione, tuttavia, solleva interrogativi non secondari sul rischio di un'attenuazione eccessiva del principio di legalità sostanziale⁴². Se è vero che la sfida della complessità impone nuove forme di flessibilità provvedimentale, è altrettanto vero che questa non può tradursi in un'indeterminatezza tale da compromettere la certezza dei rapporti giuridici e la prevedibilità dell'azione amministrativa. In questa prospettiva, la "legalità procedurale" – intesa come rigorosa predeterminazione dei momenti e delle modalità di esercizio della discrezionalità adattiva – assumerebbe un ruolo compensativo e di garanzia. Come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale⁴³, il principio di legalità richiede che "*l'azione dell'amministrazione si fondi su previsioni normative che ne delimitino la discrezionalità*", principio che nel contesto adattivo troverebbe espressione nella dettagliata regolamentazione del procedimento piuttosto che nella definizione puntuale del contenuto provvedimentale.

In questo contesto, assumerebbe un ruolo centrale il principio di proporzionalità⁴⁴, quale parametro fondamentale per guidare le decisioni adattive evitando che la flessibilità si traduca in arbitrarietà. La proporzionalità, infatti, imponendo una valutazione costante dell'adeguatezza dei mezzi rispetto agli obiettivi perseguiti, costituirebbe un canone essenziale per legittimare le modifiche adattive al contenuto provvedimentale, garantendo che esse siano sempre necessarie, adeguate e bilanciate rispetto agli interessi coinvolti.

e adattività. La tipicità nel diritto amministrativo contemporaneo potrebbe quindi non limitarsi al contenuto ma abbracciare anche il metodo, in altre parole, spostarsi "dal contenuto al metodo", valorizzando la predeterminazione delle procedure e delle garanzie rispetto alla rigida definizione *ex ante* di tutti gli elementi del provvedimento.

⁴² Per principio di legalità in senso sostanziale, come è noto, si intende che non solo l'attribuzione del potere deve essere conferita dalla legge, ma anche che quest'ultima debba provvedere alla disciplina dell'esercizio del potere, non potendosi lasciare spazi ampi e indeterminati alla discrezionalità dell'amministrazione. Cfr. sul punto F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, 2016, unitamente ai copiosi riferimenti dottrinali ivi citati.

⁴³ Cfr. Corte Cost., sent. n. 115/2011.

⁴⁴ Il principio di proporzionalità esprime la necessità che l'azione amministrativa persegua i fini prefissati dalla legge con il minor sacrificio degli interessi coinvolti, ossia l'adeguatezza del mezzo al fine che si vuole perseguire. Esso si inquadra tra i principi dell'ordinamento comunitario codificati con il richiamo ai principi europei dell'art. 1 della l. n. 241/1990 e valorizzati dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964). Cfr. sul punto: A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit.; ID., *Il principio di proporzionalità*, Padova, 1998, 5; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012.

Proprio questi principi contribuirebbero a costruire un nuovo equilibrio tra stabilità e flessibilità, in cui il procedimento assumerebbe un ruolo di primazia⁴⁵ rispetto al provvedimento, accompagnando il titolo amministrativo per tutta la sua durata. La scelta gestionale di intraprendere il binario adattivo, espressione di discrezionalità tecnica, dovrebbe essere essa stessa giustiziabile.

Strettamente connessa ai presupposti applicativi è la struttura stessa dell'*adaptive management plan*, che costituisce il cuore operativo del modello. La distinzione tra fase iniziale di pianificazione e successive cicliche fasi di implementazione, misurazione, valutazione e ri-pianificazione rappresenta un elemento imprescindibile per qualsiasi procedimento che si riproponga di consentire l'implementazione della gestione adattiva. Particolarmente rilevante sarebbe, quindi, l'introduzione dell'obbligo di predefinire obiettivi, indicatori e misure di monitoraggio, nonché l'individuazione chiara di indicatori analoghi ai "finished indicators" e agli "abort indicators" del modello americano. Questo considerevole sforzo definitorio iniziale parrebbe almeno in parte bilanciare la flessibilità del contenuto provvedimentale con le esigenze di certezza giuridica e tutela dell'affidamento. Certezza non significa necessariamente mancanza di flessibilità: nel contesto adattivo la stessa, infatti, pare realizzata attraverso la predeterminazione delle condizioni che giustificano adeguamenti, la definizione preventiva delle procedure di adeguamento, la distinzione tra elementi stabili ed elementi modificabili del provvedimento, la prevedibilità del procedimento, se non del risultato specifico.

In una prospettiva di garanzia procedimentale⁴⁶, particolare rilevanza

⁴⁵ Anche al procedimento amministrativo tradizionale, quale strumento per giungere al provvedimento finale, è pacificamente riconosciuta dalla dottrina un ruolo centrale nell'azione amministrativa: *"la complessa vicenda che precede l'atto (che va sotto il nome di procedimento amministrativo) rappresenta in realtà il cuore dell'attività amministrativa e come tale non può non essere giuridicizzata attraverso l'individuazione di regole che ne disciplinano lo svolgimento e garantiscano il rispetto dei valori civili della nostra società."* G. MORBIDELLI, in L. MAZZAROLLI ed al., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001.

⁴⁶ Sul punto pare interessante il richiamo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha in diverse occasioni precisato che *"Il concreto raggiungimento delle finalità per il quale il potere pubblico è attribuito non può postularsi, in un ordinamento democratico, se non attraverso l'osservanza del procedimento in proposito appositamente predisposto. Il rispetto delle regole del procedimento è posto a garanzia dei cittadini, che vedano la propria posizione soggettiva toccata dall'esercizio di pubblici poteri, e della stessa amministrazione pubblica, le cui finalità possono dirsi in concreto perseguite attraverso un'azione amministrativa che si sia sviluppata nel rispetto delle regole che presiedono al suo svolgimento"* Cons. Stato, Sez. VI, 21 agosto 1993, n. 586.

assumono i meccanismi di partecipazione periodica previsti dal MAMPA⁴⁷. Il coinvolgimento degli *stakeholder* non solo nella fase preliminare ma anche nei momenti di revisione periodica, combinato con obblighi di trasparenza continua attraverso la pubblicazione regolare dei dati di monitoraggio, potrebbe integrarsi efficacemente con la disciplina italiana della partecipazione al procedimento amministrativo⁴⁸.

Tale approccio partecipativo rafforzato troverebbe peraltro riscontro nell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa, che ha progressivamente ampliato la portata degli istituti partecipativi previsti dalla l. 241/1990 anche alla luce dei principi di derivazione europea⁴⁹.

Complementari a tali strumenti partecipativi sono i cosiddetti “momenti di pausa valutativa” (pause points) – ovvero punti temporali predefiniti in cui si procede a una rivalutazione complessiva dell'efficacia del piano in corso – che rappresentano un quinto elemento cruciale del MAMPA meritevole di considerazione. L'identificazione preliminare di questi momenti e la possibilità di concludere il piano di gestione al verificarsi di condizioni predeterminate potrebbero essere riconcettualizzati nell'ordinamento italiano come forme di provvedimento amministrativo con clausole di adeguamento periodico. Questo approccio consentirebbe di superare la concezione statica del provvedimento come “fotografia” immutabile della realtà, senza però comprometterne la stabilità e la certezza, rendendo le modifiche prevedibili e programmate anziché episodiche e “traumatiche”⁵⁰.

Tuttavia, non tutti gli aspetti del MAMPA appaiono compatibili con l'ordinamento italiano. In particolare, emergono due profili di significativa criticità.

⁴⁷ Sul punto si rinvia a C. LEONE, *Adaptive management e sfide ambientali*, nel presente volume.

⁴⁸ Il richiamo è sia all'art. 7 che all'art. 9 della l. n. 241/1990, che comprende anche gli interessi diffusi “collettivizzati”. Si veda, in tal senso, M. NIGRO, Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza, in *Foro it.*, 1987, V, 10 e ss.; R. FEDERICI, Gli interessi diffusi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo, Padova, 1984, 7 e ss.; R. LOMBARDI, La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo, Torino, 2008; C. CUDIA, Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo, Rimini, 2012; Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2010, n. 887, in *Guida dir.*, Dossier, 3, 90; T.a.r. Lazio, sez. III, 5 giugno 2008, n. 5492, in *Foro amm.* T.a.r., 2008, 6, 1758.

⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5 e Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6310.

⁵⁰ Tale evoluzione è particolarmente evidente in settori quali l'ambiente, l'energia e le telecomunicazioni.

La drastica limitazione del controllo giurisdizionale durante la fase di implementazione prevista dal MAMPA appare difficilmente conciliabile con il sistema italiano, caratterizzato da una forte tradizione di tutela giurisdizionale nei confronti dell'azione amministrativa (art. 113 Cost.) e dall'impossibilità di escludere il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi⁵¹. Piuttosto che limitare l'accesso alla giustizia, un modello italiano dovrebbe definire *standard* di sindacato specifici per i provvedimenti adattivi, eventualmente circoscrivendo i vizi rilevabili nelle fasi intermedie e valorizzando forme di tutela *ex post* basate sulla valutazione complessiva dell'attuazione del piano.

Analogamente problematica risulta la trasposizione dei meccanismi di intervento emergenziale previsti dal MAMPA. Una soluzione più coerente con i principi del nostro sistema potrebbe essere quella di valorizzare i poteri di autotutela già previsti dall'ordinamento⁵², integrandoli con

⁵¹ Sul punto, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato l'inderogabilità del principio di tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (cfr. ad es. Corte Cost., sent. n. 140/2007).

⁵² Disciplinati dagli articoli 21-quinquies e 21-nonies della l. 241/1990. In ordine alla revoca si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 594; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 609; E. MAURO, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2004, 556; S. VASTA, *I procedimenti di revisione*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 331-332; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013, 109; G.C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Milano, 2014, 118-120. In ordine all'annullamento d'ufficio si veda S. ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in *Nuovo Dig. It.*, 1937, pp. 473 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, pp. 537 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento (dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, 1959, pp. 485 ss.; M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, pp. 527 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 206 ss.; G. Coraggio, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, II, 1988, pp. 4 ss.; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 393 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 494 ss.; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'Anno del diritto* 2016, Treccani, Roma, 2017, pp. 177 ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 869 ss.; R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, pp. 1184 ss.; F. FRANCARIO,

meccanismi di controllo attivabili da autorità indipendenti o attraverso forme di tutela cautelare d'urgenza in sede giurisdizionale.

Al di là delle questioni di compatibilità normativa, è fondamentale sottolineare che l'implementazione di un modello di gestione adattiva richiederebbe anche specifici presupposti operativi. In particolare, sarebbero indispensabili significativi investimenti in infrastrutture tecnologiche e competenze specialistiche per la creazione di un sistema robusto di monitoraggio e raccolta dati⁵³, dato che la gestione adattiva ha quale presupposto indefettibile la misurazione e la raccolta costante di dati di qualità, in relazione agli indicatori predeterminati⁵⁴.

Occorrono inoltre meccanismi decisionali agili ma trasparenti, che consentano adattamenti tempestivi senza sacrificare le garanzie procedu-

Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa, in A. RALLO – A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 9 ss.; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2016; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Giappichelli, Torino, 2017; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in Riv. giur. urb., n. 1/2016, pp. 99 ss.; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.a.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in Federalismi.it, n. 20/2016; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 318 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, in giustizia-amministrativa.it.

⁵³ DAI, XIAOYAN and WEBB, J. ANGUS and HORNE, AVRIL C. and RUMPF, LIBBY and PALMER, MARGARET A., *Linking the Multiple Roles of Monitoring to the Adaptive Management Cycle to Support Environmental Flows*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4973282> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4973282>.

⁵⁴ In particolare, la digitalizzazione dei procedimenti rappresenta un presupposto indefettibile per l'implementazione di modelli adattivi. Come evidenziato anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Missione 1, Componente 1 “Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA”) e nelle recenti modifiche al Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 82/2005), la transizione digitale è strumento essenziale per modernizzare l'apparato amministrativo. Un procedimento adattivo richiederebbe piattaforme digitali in grado di: raccogliere ed elaborare dati in tempo reale; assicurare l'interoperabilità tra diversi sistemi informativi; garantire trasparenza attraverso la pubblicazione automatizzata dei dati; facilitare la partecipazione degli stakeholder anche attraverso forme di consultazione digitale. La giurisprudenza amministrativa ha già riconosciuto l'importanza della digitalizzazione per garantire efficienza e trasparenza (si veda Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7883), elementi che diventerebbero ancor più cruciali in un contesto adattivo.

rali essenziali, e una ridefinizione dei parametri di valutazione dell'operato amministrativo, passando da un controllo basato sulla mera conformità a prescrizioni predefinite a uno incentrato sulla coerenza con gli obiettivi generali e sull'adeguatezza dei meccanismi di apprendimento adottati.

5. Considerazioni di sintesi

Le convergenze con le tendenze evolutive del nostro diritto amministrativo suggeriscono che un modello adattivo, opportunamente riformulato, potrebbe integrarsi efficacemente nell'ordinamento italiano⁵⁵. La visione dell'amministrazione come gestore continuo e non come decisore puntuale riflette l'evoluzione del ruolo amministrativo nella società contemporanea, sempre più orientato alla cura dinamica di interessi complessi⁵⁶, soprattutto, in settori caratterizzati da rapidi mutamenti tecnologici, ambientali o socioeconomici, quali le concessioni idriche, le autorizzazioni ambientali integrate e i titoli amministrativi nei settori delle telecomunicazioni e dell'energia, dove l'inadeguatezza del modello statico è già pienamente evidente.

Come s'è accennato, presupposto imprescindibile per l'attuazione di un paradigma amministrativo adattivo risiede nell'adeguamento delle infrastrutture tecnologiche e organizzative. La transizione verso modelli procedurali basati sulla raccolta e analisi sistematica di dati richiede infatti un significativo potenziamento della digitalizzazione amministrativa, già avviato con le misure previste nel PNRR (Missione 1), nonché un investimento sulla formazione del personale pubblico, orientato a sviluppare competenze di *data analysis* e gestione di sistemi complessi. Senza tali presupposti operativi, anche il più raffinato modello normativo rischierebbe di rimanere una vuota statuizione.

Alla luce di queste considerazioni, un futuro modello italiano di procedimento amministrativo adattivo⁵⁷ potrebbe conservare la struttura concettua-

⁵⁵ Si consenta sul punto un rinvio a E. FURIOSI, *Toward an Adaptive Administrative Procedure in the Italian Legal System: Insights from the U.S. Model Adaptive Management Procedure Act*, in CERIDAP, 4/2025.

⁵⁶ Tale evoluzione, peraltro, trova già riscontro nell'architettura di significative riforme legislative dello scorso decennio, quali la conferenza di servizi (d.lgs. 127/2016), la disciplina della SCIA (d.lgs. 126/2016) e il riordino della procedura di valutazione d'impatto ambientale (d.lgs. 104/2017), che hanno progressivamente accentuato la dimensione procedurale e dinamica dell'attività amministrativa.

⁵⁷ Particolarmente significativo è sottolineare che in altri paesi europei si rinvengono esempi di procedimenti amministrativi adattivi. Ad esempio il sistema danese, dove l'Environmental Protection Act (Miljøbeskyttelsesloven) nella sua versione consolidata

le del MAMPA – distinzione tra fasi, pianificazione iniziale dettagliata, cicli di implementazione e valutazione – riformulandola in modo compatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento. Tale innovazione procedimentale comporterebbe, come conseguenza, una trasformazione anche del provvedimento amministrativo, che acquisirebbe caratteristiche di adattività pur mantenendo compatibilità con il principio di legalità e tipicità, con la tutela dell'affidamento del cittadino e con le garanzie costituzionali di accesso alla giustizia⁵⁸. Tale operazione richiederebbe un intervento normativo che definisca una nuova tipologia di provvedimento caratterizzato da contenuto parzialmente variabile, stabilisca presupposti e criteri per il suo utilizzo, preveda garanzie procedurali adeguate nelle diverse fasi e concili la flessibilità gestionale con la certezza dei rapporti giuridici.

L'aspetto più innovativo di questo approccio sarebbe il superamento della concezione “episodica” del provvedimento in favore di una visione “procedurale”, in cui il provvedimento non è più l'atto conclusivo di un procedimento, ma l'avvio di un processo gestionale continuo, in cui viene definitivamente riconosciuto il primato della conoscenza rispetto al provvedimento⁵⁹. Tale cambiamento di paradigma, più che contrastare con i principi fondamentali dell'ordinamento, ne rappresenterebbe una rielaborazione alla luce delle nuove esigenze di una società caratterizzata da incertezza persistente e transizioni permanenti.

prevede all'art. 41a un sistema di riesame e aggiornamento periodico delle autorizzazioni ambientali. Ancor più sviluppati sono i meccanismi nell'ordinamento dell'Unione Europea, dove il riesame periodico e l'adeguamento delle decisioni costituiscono elementi strutturali in numerosi settori: il Regolamento UE 2017/625 sui controlli ufficiali nel settore alimentare prevede all'art. 9 l'adeguamento periodico dei controlli sulla base del rischio, mentre la Direttiva 2010/75/UE sulle emissioni industriali stabilisce all'art. 21 il riesame periodico delle autorizzazioni integrate ambientali, con adeguamento delle condizioni ove necessario.

⁵⁸ In questo contesto, assumerebbe un ruolo cruciale il principio di proporzionalità, elevato a criterio-guida dell'adattività amministrativa. Come già evidenziato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017), tale principio implica una valutazione dinamica e contestualizzata del rapporto tra mezzi e fini dell'azione amministrativa, che ben si presta a governare la discrezionalità in contesti di incertezza e complessità.

⁵⁹ Non si possono tuttavia sottovalutare le resistenze che un simile cambio di paradigma potrebbe incontrare nel contesto amministrativo italiano. La tradizionale cultura burocratica, orientata alla conformità formale più che alla gestione efficace, e la frammentazione delle competenze tra diversi livelli di governo potrebbero rappresentare ostacoli significativi all'implementazione di modelli adattivi. L'introduzione di questi ultimi dovrebbe pertanto essere accompagnata da adeguate misure di *change management* e, possibilmente, da sperimentazioni settoriali che ne dimostrino l'efficacia prima di una generalizzazione.

SIMONE RODOLFO MASERA

GESTIONE ADATTIVA DEL RAPPORTO GIURIDICO E AFFIDABILITÀ DELLE INFORMAZIONI

Dalle diverse relazioni presentate in occasione dell'incontro dedicato a "Mutamento del ruolo della Pubblicazione Amministrazione e forme di riequilibrio dei rapporti amministrativi" mi pare che assumano rilievo, in particolare, alcune categorie di atti rispetto ai quali emerge una comune esigenza: i bandi, gli atti di pianificazione (quindi, riassuntivamente gli atti generali), CILA e SCIA ed infine i provvedimenti amministrativi puntuali (e precisamente le autorizzazioni e le concessioni).

La comune esigenza a cui facevo riferimento è quella di rendere adattabile l'atto o comunque il titolo; un'esigenza, quella dell'adattabilità, che è forse più evidente che in passato proprio rispetto ai provvedimenti amministrativi puntuali, perché rispetto agli altri atti, specie quelli di carattere generale, penso soprattutto al PGT, il legislatore ha già predisposto gli strumenti per l'adattamento: le procedure (spesso anche semplificate) di variante ne costituiscono un esempio. A tale classificazione di atti dovrebbe, dunque, corrispondere una peculiare regolamentazione degli strumenti di riequilibrio dei rapporti amministrativi.

Questa esigenza di adattabilità probabilmente si presenta oggi in modo più evidente in ragione del progresso tecnologico: si evoca spesso il concetto di "società del rischio"¹, di una società cioè in cui l'evoluzione della tecnica e della scienza è talmente rapida da richiede un particolare sforzo per l'adeguamento del diritto da parte dei legislatori. Del resto, la menzionata esigenza di adattabilità interessa un po' tutti gli ordinamenti giuridici, come ad esempio accade negli Stati Uniti rispetto alle prerogative delle agenzie statunitensi²; anche se tali agenzie presentano caratteri peculiari rispetto alla nostra autorità amministrativa (tutto sommato anche rispetto alle autorità amministrative indipendenti italiane), comunque mi pare che la soluzione statunitense possa offrire spunti utili anche per noi: ci si riferisce, in particolare, al concetto di "gestione adattiva",

¹ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci ed., 2013, in part. 61 ss.

² E. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, in questo Volume.

che non sembra coincidere né con il momento dell'esercizio del potere al cui esito è adottato l'atto, né con quello dell'eventuale intervento in autotutela: la gestione adattiva evoca più il concetto di 'gestione del rapporto giuridico' frutto dell'esercizio del potere.

L'interrogativo è, allora, come strutturare nel nostro ordinamento un potere di questo genere, di gestione del rapporto appunto, e uno spunto in tal senso può forse essere fornito da quei casi in cui è previsto un potere di monitoraggio, come ad esempio accade nel caso degli impianti soggetti ad autorizzazione integrata ambientale (AIA), ove il riferimento alle "migliori tecniche disponibili" giustifica interventi sulle condizioni autorizzatorie di esercizio dell'impianto già autorizzato³; in altri termini, ci si potrebbe chiedere se sia possibile riconoscere una prerogativa per la gestione adattiva del rapporto giuridico, con tratti analoghi al potere di monitoraggio⁴, e, soprattutto, se questo possa ritenersi 'implicito' nel potere anche a prescindere da una espressa previsione legislativa.

Una simile soluzione andrebbe confrontata ovviamente con il principio di legalità, e mi pare anche con la teorica sui poteri impliciti⁵.

Un ultimo aspetto, ed è forse l'elemento che potrebbe giustificare la previsione di un potere adattativo in certo senso 'implicito' dall'attribuzione di un potere amministrativo, riguarda la circostanza che il momento della conoscenza delle informazioni oggi è probabilmente ancora più rilevante che in passato, nel senso che, mentre fino a tempi neppure troppo recenti l'acquisizione delle informazioni ai fini della decisione era principalmente collocata nell'ambito dell'istruttoria procedimentale, nella fase attuale, anche in ragione del rapido progresso tecnico, soprattutto in alcuni settori, l'attualità o validità delle conoscenze richiede una verifica in certo senso continua, la quale attiene alla gestione del rapporto, eventualmente in vista dell'aggiornamento del contenuto prescrizionale del provvedimento sul quale il rapporto si fonda (come nel ricordato caso dell'esercizio di impianti soggetti ad AIA). L'importanza di questo aspetto mi pare si colga bene considerando l'esigenza di una corretta condivi-

³ Art. 29-octies, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

⁴ Il tema del 'monitoraggio' emerge costantemente negli studi pubblicati in questo Volume (cfr. ad es. G. CAVALIERI, *L'adattività delle concessioni idroelettriche nella stagione della demanialità custodiale delle acque*; G. CORDOVA, *Gli accordi pubblici tra rinegoziazione e adattabilità*; C. Leone, *Adaptive management e sfide ambientali*; G. MANCINI PALAMONI, *La valutazione sistematica e periodica nell'accreditamento sanitario*).

⁵ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; S. Spuntarelli, *Poteri impliciti*, in *Enc. Dir.*, I tematici V-2023, M. Cartabia-M. Ruotolo (diretto da), *Potere e Costituzione*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, 934 ss.

sione dei dati significativi in pendenza del rapporto, specie da parte del soggetto privato⁶, per ovviare ad eventuali asimmetrie informative.

Il che introduce quale tema strettamente connesso quello relativo alla ‘affidabilità’ delle informazioni raccolte ed eventualmente condivise; tant’è che negli Stati Uniti tale affidabilità è condizione per una corretta gestione adattiva del rapporto.

Quanto appena riferito consente di svolgere alcune riflessioni riferite al nostro ordinamento.

Anzitutto il tema della affidabilità dei dati raccolti e condivisi evoca la rilevanza del principio di leale collaborazione⁷; peraltro, lo spirito di collaborazione fra amministrazione e cittadino, nel settore dei contratti pubblici, viene rafforzato con l’affermazione del principio c.d. di fiducia⁸. In secondo luogo, si pone il tema della gestione delle ‘banche dati’ (da cui l’amministrazione talvolta attinge per i suoi fini), soprattutto se pensiamo al rilievo che l’utilizzo dell’intelligenza artificiale potrebbe rivestire in questo contesto (il che ribadisce la questione della ‘affidabilità’ dei dati raccolti, specie se poi a gestirli sia un soggetto privato). Infine, si pone il tema dell’eventuale ruolo assunto da autorità differenti da quelle che hanno adottato il provvedimento amministrativo alla base del rapporto da gestire (come nel caso della posizione di ANAC nella gestione della Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici⁹); o, in ambito farmaceutico, al ruolo (collaborativo) nella raccolta delle informazioni da parte di soggetti diversi dall’autorità che ha autorizzato la commercializzazione di un farmaco¹⁰. Si tratta di situazioni in cui la fase di raccolta/gestione di dati significativi (ed il ruolo di chi vi partecipa) potrebbe avere riflessi sul momento della successiva gestione del rapporto giuridico con l’amministrazione, eventualmente in vista di un suo ‘riequilibrio’.

⁶ Ancora una volta la disciplina dell’AIA fornisce alcuni spunti interessanti (cfr. art. 29-sexies, comma 6, d.lgs. n. 152 cit.).

⁷ Cfr. le considerazioni di A. BIFULCO, *L’“autorizzazione a struttura aperta” nella giurisprudenza del giudice amministrativo in materia di valutazione ambientale*, in questo Volume.

⁸ Art. 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

⁹ Art. 23, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹⁰ A riguardo cfr. le considerazioni sulla c.d. farmacovigilanza in V. BURATTI, *Le autorizzazioni farmaceutiche a paradigma flessibile*, in questo Volume.

L'“AUTORIZZAZIONE A STRUTTURA APERTA” NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI VALUTAZIONE AMBIENTALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La condizione ambientale tra clausole particolari ed elementi accidentali. – 3. Le misure di monitoraggio come strumento di adattamento delle prescrizioni. – 4. L'apporto partecipativo del privato nella definizione delle condizioni ambientali. – 5. I limiti di ammissibilità delle condizioni ambientali: verso una disciplina generale?

1. *Premessa*

Nei settori caratterizzati dalla presenza di interessi di particolare rilievo, come quello ambientale, il potere autorizzatorio dell'amministrazione non si esaurisce talvolta in una mera manifestazione di assenso o dissenso, in funzione della verifica dei presupposti previsti dalla legge, bensì assume la connotazione di un intervento conformativo dell'attività oggetto di valutazione, mediante l'imposizione discrezionale di prescrizioni, il cui rispetto continuativo incide direttamente sull'efficacia del provvedimento amministrativo¹.

A tal fine, con specifico riferimento al procedimento di valutazione di impatto ambientale (c.d. VIA), l'art. 25, comma 4, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 prevede che il provvedimento conclusivo possa contenere «altresì le eventuali e motivate condizioni ambientali». L'art. 2 del d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, ha introdotto, per la prima volta, all'art. 5, lett. o-*quater*), del d.lgs. n. 152 del 2006, successivamente modificato dall'art. 50, comma 1, della l. 11 settembre 2020, n. 120, una definizione normativa della condizione ambientale², intesa come una prescrizione vincolante

¹ Sulle peculiarità del potere autorizzativo dell'amministrazione in materia ambientale cfr. A. GANDINO, S. GRASSI, *Le figure autorizzatorie volte alla tutela dell'ambiente: procedimenti e provvedimenti*, in P.M. VIPIANA PERPETUA (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela. Lo status quo e le prospettive*, Milano, 2005, 153 ss.; R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in *Dir. soc.*, 2006, 507 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 255.

² L'art. 5, lett. o-*quater*), del d.lgs. n. 152 del 2006 definisce la “condizione ambienta-

mediante la quale vengono definiti i requisiti necessari per la realizzazione del progetto, unitamente alle misure da adottare per prevenire, ridurre o, ove possibile, compensare gli impatti ambientali significativi. Con essa, inoltre, l'amministrazione prevede, qualora necessario, l'attuazione di specifiche misure di monitoraggio.

La peculiarità della struttura del provvedimento di VIA, dunque, consiste nella tipizzazione della condizione ambientale quale elemento della decisione finale³, che, nonostante la discrezionalità dell'amministrazione, in caso di esito favorevole, risulta normalmente⁴ subordinata all'adempimento di specifiche prescrizioni.

Senonché, già prima della definizione normativa di condizione am-

le" del provvedimento di VIA come una «prescrizione vincolante eventualmente associata al provvedimento di VIA che definisce le linee di indirizzo da seguire nelle successive fasi di sviluppo progettuale delle opere per garantire l'applicazione di criteri ambientali atti a contenere e limitare gli impatti ambientali significativi e negativi o incrementare le prestazioni ambientali del progetto, nonché i requisiti per la realizzazione del progetto o l'esercizio delle relative attività, ovvero le misure previste per evitare, prevenire, ridurre e, se possibile, compensare gli impatti ambientali significativi e negativi nonché, ove opportuno, le misure di monitoraggio».

³ R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 651 ss., evidenzia la difficoltà di immaginare i provvedimenti di VIA come provvedimenti caratterizzati da un semplice dispositivo, di contenuto positivo o negativo.

Discorso analogo può esse svolto anche con riferimento all'autorizzazione integrata ambientale (c.d. AIA). L'art. 29-sexies del d.lgs. n. 152 del 2006 prevede infatti espressamente che il provvedimento di AIA «deve includere tutte le misure necessarie allo scopo di conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente nel suo complesso». In materia di autorizzazione integrata cfr. G. DE GIORGI, *Le procedure integrate*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, 212; F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 213 ss.

⁴ R. D'ERCOLE, *Le prescrizioni nelle autorizzazioni ambientali: verso una progressiva erosione?*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 213, rileva che «in determinati settori aventi ad oggetto la cura di interessi particolarmente sensibili – quali, soprattutto, quello ambientale – la decisione condizionale sia ben più vicina ad individuare la regola provvedimentale e non una semplice eccezione». L'autore richiama sul punto anche il contributo di F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 235 ss., il quale richiama l'attenzione sulla logica sottesa alle decisioni amministrative in ambito ambientale, evidenziando come, nella maggior parte dei casi, non si opti per un divieto assoluto di una determinata attività, ma, al contrario, si tenda a consentirne lo svolgimento attraverso la formula del "sì condizionato": l'attività viene autorizzata a condizione che vengano rispettate precise prescrizioni stabilite dalle autorità competenti o, in via più generale, purché non si arrechino danni a interessi pubblici o privati, quali il paesaggio, l'ambiente, l'equilibrio idrogeologico, e così via.

bientale, la giurisprudenza aveva consolidato il principio secondo cui l'amministrazione può imporre prescrizioni volte a conformare l'attività del privato nel provvedimento di VIA. Il giudice amministrativo, in particolare, ha qualificato il provvedimento di VIA come «un'autorizzazione a struttura aperta con prescrizioni a priori e condizioni successive in relazione alla complessità della vicenda condizionante»⁵. In tale prospettiva, la giurisprudenza ha inteso evidenziare che il rapporto tra amministrazione e privato non si esaurisce con l'adozione del provvedimento, bensì si sviluppa nel tempo anche mediante un “adattamento” delle prescrizioni iniziali sulla base degli esiti del monitoraggio e dell'evoluzione della vicenda caratterizzata da un elevato grado di complessità. Le condizioni apposte al provvedimento di VIA, dunque, assumono anche la funzione di parametri per la successiva attività di vigilanza e controllo sull'attività assentita, ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 152 del 2006.

Tali considerazioni pongono una serie di interrogativi circa la qualificazione della condizione ambientale all'interno del provvedimento di VIA, la sua funzione quale strumento di adattamento del contenuto provvedimentale, nonché i limiti che tale impostazione incontra. Con riferimento a quest'ultimo profilo, rileva, in particolare, l'opportunità di approfondire se una simile struttura, propria del provvedimento di VIA, possa trovare applicazione analogica in altri settori parimenti connotati dalla presenza di interessi sensibili, pur in assenza di un'espressa previsione normativa.

2. *La condizione ambientale tra clausole particolari ed elementi accidentali*

La questione relativa alla qualificazione della condizione ambientale nell'ambito del provvedimento di VIA si inserisce nel più ampio dibattito dottrinale concernente la possibilità per l'amministrazione di introdurre nel provvedimento amministrativo elementi qualificabili come “accidentali”⁶.

⁵ T.A.R. Lazio, Sez. II, 8 settembre 2010, n. 32176. La categoria dell'“autorizzazione a struttura aperta” viene richiamata dal giudice amministrativo anche in pronunce più recenti aventi ad oggetto il provvedimento di VIA: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1164; Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2020, n. 6862.

⁶ Nel tentativo di offrire una ricostruzione sintetica del dibattito relativo all'apposizione degli elementi accidentali al provvedimento amministrativo, occorre richiamare preliminarmente la partizione civilistica tra *essentialia*, *naturalia* e *accidentalia negotii*, che distingue tra un contenuto necessario, implicito ed eventuale del provvedimento. In proposito, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 549 ss., in relazione

Invero, sebbene la condizione sia stata tradizionalmente ricondotta alla categoria di matrice civilistica degli *accidentalia negotii*, funzionale a qualificare il contenuto eventuale del provvedimento amministrativo, parte della dottrina ha proposto una distinzione ulteriore, differenziando tra clausole particolari ed elementi accidentali⁷. In tale prospettiva,

al contenuto necessario del provvedimento, osserva che la l. n. 241 del 1990 non fornisce una definizione espressa degli elementi essenziali, limitandosi, all'art. 21-septies, a sancire la nullità degli atti che ne risultino privi. Tuttavia, si può ritenere condivisibile l'assunto per cui debbano intendersi come essenziali quegli elementi la cui mancanza impedisce la stessa esistenza giuridica dell'atto, ovvero quegli elementi che delineano i confini del potere attribuito all'amministrazione e da cui il provvedimento trae fondamento. Secondo questa impostazione, a tale contenuto si affianca il contenuto implicito o naturale, costituito da quelle disposizioni che, pur non essendo espressamente menzionate, si intendono comunque operanti in virtù di specifiche previsioni normative. A completare il quadro si rinviene, infine, il contenuto eventuale, rappresentato dagli elementi accidentali – in particolare condizione, termine, modo e, in via residuale, riserve – che l'amministrazione può apporre al provvedimento, al fine di modularne l'efficacia giuridica e di adattarne la portata alle peculiarità del caso concreto. Con specifico riferimento alla categoria degli *accidentalia*, si è affermata l'impostazione di R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1963, 120 ss., in base alla quale, salvo i casi in cui la legge vieti espressamente l'inserimento di prescrizioni particolari, e fermo restando che in alcune ipotesi è la stessa legge a prevederne la possibilità, in linea generale tutti gli atti amministrativi possono essere integrati da contenuti eventuali. Ciò in ragione della necessità, largamente riconosciuta, di adattare lo schema astratto dell'atto amministrativo alle specificità del caso concreto. L'autore sposta inoltre l'attenzione sull'alternativa tra attività vincolata e attività discrezionale, sostenendo che, nel caso di poteri vincolati, l'amministrazione non può discostarsi dal modello legale inserendo elementi accidentali, in quanto vincolata al contenuto tipico dell'atto.

Pur essendo stata superata la concezione negoziale del provvedimento amministrativo, aspramente criticata da F. IRACI, *Spunti sull'inapplicabilità di elementi accidentali al provvedimento amministrativo*, in *Fin. pubbl.*, 1967, 353, permane l'orientamento secondo cui l'amministrazione conserva la facoltà di modulare il contenuto dell'atto attraverso l'apposizione di clausole accessorie. In tale prospettiva si colloca l'affermazione di R. VILATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 238, secondo cui oggi «nessuno dubita che sussista il potere dell'amministrazione di apporre clausole particolari alle statuizioni provvedimentali del tipo, al fine di estendere o di ridurre la normale sfera di azione dell'atto». Nel medesimo solco interpretativo si colloca anche G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013, 156, secondo il quale le disposizioni accessorie costituiscono l'espressione della naturale mutevolezza dell'efficacia giuridica del provvedimento. L'amministrazione può infatti voler produrre un determinato effetto, ma subordinarne la realizzazione al decorso di un termine, al verificarsi (o meno) di un evento futuro e incerto, oppure alla realizzazione di uno specifico scopo.

⁷ La tripartizione tra contenuto necessario, implicito ed eventuale del provvedimento viene criticata da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, 246, secondo il quale «il “contenuto eventuale” serve poco, perché comprenderebbe sia le

è stato osservato⁸ che il ricorso al termine “condizione” avviene talora in maniera generica e imprecisa, non cogliendo le specificità che contraddistinguono le clausole particolari rispetto a quelle meramente accessorie. Anche nella riflessione più recente⁹, si è evidenziato come la qualificazione della condizione nei termini di accessorialità, facoltatività ed eventualità rispetto al contenuto del provvedimento non sia di per sé sufficiente a chiarire la *ratio* sottesa al modello condizionale e alla relativa determinazione amministrativa.

In base alla distinzione proposta, le condizioni, in quanto elementi accidentali del provvedimento amministrativo, si caratterizzano per la previsione di eventi futuri e incerti, la cui eventuale realizzazione incide sull'efficacia o sulla validità dell'atto. Di contro, le clausole particolari si configurano come strumenti attraverso i quali l'amministrazione impone al destinatario specifiche prescrizioni o modalità operative, frequentemente previste direttamente dalla legge¹⁰. Ne discende una distinzione concettuale tra i due elementi: mentre le condizioni si qualificano per il loro carattere accidentale e aleatorio,

clausole particolari, sia il contenuto eventuale di altri elementi, come i motivi. Ma soprattutto occorre fare attenzione a non estendere l'ambito dei coelementi rispetto alla nozione che ne dà la teoria generale».

⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 247, osserva che «nella pratica spesso volte si chiamano condizioni clausole di questo tipo [ossia, le clausole particolari, n.d.a.], e si fanno notevoli confusioni».

⁹ E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 475 s., osserva che «sul piano definitorio e concettuale l'idea che è possibile desumere accettando una tale chiave di lettura è quella che conduce a configurare le misure impositive di obblighi a carico del privato in termini di *clausole* particolari di natura *prescrittiva-condizionale*. I due attributi che consentono di qualificare siffatto tipo di clausola necessitano di una più chiara delimitazione al fine di poter comprendere meglio i caratteri di un *tertium genus* rispetto alla condizione ed al modo, che si pone al contempo in una dimensione altra rispetto a quella del contenuto accidentale del provvedimento amministrativo». Tali argomentazioni vengono riprese anche in E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, alla quale si rinvia.

¹⁰ La distinzione tra clausole particolari e condizioni è ricondotta, ancora una volta, a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 244, il quale, con riferimento alle prime, osserva che «quando, ad es., una norma usa espressioni come queste: l'autorità può “autorizzare prescrivendo le più idonee misure”, oppure può ordinare di fare alcunché fissando “le opportune prescrizioni” e simili altre, sia pur con parole talora improprie, viene a dire che al provvedimento si possono apporre clausole particolari rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione». Quanto alle condizioni, l'autore precisa che esse sono certamente ammissibili «nelle loro diverse specie; ma va avvertito che non possono essere considerate condizioni se non quelle clausole contenenti previsioni di eventi futuri e incerti».

le clausole particolari si contraddistinguono per la loro natura intrinsecamente prescrittiva¹¹.

Secondo tale orientamento, dunque, le misure finalizzate a conformare il comportamento del destinatario del provvedimento si configurano come clausole qualificate, in quanto introducono obblighi specifici che delimitano il contenuto e l'oggetto della determinazione amministrativa¹².

Con specifico riferimento al provvedimento di VIA, anche la giurisprudenza amministrativa, nell'ambito della teoria dell'"autorizzazione a struttura aperta", sembra aver accolto l'interpretazione secondo cui le condizioni ambientali si configurano come clausole particolari della decisione finale, superando l'originaria impostazione che le qualificava come meri elementi accidentali dell'atto. Emblematica, in tal senso, è la posizione assunta da un ricorrente, il quale, tra i motivi di ricorso, aveva rilevato come l'uso del verbo «dovrà»¹³ da parte dell'amministrazione implicasse l'assenza di immediata efficacia delle prescrizioni. Il giudice ha tuttavia respinto tale ricostruzione, affermando che le clausole condizionali «non rinviino a vicende future ed incerte, ma pongono obblighi e termini per adempimenti complessi, consentendo eventualmente la conversione in obblighi equivalenti in casi specifici». Da ciò può ricavarsi che il carattere dell'"eventualità" cui si fa riferimento non attiene alla prescrizione in sé, bensì alla possibilità di adattarne il contenuto in funzione della complessità che connota le dinamiche ambientali.

L'inquadramento delle condizioni ambientali nell'ambito delle clausole particolari ha indotto la dottrina a escluderne la riconducibilità al contenuto meramente eventuale del provvedimento amministrativo, ritenendole, al contrario, parte integrante del suo contenuto necessario¹⁴.

¹¹ La distinzione tra condizioni e clausole particolari è ulteriormente ribadita da A. M. PORPORATO, *Il permesso di costruire condizionato*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 212, la quale sottolinea come «mentre le condizioni sospensive e risolutive ineriscono ad eventi futuri ed incerti, le clausole particolari fanno riferimento a elementi già certi o suscettibili di sicuro avveramento».

¹² Con riferimento alla natura e alla funzione delle clausole accessorie, si richiama la posizione di B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 65: l'autore evidenzia che tali clausole introducono, a carico del destinatario, un onere aggiuntivo che, nella maggior parte dei casi, si traduce in obblighi puntuali, i quali contribuiscono a circoscrivere l'oggetto e il contenuto stesso del provvedimento.

¹³ T.A.R. Lazio n. 32176/2010, cit.

¹⁴ E. FREDIANI, *La clausola condizionale*, cit., 59 ss., offre un'approfondita ricostruzione dell'evoluzione del quadro normativo in materia di VIA, evidenziando come essa abbia orientato progressivamente la giurisprudenza e la dottrina verso un'interpretazione

In particolare, nel settore ambientale, si è progressivamente affermato un orientamento interpretativo che qualifica la condizione non più come elemento accessorio, bensì come componente necessaria della decisione, funzionale alla conformazione dell'assetto degli interessi coinvolti. Le clausole condizionali, infatti, non si limitano ad accompagnare la decisione, ma ne costituiscono anzi il nucleo fondante, fungendo da veicolo attraverso cui si integra il giudizio di compatibilità ambientale del progetto¹⁵. Esse forniscono in anticipo indicazioni concrete sugli accorgimenti necessari a superare eventuali profili di dissenso, fondandosi sui principi di proporzionalità, ragionevolezza ed economicità dell'azione amministrativa. Tali principi giustificano, inoltre, l'inclusione delle prescrizioni nel novero degli elementi rilevanti ai fini della legittimità del provvedimento.

Occorre, tuttavia, sottolineare che il legislatore non impone all'amministrazione un obbligo di inserimento delle condizioni nel provvedimento di VIA, ma si limita a riconoscerle una facoltà, giustificata dalla complessità della vicenda in esame. Sotto tale profilo, permane dunque una dimensione di discrezionalità che ha indotto parte della dottrina a qualificare le condizioni ambientali come elementi «quasi-necessari»¹⁶ del provvedi-

secondo la quale la clausola prescrittiva-condizionale si integra nel contenuto essenziale del provvedimento, assumendo una funzione qualificante e definitoria. Tale clausola si affianca così all'elemento valutativo in senso stretto, contribuendo a un rafforzamento complessivo della tutela dell'ambiente.

¹⁵ A. MILONE, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di Via*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 19 ss., offre una ricostruzione della giurisprudenza che evidenzia che spetta all'amministrazione il potere di imporre, nell'ambito del giudizio di compatibilità ambientale, condizioni e prescrizioni finalizzate a garantire la compatibilità ambientale di un progetto. Tale giudizio, concepito come una valutazione comparativa, deve tener conto della necessità di tutelare da un lato valori ambientali prevalenti e dall'altro l'interesse pubblico connesso alla realizzazione dell'opera.

¹⁶ R. D'ERCOLE, *Le prescrizioni nelle autorizzazioni ambientali*, cit., 219. Sul punto, ancora E. FREDIANI, *La clausola condizionale*, cit., 75, evidenzia come la nuova definizione di «condizione ambientale» introdotta all'art. 5, lett. o-*quater*), del d.lgs. n. 152 del 2006, pur avendo esteso la portata delle clausole includendo contenuti aggiuntivi, come le misure di monitoraggio, sembri aver al contempo ridato alla condizione ambientale una connotazione di elemento puramente eventuale nel provvedimento. Secondo l'autore, infatti, «l'idea che emerge da tale nuova disciplina è quella di un percorso che testimonia una maggiore sensibilità del legislatore rispetto alla rilevanza della clausola prescrittiva-condizionale nel contesto dell'intera procedura valutativa, dal momento preliminare alla successiva fase di monitoraggio *ex post*. Tuttavia, pur a fronte di una tale considerazione, sembra che la riforma abbia segnato un passo indietro rispetto all'impostazione precedentemente seguita, in particolare per quel che concerne il problema del «valore»

mento: elementi, cioè, che entrano a far parte del contenuto tipico della decisione, la cui inclusione, tuttavia, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione sotto il profilo dell'*an*, ossia della scelta se inserirli o meno nella determinazione finale. Tale considerazione, inoltre, consentirebbe di escludere le condizioni dal campo di applicazione dell'art. 21-septies della l. 7 agosto 1990, n. 241, che sancisce la nullità del provvedimento in caso di mancanza degli elementi essenziali. La norma, infatti, si riferisce esclusivamente a quegli elementi la cui previsione è imposta *ex lege*, rispetto ai quali l'amministrazione non dispone di alcun margine di discrezionalità.

3. *Le misure di monitoraggio come strumento di adattamento delle prescrizioni*

Come anticipato in premessa, l'aspetto di maggiore interesse della nozione di "condizione ambientale" introdotta all'art. 5, lett. o-*quater*), del d.lgs. n. 152 del 2006 risiede nella sua configurazione unitaria. Essa non si limita più a contemplare i requisiti funzionali alla realizzazione del progetto o le misure finalizzate a prevenire, ridurre o compensare gli impatti ambientali negativi, ma si estende anche alla descrizione puntuale delle misure di monitoraggio ambientale.

In questa prospettiva, l'art. 25, comma 4, lett. c), del d.lgs. n. 152 del 2006 dispone che l'amministrazione, mediante l'apposizione delle condizioni ambientali, deve definire altresì «le misure per il monitoraggio degli impatti ambientali significativi e negativi», le quali devono risultare proporzionate alla natura, all'ubicazione, alle dimensioni del progetto e alla rilevanza dei suoi effetti sull'ambiente.

L'inclusione, nella nozione di condizione ambientale, delle misure di monitoraggio appare determinante per comprendere il modello dell'"auto-ricorrenza a struttura aperta" elaborato dalla giurisprudenza amministrativa. Tale modello, infatti, come si dirà, consente di proiettare il rapporto tra amministrazione e cittadino anche oltre la fase di adozione del provvedimento "condizionale" di VIA, estendendolo alle fasi di esecuzione e di controllo¹⁷.

delle misure condizionali osservato rispetto al contenuto stesso delle decisioni che intervengono nelle diverse fasi dell'*iter* procedurale. L'affermazione, ripetuta in entrambe le disposizioni a carattere definitorio che sono state richiamate, di una condizionalità soltanto «eventuale» induce ad aprire verso un ritorno delle misure che di essa sono espressione al contenuto non necessario dei provvedimenti ambientali rilevanti in tale contesto».

¹⁷ A. BARONE, *Dopo la V.I.A.: la sicurezza "sostenibile" nel d.lgs. n. 104/2017*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 295.

Tale peculiare funzione delle condizioni ambientali, riconosciuta espressamente dal legislatore, è stata valorizzata in più occasioni dal giudice amministrativo, il quale ha osservato che «l'imposizione di svariate ed articolate clausole, con prescrizioni e condizioni, non solo serve, per evidenti ragioni d'economicità dell'azione amministrativa e di leale collaborazione tra i soggetti del procedimento di VIA, a manifestare tutte le ragioni capaci di superare ogni ipotesi di dissenso sul progetto proposto e ad evidenziare le varie criticità di gestione dell'impianto ed i rimedi acconci. Essa costituisce altresì l'insieme dei parametri con il quale la P.A. è tenuta ad esercitare la vigilanza ed il controllo successivo sull'impianto stesso, del cui potere essa, [...], non si spoglia con l'emanazione dell'autorizzazione condizionata contenuta nel decreto di VIA»¹⁸.

Con una successiva pronuncia¹⁹, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'introduzione, nel provvedimento di VIA, di clausole condizionali che rinviino ad una fase successiva all'adozione dell'atto l'effettuazione di approfondimenti progettuali e l'individuazione delle relative misure di monitoraggio. Anche in tale occasione l'autorizzazione viene qualificata dal giudice come «a struttura aperta», in quanto non esaurisce il rapporto tra amministrazione e privato con l'emanazione del provvedimento, ma si estende nel tempo, consentendo di integrare e adattare le prescrizioni in funzione degli esiti del monitoraggio e dell'evoluzione della vicenda.

In tal senso, un'ulteriore pronuncia ha affermato che, nel caso di opere pubbliche di particolare complessità, «occorrono necessariamente variazioni che non possono che interessare la fase esecutiva e che, in sede di autorizzazione, non possono che essere contemplate per mezzo di prescrizioni la cui effettiva esecuzione potrà essere garantita successivamente, soprattutto in sede di controllo successivo»²⁰.

Le pronunce in esame individuano, quindi, nell'art. 28 del d.lgs. n. 152 del 2006 la base normativa che legittima e disciplina il modello di «autorizzazione a struttura aperta». Secondo tale disposizione, l'autorità competente è tenuta a verificare il rispetto delle prescrizioni imposte con il provvedimento di VIA, a individuare tempestivamente eventuali impatti ambientali imprevisi e a adottare, se necessario, misure correttive per garantire la compatibilità dell'intervento con gli obiettivi ambientali²¹.

¹⁸ T.A.R. Lazio n. 32176/2010, cit.

¹⁹ Cons. Stato n. 6862/2020, cit.

²⁰ T.A.R. Lazio, Sez. II-*quater*, 11 aprile 2014, n. 3993.

²¹ Sul punto, A. BARONE, *Dopo la V.I.A.*, cit., 296, ha affermato che «nessun dubbio può oggi sussistere sul carattere obbligatorio delle verifiche di ottemperanza; obbligo di

La norma prevede altresì che, in caso di inottemperanza, l'amministrazione possa diffidare il proponente, applicare sanzioni e, se del caso, disporre la sospensione dei lavori. Non a caso, l'art. 29 del d.lgs. n. 152 del 2006, come modificato dal d.lgs. n. 104 del 2017, prevede una sanzione pecuniaria specifica per l'inosservanza delle condizioni ambientali contenute nel provvedimento di VIA.

Ancora, l'art. 28 contempla l'ipotesi in cui l'attività di verifica consenta di accertare la sussistenza «di impatti ambientali negativi, imprevisti, ulteriori o diversi, [...], comunque non imputabili al mancato adempimento delle condizioni ambientali da parte del proponente». Sebbene si tratti di un'ipotesi diversa dal mancato rispetto delle condizioni ambientali, anche in tal caso l'autorità è legittimata ad intervenire sul contenuto del provvedimento di VIA ovvero a introdurre condizioni ulteriori rispetto a quelle originariamente previste.

Nel settore ambientale, pertanto, il sistema di monitoraggio non si esaurisce in una mera attività di verifica successiva, ma si configura come uno strumento funzionale all'orientamento sia dell'azione del privato, sia dell'attività di controllo della pubblica amministrazione nella fase successiva all'adozione del provvedimento autorizzativo. In tal senso, il controllo e la valutazione delle condizioni ambientali non rappresentano una fase esterna o separata rispetto al procedimento, ma ne costituiscono una componente essenziale, integrata all'interno di un ciclo decisionale unitario. Le fasi di rilascio del provvedimento, di esecuzione, di verifica e di controllo devono essere intese come articolazioni di un'unica funzione amministrativa, caratterizzata da uno sviluppo progressivo e continuativo. In tale prospettiva, il tradizionale confine tra il procedimento autorizzativo e la fase esecutiva tende a dissolversi²².

Ma v'è di più: secondo il giudice, le condizioni «pongono obblighi e termini per adempimenti complessi, consentendo eventualmente la conversione in obblighi equivalenti in casi specifici»²³. In altri termini, le prescrizioni contenute nel provvedimento, per assolvere pienamente alla funzione di orientamento loro attribuita, non devono essere intese in senso statico, bensì interpretate in chiave dinamica, consentendone l'a-

verifiche giustiziabile attraverso il rito processuale sul silenzio nel caso di inerzia dell'autorità competente, come già rilevato dalla giurisprudenza amministrativa prima della novella legislativa (TAR Lazio, Sez. I, 29/3/2011, n. 2739).

²² La riflessione inerente ad una funzione amministrativa che costruisce progressivamente e permanentemente i connotati del medesimo rapporto amministrativo è rinvenibile già in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

²³ T.A.R. Lazio n. 32176/2010, cit.

dattamento, mediante «conversione in obblighi equivalenti», in ragione della complessità del caso concreto.

Alla luce della giurisprudenza amministrativa, quindi, oltre ai casi in cui l'amministrazione può intervenire direttamente per modificare le condizioni sulla base dei risultati del monitoraggio, le stesse condizioni ambientali possono prevedere forme di adeguamento automatico degli obblighi al mutare delle circostanze che ne giustificano la previsione.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, pare potersi affermare che la giurisprudenza abbia valorizzato un modello di provvedimento «adattivo», caratterizzato da un contenuto parzialmente mutevole, suscettibile di modulazione in base al verificarsi di condizioni non conoscibili *ex ante*, in ragione della complessità della vicenda. Ciò consente di orientare sia l'azione del privato, sia l'attività di controllo dell'amministrazione nella fase successiva all'adozione del provvedimento.

4. *L'apporto partecipativo del privato nella definizione delle condizioni ambientali*

Un ulteriore elemento di novità che emerge dall'analisi della categoria dell'«autorizzazione a struttura aperta», quale delineata dalla giurisprudenza amministrativa, consiste nel superamento di una concezione marcatamente unilaterale dell'azione amministrativa. In particolare, il meccanismo di definizione delle prescrizioni non si configura come un potere esercitato in via esclusiva dall'amministrazione, in assenza di coinvolgimento del soggetto privato. Al contrario, l'impianto normativo di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 152 del 2006 istituisce un sistema improntato alla collaborazione, nel quale il destinatario del provvedimento viene chiamato a svolgere un ruolo attivo anche nella fase successiva alla conclusione del procedimento autorizzativo.

In tale prospettiva, la responsabilizzazione del proponente si traduce in un obbligo di co-gestione del rischio ambientale, il cui principale fondamento normativo si rinviene nell'art. 41, comma 2, Cost. Tale disposizione, come noto, a seguito della riforma introdotta dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, da un lato garantisce la libertà di iniziativa economica privata, ma, dall'altro, ne condiziona l'esercizio al rispetto, oltre che della salute, della sicurezza, della libertà e della dignità umana, anche dell'ambiente. Si delinea, dunque, un sistema di obblighi a carattere «precauzionale»²⁴, in linea con quanto previsto dall'art. 3-ter del d.lgs. n. 152

²⁴ Cfr. A. BARONE, *Pubblico e privato nella gestione del rischio*, in G. GUERRA, A.

del 2006, ai sensi del quale anche l'azione dei soggetti privati, in materia ambientale, deve ispirarsi «ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente».

È in questa cornice che si inserisce il costante riferimento giurisprudenziale alla necessità di un rapporto di collaborazione tra amministrazione e privato, quale tratto distintivo dell'autorizzazione a struttura aperta²⁵. Come evidenziato anche dalla dottrina²⁶, il richiamo a tale principio all'interno dei provvedimenti di valutazione ambientale sottolinea la dimensione partecipativa del procedimento, evidenziando che le condizioni ambientali, pur introdotte formalmente in modo unilaterale dall'amministrazione, non devono essere intese come espressione di mera discrezionalità, bensì come esito di un confronto procedimentale volto a promuovere forme di cooperazione estese anche alla fase esecutiva.

Del resto, la giurisprudenza ha più volte riconosciuto che le clausole condizionali rappresentano uno strumento essenziale anche per il destinatario del provvedimento²⁷. Se da un lato, infatti, esse impongono oneri finalizzati a conformare l'attività del privato agli obiettivi di tutela ambientale, dall'altro lato consentono di evitare l'adozione di un provvedimento di diniego. Anche in dottrina è stato sottolineato come la natura "condizionale" della decisione amministrativa rivesta anche una funzione giustiziale, nella misura in cui la clausola condizionale assume il ruolo

MURATORIO, E. PARIOTTI, M. PICCINI, D. RUGGIU (a cura di), *Forme di responsabilità e nanotecnologie*, Bologna, 2011, 159 ss.

²⁵ Nella sentenza del Cons. Stato n. 6862/2020, cit., viene evidenziato che «questa flessibilità è necessaria per progetti complessi che si realizzano su un lungo arco temporale ed è finalizzata a superare eventuali criticità attraverso la collaborazione tra amministrazione e privato».

²⁶ E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, cit., 165 ss. Sull'apporto partecipativo della parte privata nella definizione delle clausole prescrittive del provvedimento autorizzatorio cfr. anche A.M. PORPORATO, *Contributo allo studio dei provvedimenti amministrativi condizionati*, Torino, 2020, 89 ss.

²⁷ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 1° settembre 2022, n. 7628: «le autorizzazioni in materia ambientale e paesaggistica, [...], ben possono essere sottoposte (anche nell'interesse del richiedente che altrimenti subirebbe il diniego integrale del progetto) a prescrizioni e condizioni». In altre occasioni, cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392, oppure Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2005, n. 1102, è stato affermato che «una valutazione condizionata di impatto costituisce un giudizio, allo stato degli atti, integrato dall'indicazione preventiva degli elementi capaci di superare le ragioni del possibile dissenso, in ossequio ai principi di economicità dell'azione amministrativa e di collaborazione tra i soggetti del procedimento».

di discriminare tra un esito favorevole, ancorché vincolato a determinati adempimenti, e un rigetto dell'istanza. Come è stato osservato, infatti, «una decisione di accoglimento condizionata all'adempimento di determinate prescrizioni imposte dall'amministrazione procedente, è pur sempre altra cosa rispetto al rigetto *tout court* dell'istanza»²⁸.

5. *I limiti di ammissibilità delle clausole particolari: verso una disciplina generale?*

Alle considerazioni precedentemente svolte in merito alla categoria dell'«autorizzazione a struttura aperta», così come delineata dalla giurisprudenza, si accompagna un interrogativo centrale: se tale modello possa trovare applicazione anche in ambiti diversi da quello ambientale, laddove il legislatore non abbia fornito indicazioni esplicite in ordine alla possibilità di inserire clausole particolari nel provvedimento finale.

Si tratta, a ben vedere, di una questione ancora aperta, alla quale non si pretende di offrire in questa sede una risposta esaustiva. È utile, tuttavia, richiamare alcuni spunti di riflessione emersi nel dibattito dottrinale, il cui rilievo appare imprescindibile per una corretta impostazione del problema.

In questa prospettiva, pare opportuno avviare l'indagine a partire dall'esame dei limiti entro cui le clausole particolari possono legittimamente operare.

Prima che il legislatore intervenisse a fornire una definizione normativa della clausola ambientale, la dottrina si era interrogata circa i confini entro i quali potessero legittimamente essere apposte clausole particolari – tra le quali rientrano anche le condizioni ambientali – al provvedimento amministrativo. Al riguardo, è stato autorevolmente osservato²⁹ che le clausole particolari pongono due ordini di problemi: da un lato, la tipologia di provvedimenti cui esse possono essere legittimamente apposte; dall'altro, i limiti sostanziali entro cui tali clausole possono operare.

Con riguardo al primo profilo, se in un primo momento si riteneva che qualsiasi provvedimento amministrativo connotato da discrezionalità in ordine al *quid* potesse essere corredato da clausole particolari³⁰, più recentemente la dottrina ha mostrato un atteggiamento di maggiore cautela. È stato evidenziato, infatti, che l'autorizzazione, sebbene produca

²⁸ R. D'ERCOLE, *Le prescrizioni nelle autorizzazioni ambientali*, cit., 216.

²⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 244.

³⁰ Cfr. R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, cit., 120 ss.

effetti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, può al contempo configurare – mediante l'imposizione di prescrizioni – obblighi in capo al privato, il quale è tenuto al loro rispetto nell'esercizio dell'attività autorizzata, pena la decadenza del titolo. Di conseguenza, l'apposizione di condizioni sarebbe legittima solo qualora espressamente prevista dalla norma attributiva del potere, in ossequio al principio di legalità³¹.

Quanto al secondo profilo, è stato affermato che la clausola particolare non può incidere sulla tipicità del provvedimento amministrativo³². La tipicità, in particolare, deve intendersi quale conformità agli effetti giuridici che il legislatore ha ricollegato a una determinata figura provvedimentale. Ne consegue che la clausola particolare dovrebbe ritenersi ammissibile solo laddove non determini effetti che richiederebbero, secondo l'ordinamento, l'adozione di un distinto provvedimento.

Tale impostazione pare essere stata recepita anche dalla giurisprudenza, la quale, con riferimento alle condizioni, ha individuato un chiaro limite alla "flessibilità" del provvedimento, affermando la necessità di attivare un nuovo procedimento di VIA ogniquale volta vengano introdotte modifiche sostanziali al progetto³³. Tale vincolo appare finalizzato a evitare che il rinvio a successive integrazioni si trasformi in uno strumento elusivo della disciplina ambientale.

In definitiva, secondo l'orientamento prevalente, la legittimità delle clausole particolari dovrebbe essere ancorata a schemi legislativi predefiniti, come nel caso del provvedimento di VIA. In assenza di una base normativa esplicita, l'apposizione di clausole particolari rimessa alla

³¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 164.

³² Anche tale riflessione prende spunto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 244.

³³ Il giudice amministrativo, con la sentenza del Cons. Stato n. 1164/2020, cit., ha evidenziato, anche mediante il richiamo a pronunce precedenti, che «in presenza di rilevanti modifiche intervenute tra lo stadio della progettazione preliminare e quello della progettazione definitiva, da cui derivino nuovi e/o ulteriori impatti significativi sull'ambiente prima non previsti, si debba procedere ad una nuova procedura di VIA (cfr., ad esempio Cons. St., Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 6667 nonché IV Sez., 11 ottobre 2016, n. 4179). Se infatti è fisiologico che tra progetto preliminare e progetto definitivo vi siano delle differenze, specie nella parte in cui la progettazione definitiva recepisca gli apporti procedurali e partecipativi emersi nel corso del procedimento, dall'altro, tuttavia, qualora in sede di approvazione del progetto definitivo vi sia stata una sensibile variazione rispetto al preliminare ed una significativa modificazione dell'impatto globale del progetto sull'ambiente, la VIA deve essere rinnovata e ripetuta. Ciò, del resto, è conforme alle direttive europee, per cui la valutazione ambientale deve sempre coincidere con l'atto che autorizza alla realizzazione dell'intervento (cfr. Cons. St., Sez. IV, 7 luglio 2011, n. 4072)».

mera discrezionalità dell'amministrazione risulterebbe non soltanto suscettibile di ledere il principio di legalità, ma potrebbe altresì rappresentare un serio disincentivo per l'iniziativa privata, la quale si troverebbe esposta al rischio di prescrizioni vincolanti e non sostenibili.

Le considerazioni sopra esposte, tuttavia, non esauriscono il complesso quadro interpretativo, né sembrano escludere un profilo meritevole di ulteriore approfondimento, inerente alla possibilità di introdurre, anche al di fuori del settore ambientale, uno strumento di portata generale, idoneo a disciplinare i procedimenti amministrativi che interessano ambiti connotati dalla presenza di interessi pubblici particolarmente sensibili e da valutazioni tecniche complesse. In tali contesti, infatti, potrebbe rendersi necessario un adattamento dinamico del contenuto del provvedimento amministrativo, capace di tenere conto non solo dell'evoluzione concreta della vicenda, ma anche del progressivo aggiornamento delle conoscenze tecniche e scientifiche derivanti, ad esempio, dall'attività di monitoraggio.

Una simile prospettiva solleva, dunque, interrogativi significativi in ordine all'opportunità di una cornice normativa espressa che consenta di superare le rigidità strutturali potenzialmente inadeguate rispetto alla complessità dei contesti regolati.

VALENTINA BURATTI

LE AUTORIZZAZIONI FARMACEUTICHE A PARADIGMA FLESSIBILE

SOMMARIO: 1. L'amministrazione riflessiva nel rilascio delle autorizzazioni farmaceutiche – 2. L'ascendenza europea della flessibilità? Coordinate normative e sistematiche – 3. Il procedimento nazionale di rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio – 4. La farmacovigilanza: verso uno statuto necessario della fase di monitoraggio? – 5. I poteri di variazione del titolo e il delicato *discrimen* con l'autotutela decisoria – 6. La condizione nell'autorizzazione all'immissione in commercio in bilico tra contenuto prescrittivo e ricerca di flessibilità – 7. Conclusioni preliminari e futuri itinerari di ricerca

1. *L'amministrazione riflessiva nel rilascio delle autorizzazioni farmaceutiche*

Il settore farmaceutico – e, più in generale, quello della salute – si caratterizza per una situazione fattuale, con cui la pubblica amministrazione è chiamata a misurarsi, definita dalla dottrina come «ignoto irriducibile»¹: il soggetto pubblico non dispone, infatti, di un quadro conoscitivo completo che consenta di valutare compiutamente il rapporto rischio/beneficio nel lungo periodo, e deve, quindi, agire in conformità al principio di precauzione. Paradigmi decisionali di tipo rigido e, soprattutto, con una struttura insensibile al cambiamento si adattano con difficoltà alle specificità della materia, ma soprattutto si dimostrano inidonee al perseguimento dell'interesse pubblico. Ciò ha spinto il legislatore, innanzitutto europeo, alla codificazione di uno statuto procedimentale e provvedimentale che potesse superare i limiti degli schemi normativi esistenti.

In questa prospettiva, si deve, in particolar modo, agli studi di diritto dell'ambiente il pregio di aver sistematizzato entro una categoria unitaria questi nuovi «modelli di amministrazione». Il riferimento è alla categoria della azione amministrativa precauzionale e riflessiva², capace

¹ M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metamorfosi e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2019, 2, 157-180 e F. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 140.

² Sul punto, senza pretesa di esaustività, G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 1075-1107, F. DE LEONARDIS,

cioè di «“incorporare” la mutevole contingenza», nell’ottica di una «continua ridefinizione degli obiettivi e di un monitoraggio costante in ordine al tipo di “approccio scientifico”»³, all’interno di una decisione che si contraddistingue per la natura «adeguata e adattiva». Segnatamente, il carattere adattivo della decisione presuppone che essa non offra una risposta astratta a un problema dato, ma che la soluzione a quest’ultimo debba essere cercata in concreto, adattando il *decisum* alla situazione di partenza e ai suoi successivi mutamenti.

Si tratta, pertanto, di un approccio che concepisce le decisioni pubbliche «in termini di ipotesi di lavoro», che debbono, cioè, essere costantemente sottoposte a un «processo “dinamico” di aggiustamento»⁴. Se i rapidi mutamenti del reale postulano e presuppongono che lo statuto provvedimentale sia, per un certo senso, «ad obsolescenza programmata», è il principio di precauzione che si fa carico di «rimodellare, restaurare oppure rimpiazzare *tout cour*» la scelta amministrativa originaria che è lo stesso progresso scientifico «ad aver mandato al macero»⁵.

Sono, quindi, tre gli elementi che la dottrina ha posto a fondamento del paradigma di potere precauzionale-riflessivo: la flessibilità dell’azione pubblica, l’incessante ridefinizione degli obiettivi sostenuta dalla capacità dell’amministrazione di assorbire una realtà di fatto intrinsecamente mutevole e l’ininterrotto monitoraggio⁶. Si tratta di attributi che possono essere ritrovati nei procedimenti autorizzativi in ambito farmaceutico. Pertanto, la questione che si intende affrontare, nel presente contributo, è se e in che misura i provvedimenti amministrativi adottati in tale contesto rispondano effettivamente a un modello di amministrazione diverso da quello tradizionale.

Quando si parla di autorizzazioni farmaceutiche, tuttavia, bisogna

Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio, Milano, 2005, F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell’azione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 2, 1673-1707, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell’ambiente*, in *Jus*, 2016, 1, 61-82, R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, 14-39.

³ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G.P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2021, 181.

⁴ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 241-2.

⁵ R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 675 che, tuttavia, declina il ragionamento sulla disciplina normativa.

⁶ F. FOÀ, *Il nuovo diritto della scienza incerta*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 815.

evidenziare che ci si riferisce a un *genus* ampio e composito di provvedimenti⁷, adottati in esito a procedure amministrative rimesse alla competenza di soggetti diversi, a livello nazionale ed europeo⁸.

Alla luce dell'estensione e della molteplicità delle fattispecie, l'ambito di ricerca del presente contributo si circoscrive all'autorizzazione all'immissione in commercio, la cd. AIC, di cui al d.lgs. 29 aprile 2006, n. 219, provvedimento, rimesso alla competenza di Aifa⁹, che consente la commercializzazione sul suolo nazionale di un determinato farmaco, con alcuni brevi cenni anche all'omologo europeo. L'analisi è funzionale, in via preliminare, a portare in luce i caratteri che contribuiscono a rendere flessibile e adattivo il titolo nonché a sistematizzare la particolare sequenza procedimentale in cui si dipana il potere dell'amministrazione riflessiva. Secondariamente, consegue l'interrogativo se i modelli decisionali, concepiti per ambiti settoriali, siano suscettibili di essere elevati a istituti ad applicazione generale o, comunque, espressivi di una tendenza complessiva del diritto amministrativo.

2. *L'ascendenza europea della flessibilità? Coordinate normative e sistematiche*

Un primo elemento che merita di essere evidenziato, quando si tratti di autorizzazioni farmaceutiche, attiene all'ascendenza comunitaria della disciplina, rispettivamente contenuta nel Regolamento CE n. 726/2004 e nella direttiva 2011/62/UE.

L'attenzione del legislatore, a ben vedere, non solo comunitario, alla materia farmaceutica, fin dalle origini, è stata sollecitata dalla volontà di assoggettare i medicinali al controllo dell'autorità pubblica, in ragione delle rilevanti ragioni di interesse pubblico collegate alla «funzione sociale» e alla «prevalente finalità pubblica» della produzione e commercializzazione degli stessi (art. 29, comma 1, legge 23 dicembre 1978, n. 833)¹⁰.

⁷ Per un inquadramento generale si rinvia a M. GOLA, voce *Farmaci*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, VI, 245-259 e M. GNES, *Farmaci*, in M.P. CHITI, D.U. GALETTA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, II, 1075-1111.

⁸ Sul rapporto tra livello nazionale ed europeo nel settore farmaceutico R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Authorities e gestione dei farmaci. La rete amministrativa del farmaco tra AIFA e EMA*, in *DPCE online*, 2021, 2265-2266.

⁹ Sulla natura di Aifa, in bilico tra organo amministrativo e tecnico, e le peculiarità dei poteri esercitati M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *L'Agenzia italiana del farmaco*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I sistemi sanitari in Italia*. 2004, Bologna, 2004, 263-284 e M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'agenzia italiana del farmaco*, Torino, 2018.

¹⁰ Per uno sguardo complessivo sulle ragioni della disciplina farmaceutica si rinvia a

La legislazione europea persegue un duplice ordine di finalità, temporalmente in successione: originariamente, l'intervento sovranazionale ha trovato giustificazione nell'esigenza di rimuovere gli ostacoli, generati dalle differenti legislazioni nazionali, allo sviluppo dell'industria farmaceutica e alla libera circolazione dei farmaci, in quanto prodotti economicamente rilevanti. Successivamente, si è rafforzato l'obiettivo di assicurare, attraverso l'armonizzazione delle discipline nazionali, un più elevato livello di tutela della salute pubblica¹¹.

Sono le esigenze di corretto funzionamento del settore farmaceutico, cioè, a richiedere che le amministrazioni nazionali operino seguendo procedimenti comuni o quantomeno ispirati a una disciplina convergente non soltanto dal punto di vista sostanziale, ma anche sotto il profilo procedurale.

Nella costruzione della disciplina, si avverte una certa sensibilità del diritto dell'Unione europea a paradigmi di flessibilità che ispirano uno statuto provvedimentale e procedimentale lontano dai canoni della stabilità e della definitività, benché ovviamente con riferimento a settori caratterizzati da bisogni peculiari, quali, per esempio, quello ambientale, farmaceutico o alimentare¹². Questa particolare inclinazione è rafforzata dalla stessa ascendenza europea del principio di precauzione¹³ che, come si è già avuto modo di osservare, sollecita la costruzione di schemi decisionali mai definitivi e in continua evoluzione, nell'ambito di procedimenti caratterizzati da un'inedita dinamicità.

Ciò conduce ad affermare che le esperienze di adattività e flessibilità che si riscontrano nell'ordinamento nazionale siano, spesso, il portato dell'influenza di modelli eurounitari che si rivelano lontani dalle logiche proprie della legge nazionale sul procedimento amministrativo. Se-

G. PASTORI, *La normativa comunitaria in tema di autorizzazione e vigilanza sui medicinali dalla direttiva n. 65/65 al regolamento n. 2309/1993*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 2, 329-346.

¹¹ Sul tema M. P. GENESIN, *La disciplina dei farmaci*, in L. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, 2010, V, 619-20.

¹² L. PARONA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. com.*, 518-9 annovera tra i profili dell'azione amministrativa conformati dal diritto dell'Unione europea, sebbene con riferimento ai provvedimenti ambientali, le verifiche circa la permanenza dei requisiti di autorizzazione, i procedimenti di riesame e aggiornamento delle condizioni di autorizzazione, nonché lo svolgimento delle ispezioni ambientali.

¹³ M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1-15 che traccia una periodizzazione nella relazione tra rischio e diritto amministrativo, enucleando tre fasi storiche, ultima delle quali si caratterizza per l'influenza del diritto dell'Unione europea.

gnatamente, alcuni hanno riscontrato e dato conto dello sviluppo di un «processo di europeizzazione»¹⁴ che sta investendo globalmente il diritto amministrativo italiano e che si sviluppa in una duplice direzione. Si assiste, da una parte, alla diversa modulazione di alcuni istituti tradizionali del diritto nazionale, dall'altra, all'innesto di nuovi istituti¹⁵.

Con riferimento al settore farmaceutico, è significativo che la *European Medicine Agency*, tra il 2014 e il 2016, abbia lanciato un progetto pilota denominato *adaptive pathways*¹⁶ – espressione tradotta dall'AIFA come «approccio a licenza progressiva» – per esplorare le implicazioni pratiche del concetto dei «percorsi adattativi» con i farmaci già in fase di sviluppo. Quello sperimentato, dunque, stando a quanto espressamente dichiarato da EMA, non costituiva un vero e proprio procedimento autonomo di rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio, ma piuttosto un approccio innovativo applicabile alla procedura vigente. Gli elementi essenziali dell'*adaptive pathways* sono essenzialmente tre: l'approvazione scaglionata del farmaco che passa da un ambito di pazienti molto piccolo e limitato a categorie sempre più ampie, un piano vincolante di raccolta delle evidenze post-autorizzazione e il coinvolgimento delle principali parti interessate nel processo. Si tratta di una procedura fondata sul cd. *iterative development*, sviluppo iterativo, che necessita l'acquisizione continua di nuovi dati ed evidenze al fine di garantire l'adattamento progressivo delle licenze per estendere o limitare le indicazioni precedentemente autorizzate.

Come evidenziato dall'Agenzia, il pilota ha consentito di individuare alcuni aspetti su cui riflettere e che meritano di essere valorizzati: maggiore coinvolgimento dei privati, identificati sia nei pazienti destinatari sia negli operatori economici del settore farmaceutico, e definizione di stra-

¹⁴ S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 247-272 sottolinea, infatti, con riferimento ai settori dominati dal rischio che sia direttamente il diritto europeo a dirigere e finalizzare l'esercizio del potere, sostituendosi all'amministrazione nazionale – a cui è rimessa l'istruttoria che deve far emergere l'esistenza e la quantificazione del rischio – e compiendo a priori un bilanciamento di interessi che preferisce la tutela di alcuni valori fondamentali anche nell'incertezza. Il diritto europeo cioè riesce a orientare la discrezionalità, legandone l'esercizio a interessi pubblici che, di volta in volta, considera preminenti.

¹⁵ B. L. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattive tra settori e sistemi*, Pisa, 2018, 61 parla di contaminazione, specialmente con riferimento ai settori dominati dal principio di precauzione, del diritto amministrativo nazionale ad opera del diritto europeo.

¹⁶ Il progetto è reperibile sul sito della *European Medicine Agency*.

tegie affidabili, dal punto di vista metodologico, di raccolta delle prove del mondo reale per sostenere la valutazione posta alla base del rilascio del titolo autorizzatorio ovvero di una sua “revisione”. Si tratta, come si avrà modo di osservare nel prosieguo, di componenti centrali nell’ambito dei procedimenti amministrativi volti al rilascio di provvedimenti ispirati al canone della flessibilità e dell’adattività.

3. *Il procedimento nazionale di rilascio dell’autorizzazione all’immissione in commercio*

Con riferimento all’immissione in commercio dei farmaci esistono quattro distinte procedure: una procedura centralizzata a livello europeo¹⁷, una procedura decentrata, una procedura di mutuo riconoscimento e una procedura nazionale, rispettivamente rimesse alla competenza di differenti autorità europee e nazionali.

Nel presente e nei successivi paragrafi, l’analisi si focalizza su quella nazionale, pur nella consapevolezza che, al netto dell’identità dell’amministrazione competente, le differenze procedurali tra le procedure risultano lievi.

L’istanza per l’ottenimento dell’autorizzazione all’immissione in commercio dev’essere presentata dall’interessato, congiuntamente al fascicolo tecnico, all’Agenzia italiana del farmaco che, diversamente dalla corrispondente agenzia europea¹⁸, non è responsabile unicamente dell’istruttoria, ma anche dell’adozione della decisione finale. A tal fine, Aifa redige, avvalendosi della Commissione tecnico-scientifica per la valutazione del farmaco, un rapporto di valutazione sul medicinale che deve

¹⁷ Con riferimento alla disciplina europea si legga C. CAMPIGLIO, *La lotta all’infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato dell’Unione europea*, in *Comm. internaz.*, 2014, 2, 291-317 che, tra le sfide del diritto farmaceutico, annovera la farmacovigilanza, su cui si dirà nel prosieguo.

¹⁸ Infatti, la procedura centralizzata prevede che l’istruttoria sia gestita dall’Agenzia europea per il farmaco che è chiamata ad accertare la completezza della documentazione e la rispondenza della domanda alle condizioni stabilite dalla normativa comunitaria. Un apposito comitato istituito all’interno dell’Agenzia trasmette allora un “progetto di decisione” agli Stati membri e alla Commissione a cui spetta la decisione finale. Bisogna, tuttavia, osservare che si tratta di una distinzione di competenze meramente formale, nella misura in cui, solo in rarissimi casi, si è verificata un’ipotesi di decisione della Commissione diversa da proposta avanzata da EMA.

Sul tema F. FIGORILLI, *Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione nella campagna vaccinale anti Covid*, in *Ist. Federalismo*, 2021, 4, 1017-1019.

essere sollecitamente reso accessibile al pubblico tramite il sito internet istituzionale e aggiornato «ogniquale volta si rendano disponibili nuove informazioni rilevanti ai fini della qualità, sicurezza o efficacia del medicinale» (art. 32 d.lgs. n. 219/2006). Gli accentuati obblighi di pubblicazione, funzionali alla valorizzazione del momento partecipativo, appaiono come un elemento caratterizzante i procedimenti in cui si estrinseca l'azione amministrativa ispirata al principio di precauzione – si considerino anche i procedimenti preposti al rilascio delle autorizzazioni ambientali – nella misura in cui consentono, grazie all'apporto degli interessati, l'acquisizione di ulteriori elementi conoscitivi e, quindi, la modulazione del titolo.

L'Agenzia, nel corso dell'istruttoria, è autorizzata a sottoporre il medicinale al controllo dell'Istituto Superiore di Sanità e, entro centoventi giorni dalla ricezione della domanda, deve rendere le proprie determinazioni finali. È, in questa fase, che l'amministrazione è tenuta ad acquisire tutti i dati scientifici disponibili e funzionali all'effettuazione del bilanciamento tra rischio e beneficio che possono derivare sulla salute umana dall'immissione in commercio del farmaco. Il coinvolgimento dell'Istituto Superiore di Sanità, ente fornito di una particolare competenza tecnica, consente all'amministrazione procedente di costruire una base di conoscenze solida e affidabile che permette di cogliere l'intera portata della questione scientifica posta e di determinare la scelta con cognizione di causa¹⁹.

L'autorizzazione è negata quando dalla verifica dei documenti e delle informazioni forniti dal richiedente emerge che il rapporto tra rischio beneficio non sia favorevole, l'efficacia terapeutica del medicinale non sia sufficientemente documentata o che il medicinale non presenti la composizione dichiarata (art. 40 d.lgs. n. 219/2006).

L'elemento che connota in modo flessibile l'AIC è la durata temporalmente limitata del titolo amministrativo. Similmente a quanto avviene per le autorizzazioni ambientali, l'autorizzazione all'immissione in commercio ha durata quinquennale. Decorso il termine, il titolo può essere rinnovato sulla base di una nuova valutazione del rapporto rischio/beneficio del farmaco, effettuata dall'Agenzia italiana del farmaco. Nel caso in cui non venga presentata domanda di rinnovo, l'Agenzia rende noto, con comunicato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, che il medicinale non può essere commercializzato.

¹⁹ Sull'importanza dell'istruttoria nei procedimenti cd. precauzionali S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene per l'autorizzazione integrata ambientale, il peculiare statuto temporale vale unicamente per la prima autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata. Qualora, allo scadere del titolo, l'amministrazione rilasci una valutazione positiva in ordine alla sussistenza di un equilibrato rapporto rischio/beneficio, la durata dell'autorizzazione diviene illimitata, salvo che l'Agenzia non intenda procedere, per giustificati motivi di farmacovigilanza, a un ulteriore rinnovo di durata quinquennale.

L'autorizzazione all'immissione in commercio decade sia nel caso in cui il medicinale non sia effettivamente commercializzato nei tre anni successivi al rilascio dell'autorizzazione sia qualora il farmaco, precedentemente immesso in commercio, non sia più commercializzato per un periodo di tre anni consecutivi sul territorio nazionale (cd. *sunset clause*).

Dallo statuto temporalmente limitato del titolo, discendono, quali corollari, importanti caratteri distintivi, sia procedurali che provvedimentali, dell'autorizzazione all'immissione in commercio, di cui si darà conto nei successivi paragrafi, quali l'esigenza di ininterrotto monitoraggio e la facoltà di revisione del titolo.

4. *La farmacovigilanza: verso uno statuto necessario della fase di monitoraggio?*

Quando l'amministrazione rilascia l'autorizzazione alla commercializzazione di un farmaco, tutte le informazioni di cui l'autorità dispone sono quelle che derivano dalla sperimentazione clinica, fase in cui vengono analizzati i potenziali rischi e bilanciati con i potenziali benefici alla salute del paziente. Una volta che il farmaco viene immesso sul mercato a seguito del rilascio dell'autorizzazione e, di conseguenza, utilizzato da un più ampio numero di soggetti, si possono ottenere maggiori evidenze scientifiche che consentono un ripensamento del rapporto rischio/beneficio definito in sede di sperimentazione.

Di conseguenza, la fase successiva al rilascio del titolo autorizzativo risulta modulata e influenzata dall'incertezza scientifica che ha pervaso la fase del rilascio del titolo autorizzativo. La necessità che vi sia continuità delle evidenze favorevoli al mantenimento dell'autorizzazione all'immissione in commercio rende chiara l'importanza della valutazione del rapporto rischio/beneficio che richiede l'applicazione della regola precauzionale allorquando il rischio non sia certo ovvero non lo sia il beneficio²⁰. La funzione del monitoraggio è, quindi, quella di raccogliere

²⁰ F. LAUS, *L'amministrazione del rischio*, Padova, 2023, 422-31.

e valutare costantemente nuove informazioni e sorvegliare le reazioni avverse collegate all'utilizzo dei medicinali.

Il procedimento di rilascio dell'AIC si caratterizza per l'esplicita previsione di una fase di monitoraggio, rimessa alla competenza di Aifa, ma che vede il coinvolgimento di altri soggetti, quali le Regioni, il titolare dell'autorizzazione e gli operatori sanitari, che assume la specifica denominazione di farmacovigilanza (artt. 129-134 d.lgs. n. 219/2006). In particolare, l'Agenzia è tenuta ad adottare un programma annuale di controllo circa la conformità delle caratteristiche del farmaco con quanto assentito mediante autorizzazione all'immissione in commercio.

È rimesso in capo ad Aifa il compito di raccogliere e valutare le informazioni utili per la sorveglianza dei medicinali, gestire e coordinare la rete telematica nazionale di farmacovigilanza e collaborare alla gestione di una rete informatizzata europea.

Tali poteri consentono all'autorità di assicurare che la qualità e le informazioni di sicurezza approvate siano sempre aggiornate e in linea con lo stato attuale delle conoscenze scientifiche. Per garantire la tempestività nell'aggiornamento delle informazioni di qualità e sicurezza, è assicurato un flusso continuo di dati tra amministrazione e operatore economico che è tenuto a comunicare qualsiasi mutamento nella documentazione o della situazione di fatto o di diritto²¹.

Il flusso informativo funzionale all'attività monitoraggio e conseguente di "revisione" non si limita alla sfera nazionale, ma, anche grazie alla predisposizione di apposite banche dati e alla costituzione di un *network* tra le autorità competenti nei singoli Stati, si estende a quella europea e addirittura extra-europea.

Tali poteri non sono previsti unicamente in capo all'autorità pubblica, ma anche al produttore che, ai sensi dell'art. 71 d.lgs. n. 219/2006, è chiamato a compiere un'attività di cd. autoispezione funzionale non solo alla vigilanza, ma anche al suggerimento di misure correttive o preventive. Specificatamente, il titolare dell'AIC deve disporre a titolo stabile e continuativo di un responsabile del servizio di farmacovigilanza, chiamato a censire in modo dettagliato tutte le sospette reazioni avverse da medicinali registrate in Italia, in un Paese dell'Unione europea o terzo. Lo stesso deve notificare ad Aifa, con massima urgenza, le sospette reazioni gravi o inattese, nonché presentare alle autorità competenti i rapporti periodici di aggiornamento sulla sicurezza.

²¹ Lo stesso modello lo si ritrova anche nel settore cosmetico. Sul punto si legga P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, cit., 155-158.

Con riferimento ai farmaci vaccinali, nello specifico quelli volti a prevenire il contagio da Covid-19, la giurisprudenza²² ha enucleato due categorie di farmacovigilanza: una attiva che si esplica nella somministrazione di appositi questionari per valutare il risultato della vaccinazione e una passiva che è il risultato delle segnalazioni spontanee, ossia effettuate autonomamente dal medico che sospetti reazioni avverse. Si tratta di due fattispecie che condividono un elemento comune: l'importanza, in sede di monitoraggio, dell'apporto di dati da parte di soggetti esterni all'amministrazione. Quest'ultima, allora, sulla scorta di nuovi dati scientifici, prova a ridurre l'ignoto e a orientare di conseguenza in modo aggiornato la valutazione rischi/benefici della somministrazione vaccinale.

Pare, pertanto, che il monitoraggio inizi a imporsi come segmento procedimentale necessario, sebbene con riferimento a materie specifiche, in un sempre maggiore numero di casi. Da qui l'opportunità di definire un complesso di regole e principi applicabili in via generale a questa fase procedimentale, non più così eventuale, per esempio, mediante una modifica della legge n. 241/1990.

5. *I poteri di variazione del titolo e il delicato discrimen con l'autotutela decisoria*

La particolare rilevanza che assume il potere di controllo è anche dovuta al fatto che il codice del farmaco prevede una serie eterogena di fattispecie modificative del titolo, variamente denominate.

La facoltà di riforma del provvedimento può considerarsi un precipitato procedimentale²³ del principio di precauzione: infatti, poiché la decisione viene adottata in condizioni di incertezza, secondo una logica di tutela anticipata, dev'essere suscettibile di modificarsi alla luce di nuove acquisizioni scientifiche. Sul punto, si è fatto riferimento all'inversione dei termini del modello regolatorio di *command and controll* a favore di un paradigma di «controll in the light of better command»²⁴.

L'autorizzazione all'immissione in commercio può essere oggetto di revoca, con conseguente ritiro dal mercato, quando l'Agenzia italiana

²² C.G.A.R.S., ord., 17 gennaio 2022, n. 38 con nota di M. CALABRÒ, *Obbligo vaccinale e (presunta) applicazione del principio di precauzione "in modo inverso"*, in *Nuove autonomie*, 2022, 91-102 e C.G.A.R.S., ord., 22 marzo 2022, n. 351.

²³ M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2016, 2, 411-446.

²⁴ F. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 142.

del farmaco accerti il ricorrere alterativo di specifiche condizioni di cui all'art. 141 d.lgs. 219/2006: il farmaco è nocivo alle normali condizioni di impiego oppure non ha la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata, non permette di ottenere l'effetto terapeutico o il diverso effetto per il quale è stato autorizzato, il rapporto rischio/beneficio non è favorevole alle normali condizioni di impiego, le informazioni contenute nel dossier farmaceutico fornito per il rilascio dell'AIC sono errate oppure non sono stati eseguiti i dovuti controlli sul prodotto finito.

È consentito non solo l'esercizio del potere di revoca al ricorrere di specifiche condizioni, ma altresì, peraltro al sussistere dei medesimi presupposti, quello di modifica d'ufficio ovvero di variazione, anche su istanza del privato. È, infine, prevista anche la facoltà di integrazione dell'autorizzazione. Tutti poteri enumerati dal codice del farmaco vengono, nella maggior parte dei casi, esercitati a seguito dell'attività di farmacovigilanza.

Tali provvedimenti risultano esplicativi, dunque, del potere-dovere posto dal legislatore in capo all'amministrazione di rideterminare i contenuti conformativi del provvedimento, alla luce del progredire delle conoscenze scientifiche e della mutevolezza delle situazioni di fatto.

Tali poteri appaiono, in tal modo, non propriamente riconducibili al paradigma dell'autotutela decisoria, nella misura in cui non si qualificano come rimedi generali ad uno stato di «inopportunità patologica del provvedimento», ma si sostanziano piuttosto in una «progressiva e fisiologica modulazione-specificazione della medesima funzione di primo grado, la quale proprio in virtù di una logica precauzionale, appare insuscettibile di cristallizzarsi in un provvedimento dotato di stabilità nel tempo»²⁵.

Sulla natura «cangiante» dell'AIC e sul potere di variazione del titolo si è recentemente espresso il Consiglio di Stato²⁶. Il giudice amministrativo ha sottolineato che il mantenimento in capo all'operatore economico dell'autorizzazione originariamente rilasciata è condizionato dal progresso scientifico e da studi aggiornati sull'efficacia del farmaco, poiché la scienza continuamente evolve e, con essa, le condizioni di efficacia e sicurezza di un farmaco, «già un tempo valutate ma mai, all'evidenza, cristallizzatesi in eterno». L'autorizzazione all'immissione in commercio viene, infatti, adottata «all'esito di un'attività di rivalutazione continua del rapporto beneficio/rischio nell'intero ciclo di vita del medicinale, quale rapporto che deve restare costantemente favorevole». Poiché i nuovi dati

²⁵ N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, 129.

²⁶ Cons. Stato, sez. III, 9 luglio 2021, n. 5212.

clinici raccolti dimostrano uno sbilanciamento del rapporto rischio/beneficio verso il primo termine del binomio, non risulta possibile confermare l'efficacia l'uso terapeutico per cui il farmaco era stato inizialmente autorizzato. Resta pur sempre ferma la facoltà per l'operatore farmaceutico di produrre nel futuro attendibili studi che comprovino l'efficacia terapeutica del farmaco per il trattamento della patologia oggetto di variazione e inducano una rivalutazione del rapporto rischio/beneficio.

La pronuncia presenta altri due profili d'interesse. Il primo consiste nell'articolazione della dinamica procedimentale: è, infatti, Aifa a sollecitare il privato, entro un termine determinato, alla presentazione di un'istanza di variazione dell'autorizzazione all'immissione in commercio entro i termini illustrati dall'autorità.

Il secondo è che la volontà di revisione è stata resa necessaria da alcuni dati provenienti dal Canada dove appunto si era rilevata l'inadeguatezza del farmaco al trattamento di alcune patologie inserite nel foglietto illustrativo. Tale fattore rende evidente il valore attribuito allo scambio di dati che non si limita al contesto europeo, ma che si estende oltre i confini comunitari, entro un'ampia rete collaborativa tra autorità pubbliche e operatori economici.

6. *La condizione nell'autorizzazione all'immissione in commercio in bilico tra contenuto prescrittivo e ricerca di flessibilità*

Il codice del farmaco formalizza una fattispecie di autorizzazione all'immissione in commercio condizionata, sebbene circoscritta a ipotesi eccezionali e corroborata da ragioni obiettive e verificabili (art. 30 d.lgs. n. 219/2006). In quest'ipotesi, viene autorizzata l'immissione in commercio del farmaco, ancorché i dati clinici siano meno completi rispetto a quelli richiesti in via ordinaria, in quanto il beneficio della disponibilità immediata del medicinale supera il rischio insito nel fatto che siano ancora necessari dati aggiuntivi.

Il mantenimento dell'autorizzazione è, quindi, subordinato alla valutazione annuale del rispetto delle prescrizioni inserite nella clausola condizionale, alla stregua anche dei cd. *comprehensive data post-authorization* che la stessa azienda farmaceutica è tenuta costantemente a comunicare ad Aifa. Il rilascio dell'autorizzazione avviene, pertanto, in esito a una procedura più snella di quella ordinaria, ma la conservazione è subordinata al persistente monitoraggio e al proseguimento degli studi in ordine all'efficacia e alla sicurezza del farmaco. Dal punto di vista procedimen-

tale, si attua una parziale sovrapposizione tra le fasi di sperimentazione, definita tecnicamente come *partial overlap*.

Entro la fattispecie dell'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata, possono annoverarsi i titoli che hanno consentito la distribuzione dei vaccini per la prevenzione da Covid-19 ovvero quelli per la distribuzione dei farmaci per le patologie oncologiche; settore principale in cui si ricorrere allo strumento in parola.

Ed è proprio con riferimento alle vaccinazioni Covid che si è pronunciato il Consiglio di Stato²⁷ che ha delineato la funzione della clausola condizionale nell'ambito dell'AIC. Bisogna specificare che la fattispecie oggetto del giudizio riguardava un provvedimento condizionato rilasciato a valle di procedimento europeo, la cd. *conditional marketing authorization* (CMA). Tuttavia, le considerazioni giudiziali vengono espressamente estese dal giudice amministrativo alla procedura nazionale.

La pronuncia si preoccupa, in via preliminare, di evidenziare la peculiare funzione attribuita all'autorizzazione condizionata: non quella di costituire una «scorciatoia incerta e pericolosa» per fronteggiare un'emergenza sanitaria, ma piuttosto di configurare un provvedimento applicabile in via generale a tutte le ipotesi, caratterizzate da ragioni di urgenza per la salute pubblica, in cui i dati siano meno completi rispetto a quelli richiesti in via ordinaria, ma siano rispettati altri requisiti. In particolare, è fondamentale che i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata del medicinale superino il rischio dovuto al bisogno di raccolta di dati supplementari.

Viene esplicitamente sancito che il carattere condizionato dell'autorizzazione non incida sulla sicurezza del medicinale né comporti che il titolo debba essere considerato un *minus* dal punto di vista del valore giuridico, poiché viene imposto al titolare di «completare gli studi in corso o a condurre nuovi studi al fine di confermare che il rapporto rischio/beneficio è favorevole». Segnatamente, la verifica dei requisiti richiesti per poter immettere il vaccino sul mercato viene improntata al criterio della cd. «revisione ciclica (*rolling review*)», che consente di esaminare immediatamente i dati elaborati nel corso della sperimentazione e di aggiornare la valutazione con una cadenza bisettimanale²⁸.

²⁷ Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

²⁸ F. FIGORILLI, *Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione nella campagna vaccinale anti Covid*, cit., 1022 evidenzia l'impatto di tale meccanismo sulla stessa strutturazione del procedimento amministrativo.

Il giudice amministrativo evidenzia che, con riferimento allo specifico caso dell'emergenza pandemica, il principio di precauzione opera in modo «inverso o controintuitivo» rispetto all'ordinario. Infatti, si richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi, «assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco».

L'autorizzazione condizionata ha efficacia annuale. Decorso il termine, è necessaria la presentazione di una nuova istanza che porta all'apertura di un procedimento che può condurre a un diverso esito: il rilascio di una nuova autorizzazione condizionata, sottoposta al termine di efficacia annuale, destinata a rimanere tale finché il quadro clinico non risulti completo, la conversione in un'autorizzazione all'immissione in commercio "ordinaria", cioè non condizionata ovvero il ritiro per motivi di sicurezza o commerciali.

In chiusura, si deve osservare che la clausola condizionale nell'autorizzazione all'immissione in commercio non si caratterizza per un contenuto prescrittivo²⁹ volto a conformare l'attività del privato, se si eccettua l'onere di monitoraggio e di perpetuazione degli studi scientifici e clinici. La condizione, a carattere risolutivo, subordina il mantenimento degli effetti del provvedimento all'acquisizione di nuovi dati clinici che non mettano a repentaglio il rapporto rischio/beneficio. Pertanto, l'elemento accidentale appare altresì funzionale al rafforzamento della duttilità del provvedimento e, di conseguenza, l'adeguamento del titolo, in virtù dei dati raccolti dalla distribuzione del farmaco.

7. Conclusioni preliminari e futuri itinerari di ricerca

Le considerazioni sviluppate nel presente contributo consentono di pervenire a tre ordini di conclusioni aperte che possono, cioè, a loro vol-

²⁹ Sul dibattito in ordine alla correttezza dell'inquadramento dogmatico nell'ambito dell'istituto della condizione di un obbligo impositivo a cui viene subordinato il rilascio dell'atto autorizzativo si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 247, R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 792, G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013, pp. 328-330, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 238-240.

ta, costituire il punto di partenza per lo sviluppo di specifici segmenti di ricerca.

In primo luogo, le autorizzazioni farmaceutiche e, in modo accennato, l'autorizzazione all'immissione in commercio promuovono un paradigma relazionale cooperativo tra autorità amministrativa e operatore economico che sembra assumere un ruolo decisamente attivo, soprattutto per quanto attiene ai poteri di vigilanza, quasi "co-gestiti" con l'Aifa – si pensi al dovere di autoispezione di cui all'art. 71 d.lgs. n. 219/2006 – agli obblighi di costante informazione, nonché alle procedure di revisione dei titoli³⁰, attivabili su istanza di parte.

A ben vedere, la tendenza ad affrancare il privato dal ruolo di mero destinatario dell'attività amministrativa è uno dei tratti distintivi della *reflexive regulation* già sperimentato in ambito ambientale³¹ ed emblematico della stessa amministrazione del rischio³².

La condivisione delle conoscenze e delle informazioni elaborate dagli interessati consente, infatti, di colmare l'asimmetria informativa che può viziare il processo volitivo del decisore pubblico. Gli operatori economici possiedono spesso le informazioni sui rischi e sono, di conseguenza, in grado di controllarli e reagire in modo più flessibile ed efficace sugli stessi.

Lo stesso contenuto della condizione può considerarsi il frutto del confronto tra amministrazione pubblica e privato³³. In particolare, la collaborazione del privato nella determinazione congiunta del contenuto apposto in condizione si rivela di particolare utilità con riferimento agli aspetti tecnici di tali misure; profili cioè che richiedono competenze scientifiche, le quali sono più spesso appannaggio degli operatori economici che della pubblica amministrazione³⁴.

³⁰ M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2024, 3, 651-674 evidenzia che non sussiste solo una forma di collaborazione endo-procedimentale, ma anche «post-procedimentale».

³¹ V. PAMPANIN, *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Roma, 2014, 214-234.

³² A. TRAVI, *Droit public et risque*, in *Revue européenne du droit public*, 2003, II, 497 riconosce che nelle decisioni che impongono la considerazione di profili caratterizzati da un elevato tasso di scientificità la collaborazione con l'operatore economico possa favorire la pubblica amministrazione.

³³ Sul punto TAR Piemonte, sez. II, 26 luglio 2007, n. 2866 e TAR Veneto, sez. III, 14 marzo 2017, n. 193.

³⁴ A. PORPORATO, *Contributo allo studio dei provvedimenti amministrativi condizionati*, Torino, 2020, 94.

In secondo luogo, si assiste a una dilatazione dello schema procedimentale con emersione di momenti di contatto tra amministrazione e privato che si incasellano con difficoltà nelle categorie normative vigenti. Sul punto pare interessante che la Relazione annuale dell'area autorizzazioni medicinali di Aifa (2023) dedichi una specifica sezione a quelle che vengono definite le «procedure post-autorizzative». La scelta terminologica dell'Agenzia rende l'idea, da una parte, di un procedimento che non si chiude con la fase decisoria, dall'altra, dell'affermarsi di un nuovo segmento procedimentale autonomo che è quello post-autorizzativo.

Rileva, a tale proposito, la riflessione dottrinale che ha parlato di «procedimenti aperti»³⁵, alludendo a nuovi schemi procedimentali che non riescono a confinarsi nei rigidi modelli della sequenza procedimentale elaborati dalla dogmatica tradizionale, e di «fattispecie a formazione progressiva»³⁶.

In terzo luogo, si assiste all'accentuazione e rimeditazione della fase istruttoria. Non si può ignorare che è lo stesso principio di precauzione a implicare il necessario espletamento di un'istruttoria particolarmente accurata in cui, accanto alle normali verifiche sui dati di fatto e di diritto rilevanti nella fattispecie, siano considerate le possibili implicazioni rischiose, anche solo ipotizzabili. Non si tratta di un'integrazione occasionale in determinate situazioni, ma di un ampliamento ordinario e generalizzato della fase istruttoria³⁷ che pare non più confinabile negli argini eretti dalla Legge n. 241/1990.

Infine, emerge una certa difficoltà a tracciare una linea di contorno e conseguentemente una sistematizzazione a livello dogmatico dei provve-

³⁵ F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, 298.

La stessa giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1164, TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 settembre 2010, n. 31176) ha coniato l'espressione «autorizzazione a struttura aperta», alludendo alle ipotesi in cui il titolo autorizzativo si arricchisce di condizioni «a priori» e prescrizioni «successive» modulate in relazione alla complessità della vicenda.

Sul punto si rinvia al contributo di A. Bifulco in questo volume.

³⁶ G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, cit., 176.

³⁷ M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., sottolinea che «l'arricchimento» dell'istruttoria determinato dal principio di precauzione non rappresenta una «complicazione procedurale», contraria alle esigenze di semplificazione e non aggravamento: infatti, la legge n. 241/1990 vieta sì aggravi non giustificati al procedimento, ma lascia integra la possibilità che il procedimento si arricchisca – «e di fatto si complichino» – di fasi necessarie per la più compiuta definizione di tutti gli interessi rilevanti.

dimenti – o forse sarebbe meglio dire dei procedimenti – che favoriscono l'adattamento del titolo autorizzativo. Tale difficoltà è forse determinata anche dall'ascendenza comunitaria della disciplina contenuta nel codice del farmaco che, quindi, non si adatta perfettamente agli schemi previsti dal diritto amministrativo nazionale.

Si pone poi l'interrogativo se tali atti possano o meno considerarsi espressione del potere di autotutela decisoria. Si reputa preferibile aderire all'impostazione dottrinale che non riconduce tali atti alla categoria dei provvedimenti amministrativi di secondo grado, ma piuttosto li considera manifestazione di una nuova fattispecie.

In tali casi, non si assiste al “ritornare sui propri passi” dell'amministrazione per ragioni di inopportunità, ma emerge una funzione amministrativa si costruisca progressivamente e si estrinsechi in provvedimenti instabili e rivedibili, in «in un flusso continuo»³⁸ che non distingue tra provvedimenti di primo grado e di secondo grado³⁹.

³⁸ N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., 135 che attribuisce l'affermazione di moduli procedurali basati sul superamento della rigida bipartizione tra procedura di primo e secondo grado anche all'impulso del diritto dell'Unione europea. Aderisce a tale orientamento anche V. DI CAPUA, *L'autorizzazione integrata ambientale. Verso una tutela sistemica dell'ambiente*, Napoli, 2020, 240.

³⁹ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 36.

GIANLUCA CAVALIERI

L'ADATTIVITÀ DELLE CONCESSIONI IDROELETTRICHE NELLA STAGIONE DELLA DEMANIALITÀ CUSTODIALE DELLE ACQUE

SOMMARIO: 1. Premessa: l'interesse per un contributo sulle concessioni idroelettriche. – 2. Le concessioni idroelettriche nella stagione del “diritto delle acque”. – 3. Imprevedibilità ed incertezza come condizioni tipiche del rapporto concessorio. – 4. Governare l'incertezza?. – 4.1. Auto-adattamento del provvedimento concessorio. – 4.2. Monitoraggio. – 4.3. Rinegoziazione in buona fede. – 5. Conclusioni: dalla stabilità del provvedimento alla stabilità dell'equilibrio economico-finanziario della concessione.

1. *Premessa: l'interesse per un contributo sulle concessioni idroelettriche*

Le concessioni idroelettriche sembrano offrire un angolo visuale particolarmente interessante rispetto alla riflessione generale sul mutamento del ruolo della pubblica amministrazione nella stagione delle transizioni e sulle forme di riequilibrio dei rapporti amministrativi.

L'esigenza di adeguare i provvedimenti amministrativi agli stati di transizione¹ che generano mutamenti nella realtà di fatto, provocando a loro volta trasformazioni negli interessi coinvolti dai provvedimenti o dagli accordi amministrativi, suscita interrogativi in parte nuovi che attingono alla dimensione generale della teoria del provvedimento amministrativo², tradizionalmente ambientata in un contesto statico, secondo cui l'assetto degli interessi emerso nel corso del procedimento viene cristallizzato nel provvedimento in modo definitivo e tendenzialmente impermeabile alle sopravvenienze³.

I termini più puntuali in cui si pongono tali problemi⁴ possono es-

¹ Per una recente riflessione sull'attitudine del diritto amministrativo rispetto alle transizioni si v. F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli 2024.

² F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G.P. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 180 ss.

³ Come dimostra il fatto che la legittimità del provvedimento vada valutata alla luce del principio del *tempus regit actum*.

⁴ Che sono stati efficacemente illustrati da Sara Spuntarelli e Aldo Travi nel corso del seminario che si è svolto a Camerino il 31 ottobre 2023.

sere riassunti, con qualche inevitabile semplificazione, mettendo in evidenza la tensione tra il principio di tipicità – fondato sulla legalità e la predeterminazione normativa – e la necessità di flessibilità dell'azione amministrativa. In particolare, è stata sottolineata la crisi del principio di tipicità, evidenziando come esso non riesca più a governare pienamente né il procedimento né gli accordi amministrativi, invitando a considerare soluzioni (anche normative) nuove che consentano di salvaguardare gli effetti degli atti amministrativi senza doverli azzerare⁵. Alla base di questa posizione vi è l'idea del procedimento amministrativo come risorsa preziosa da valorizzare, anche in caso di cambiamenti sopravvenuti e che il diritto debba evolvere conciliando certezza giuridica e adattabilità alla realtà, sempre più mutevole.

In questo quadro, le concessioni idroelettriche sembrerebbero, appunto, presentare alcuni elementi di forte interesse perché dotate di caratteristiche, per certi versi, del tutto peculiari. Alle concessioni idroelettriche sono sottesi interessi economici di assoluto rilievo; al contempo, comportano l'impiego di risorse idriche che oggi, diversamente da quanto accadeva in passato, sono considerate esauribili, con ogni conseguente implicazione in ordine alla stabilità dell'assetto degli interessi cristallizzato nella concessione, su cui si tornerà infra; la relativa assegnazione è disposta mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica, sicché l'intera disciplina è oggi marcatamente condizionata da una logica pro-concorrenziale e questo è un fattore che condiziona significativamente il quadro giuridico di riferimento; si atteggiano inoltre in modo ambivalente sul piano ambientale, perché per un verso costituiscono una forma di produzione di energia rinnovabile e, nei fatti, contribuiscono in misura significativa al perseguimento degli obiettivi di decarbonizzazione, specialmente nel nostro Paese, per l'altro verso generano rilevanti esternalità ambientali negative sul segmento di corso d'acqua interessato dalla produzione idroelettrica.

Queste peculiari caratteristiche rendono le concessioni idroelettriche un istituto particolarmente complesso e sfidante rispetto ai problemi su cui il volume si propone di riflettere e, specularmente, le rendono un modello di riferimento rispetto al quale misurare le riflessioni sul problema di fondo qui trattato: una riflessione sui limiti e sulle condizioni che potrebbero rendere la concessione idroelettrica adattiva potrebbe rivelarsi di un certo interesse in tutti quei casi in cui un bene pubblico è

⁵ Il riferimento è, in particolare, all'intervento di A. Travi nel citato seminario di Camerino.

concesso in uso ad un soggetto privato per scopi di sfruttamento economico e si pone l'esigenza di coniugare l'affidamento ingenerato nell'operatore economico mediante la concessione con esigenze sopravvenute, e più o meno imprevedibili, di tutela dell'ambiente. Esempi in tal senso non mancano e, solo per citarne alcuni, ci si può riferire alla schiusa delle tartarughe in spiagge interessate da concessioni balneari o a malattie degli alberi rispetto ad una concessione boschiva.

La circostanza che le concessioni di derivazione e prelievo dal corpo idrico abbiano rappresentato fin dall'ottocento e per lunghi decenni un paradigma di stabilità dei rapporti giuridici e che, improvvisamente, negli ultimi anni la stabilità e certezza di questi particolari rapporti concessori sia stata fortemente messa in discussione (nei termini che si illustreranno infra) contribuisce a stimolare l'interesse per una riflessione su questo specifico istituto.

2. *Le concessioni idroelettriche nella stagione del "diritto delle acque"*

Per lungo tempo, le concessioni di derivazione e prelievo dal corpo idrico hanno rappresentato un paradigma di stabilità giuridica nei rapporti di diritto pubblico⁶, confermato anche nel R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775⁷. La stabilità era garantita non solo da durate molto estese, ma anche dalla prassi di rinnovi reiterati a favore dei medesimi concessionari, spesso senza significative modifiche delle condizioni di assegnazione.

Tuttavia, tale assetto è stato progressivamente messo in crisi, dapprima sotto la spinta della normativa europea in materia di concorrenza⁸, e

⁶ E. BOSCOLO, *Le concessioni idriche e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 488. Per una ricostruzione della disciplina si v. S. Rodolfo Masera, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e prospettive*, Pisa, 2018, 26 ss.

⁷ L'art. 21 del Regio Decreto, infatti, stabiliva per le concessioni idriche una durata molto elevata, "non maggiore di anni sessanta", e il limite massimo corrispondeva molto spesso alla durata effettiva delle concessioni rilasciate.

⁸ E non senza forti resistenze da parte degli operatori nazionali e del legislatore, con l'apertura di diverse procedure d'infrazione, un ricco contenzioso al Tribunale delle Acque e tre sentenze della Corte Costituzionale: 18 gennaio 2008, n. 1, in *Giur. cost.*, 2008, 1 ss.; 13 luglio 2011, n. 205 in *Giur. cost.*, 2011, 2713 ss.; 25 febbraio 2014, n. 28, in *Riv. Reg. Mercati*, con nota di G. Cavalieri, *Regolazione del mercato idroelettrico e tutela della concorrenza: la sentenza 25 febbraio 2014, n. 28 e un possibile nuovo orientamento della Corte Costituzionale*.

successivamente anche per effetto della crescente rilevanza delle esigenze ambientali.

Le riforme⁹ succedutesi a partire dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 hanno introdotto l'obbligo di procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica, dapprima con attenzione prevalente all'incremento produttivo ed economico¹⁰, poi, a partire dal 2019¹¹, anche con un graduale rafforzamento della compo-

⁹ V. l'art. 12, c. 5, d.lgs. n. 79 del 1999 nella sua formulazione originaria, secondo cui le nuove concessioni avrebbero dovuto essere "compatibili" con la presenza negli alvei sottesi del deflusso costante vitale e con le priorità di messa in sicurezza idraulica del bacino, nonché con i deflussi ad uso idropotabile relativi alle concessioni rilasciate sul medesimo corpo idrico, mentre, per quelle esistenti ma in scadenza, i nuovi concessionari avrebbero dovuto presentare un programma di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata e di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza.

Con l'ingresso di tali elementi nel perimetro delle valutazioni dall'ente concedente in sede di riassegnazione o nuova assegnazione delle concessioni trovavano espressa considerazione le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente come osserva S. RODOLFO MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e prospettive*, Pisa, 2018, 111, con riguardo alla formulazione originaria dell'art. 12.

¹⁰ I profili relativi alla tutela e valorizzazione della risorsa sul piano ambientale non sono stati interessati da interventi di particolare rilievo.

Tali aspetti erano peraltro, di fatto, marginali o comunque non centrali nell'economia delle valutazioni dell'ente concedente, specialmente con riguardo alla disciplina in vigore a partire dal 2012, in cui era espressamente previsto che le concessioni venissero assegnate "prevalentemente" in base ai criteri della migliore offerta economica e del maggiore incremento dell'energia prodotta o della potenza installata. V. art. 37, d.l. n. 83 del 2012, che ha modificato l'art. 12 d.lgs. n. 79 del 1999 prima dell'ultima riforma, introdotta appunto con l. n. 12 del 2019. A tale proposito, osservava E. BOSCOLO, *La concessione idrica*, cit., 501, che "la tendenza a rileggere la disciplina concessoria in chiave protettiva dell'interesse dei concessionari o, comunque, secondo categorie di matrice economica resta dunque ancora forte e, di conseguenza, faticano ad emergere pienamente le implicazioni conseguenti alla penetrazione nel diritto delle acque dei principi propri del diritto dell'ambiente".

¹¹ L'analisi puntuale delle diverse modifiche che hanno interessato la disciplina in esame esula dagli scopi del presente lavoro: è sufficiente al riguardo ricordare i tre passaggi fondamentali antecedenti all'ultima riforma del 2019, vale a dire l'intervento previsto nella L. finanziaria per il 2006, segnatamente all'art. 1, c. 483, l. 23 dicembre 2005, n. 166; la modifica introdotta con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv., con modif., in l. 30 luglio 2010, n. 122 e l'ulteriore modifica apportata con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., in l. 7 agosto 2012, n. 134

Sui diversi passaggi dell'evoluzione della disciplina in esame e sulle relative implicazioni v. M. De Focatiis, A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. I – *Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, e in particolare i saggi di N. BASSI, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, 31 ss.;

nente ambientale. La legge n. 12 del 2019, in particolare, ha affidato alle Regioni il compito di disciplinare con legge le modalità e le procedure di assegnazione, imponendo l'indicazione dei livelli minimi di miglioramento ambientale e di incremento della produzione energetica come condizioni vincolanti delle offerte di gara.

Tale innovazione segna un passaggio significativo da una logica in cui gli interventi migliorativi erano discrezionali ad un sistema in cui le amministrazioni concedenti determinano *ex ante* obblighi minimi prestazionali, orientando così in maniera più marcata la progettualità dei futuri concessionari¹². Inoltre, le nuove disposizioni prevedono durate variabili tra venti e quaranta anni, prolungabili fino a un massimo di dieci anni ulteriori in funzione della complessità progettuale e dell'investimento proposto, creando un quadro più flessibile ma anche più vincolato alle scelte programmatiche dell'amministrazione.

In alcune legislazioni regionali più recenti, come quelle di Lombardia e Veneto, emergono riferimenti espliciti a criteri di compensazione degli impatti sugli ecosistemi fluviali e sugli assetti morfologici dei corpi idrici, a testimonianza di un'integrazione progressiva della prospettiva ecologica nella disciplina concessoria¹³.

Se, dunque, la logica concorrenziale ha costituito il primo motore del cambiamento, oggi è anche e forse innanzitutto la nuova concezione dell'ac-

E. BRUTI LIBERATI, *La disciplina delle gare per le concessioni di grande derivazione idroelettrica*, 61 ss.; A. Travi, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi di concorrenza*, 49 ss.

Per un'ampia analisi della disciplina e della sua evoluzione si rinvia a S. RODOLFO MASERA, *Concessioni idroelettriche*, cit., in particolare 81 ss..

¹² È infatti previsto che, nel definire le modalità e le procedure di assegnazione delle concessioni, le leggi regionali debbano tra l'altro indicare i livelli minimi degli interventi di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza a cui gli operatori devono attenersi nel formulare le rispettive offerte in sede di gara; analogamente, le Regioni devono indicare i miglioramenti minimi in termini energetici, di potenza di generazione e di producibilità. Pertanto, diversamente da quanto accadeva in passato, in base alle previsioni oggi vigenti, non sono più gli operatori a scegliere liberamente se e in quale misura realizzare interventi di miglioramento e risanamento ambientale e di incremento della produzione energetica, ma è la stessa amministrazione concedente a indicare nel bando di gara – coerentemente con la disciplina di dettaglio regionale – gli interventi minimi che dovranno essere realizzati dal concessionario entrante

¹³ Tuttavia, restano margini significativi di miglioramento: ad oggi, la prassi non è ancora giunta a prevedere canoni o obblighi realmente commisurati ai costi ambientali dell'uso della risorsa, come peraltro delineato nel regolamento ministeriale del 2015 sui costi ambientali e della risorsa.

qua come risorsa esauribile e matrice ambientale produttiva di servizi ecosistemici a condizionare profondamente il sistema delle assegnazioni delle concessioni. Questo mutamento di paradigma si riflette nella crescente importanza assegnata alla compatibilità ambientale e nella tendenza a vincolare gli operatori a obblighi di miglioramento ambientale, anticipando un diritto delle concessioni più coerente con la “demanialità custodiale”¹⁴ dell’acqua e con la sostenibilità a lungo termine della risorsa.

3. *Imprevedibilità ed incertezza come condizioni tipiche del rapporto concessorio*

Le profonde modifiche – come si è detto, stimulate innanzitutto da ragioni di tutela della concorrenza – che hanno interessato la normativa sull’assegnazione delle concessioni, oggi delineata nell’art. 12 del D. Lgs. n. 79 del 1999, sono state implementate in un periodo in cui la discussione sulle acque è rapidamente transitata dalla polarizzazione dicotomica acqua pubblica vs. acqua privatizzata¹⁵ alle problematiche connesse alla siccità¹⁶, determinando l’affermazione di un nuovo “diritto delle acque” in chiave pro-ambientale.

Il radicale ripensamento del diritto delle acque è stato caratterizzato, in particolare, dal passaggio da una concezione delle acque come bene inesauribile soggetto a sfruttamento¹⁷ alla funzione “custodiale” dell’amministrazione rispetto alla risorsa idrica¹⁸.

Questa profonda modifica concettuale del “diritto delle acque”¹⁹ –

¹⁴ La felice espressione è di E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012; si v. specialmente 341 ss. Più di recente, ID., *Water Resources Management in Italy: Institutions, Laws and Approaches*, in AA.VV., *Water Law, Policy and Economics in Italy*, Springer, 2021, 105 ss.

¹⁵ A cui corrisponde la contrapposizione – spesso connotata da una forte componente ideologica – tra il modello di gestione del servizio idrico integrato in house e il ricorso al mercato per l’individuazione del soggetto gestore o del socio privato della società mista.

¹⁶ Con effetti devastanti sull’ambiente e l’agricoltura: v. in proposito ISPRA, Nota ISPRA sulle condizioni di siccità in corso e sullo stato della risorsa a livello nazionale, luglio 2022, in www.isprambiente.gov.

¹⁷ Peraltro, solo a partire dal 2006, con gli art. 144 e 167 del Codice dell’Ambiente, lo sfruttamento è stato “gerarchizzato” tra i diversi possibili impieghi, con l’assegnazione di un ruolo prioritario all’uso idropotabile della risorsa.

¹⁸ Con il già richiamato lavoro di E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, cit., passim.

¹⁹ Senza pretesa di esaustività, si v. L. VIOLINI, *Il bene comune acqua nella prospetti-*

coerente, appunto, con la situazione “di fatto” delle risorse idriche ha comportato una serie di conseguenze di grande rilievo (ad esempio, la sistematica attivazione di poteri emergenziali) che ha condizionato profondamente non solo la disciplina relativa all’assegnazione delle concessioni, ma anche – e in modo ancora più rilevante ai fini che qui interessano – la concreta esecuzione del rapporto che sorge a valle della procedura ad evidenza pubblica.

La crisi climatica, infatti, ha reso strutturale l’instabilità idrologica, introducendo nel diritto delle acque un nuovo lessico e una diversa razionalità giuridica, fondata sull’adattività e sulla flessibilità²⁰. Le mutate condizioni ambientali, segnate da periodi di siccità prolungata, hanno imposto una rilettura in chiave ecologica dell’intero impianto normativo sopra descritto.

L’acqua non è più intesa primariamente come mezzo di produzione, ma come matrice ambientale da tutelare, generatrice di servizi ecosistemici e questa riontologizzazione, già avviata con la legge n. 36/1994 e rafforzata dalla Direttiva 2000/60/CE (Water Framework Directive), culmina nell’adozione di strumenti regolatori capaci di assegnare la risorsa in condizioni di “incertezza certa”²¹.

In questo contesto, in cui il diritto delle acque ha iniziato ad accogliere esigenze di flessibilità con riguardo anche alla fase esecutiva delle concessioni idroelettriche, è innanzitutto l’esercizio dei poteri emergenziali – previsti dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 e attivati tramite la declaratoria dello stato di emergenza – ad aver determinato una significativa deroga alla disciplina ordinaria dei rapporti concessori. Tali poteri, attribuiti alla protezione civile e ai commissari straordinari, consentono interventi allocativi e infrastrutturali in deroga a ogni disposizione vigente, incluse le norme che disciplinano il deflusso ecologico e la gerarchia degli usi²². Ne

va multilivello, in S. Staiano (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Jovene, Napoli, 2017, p. 199 ss.; G. BUCCI, *L’«acqua-bene comune» e la gestione dei servizi integrati tra pubblico, privato e democrazia*, in *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, cit., p. 167ss.; F. PALAZZOTTO, *Lo statuto giuridico dell’acqua tra beni demaniali e beni comuni*, ivi, 207 ss. R. LOUVIN, *Aqua Aequa. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l’elemento idrico*, Torino, 2018; L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, Milano, 2022, 115 ss.

²⁰ E. BOSCOLO, *Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità. Dall’emergenza alla regolazione*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2022.

²¹ E. BOSCOLO, *Le concessioni idriche e l’assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, cit., 488.

²² Ad esempio, si v. l’Ordinanza 24 giugno 2022, n. 917 della Regione Lombardia

deriva una temporanea sospensione delle garanzie strutturali del diritto concessorio, con la conseguente compressione della certezza giuridica dei titolari.

Seppur giustificata da finalità di tutela dell'approvvigionamento idropotabile e salvaguardia del comparto agricolo, questa flessibilità emergenziale accentua l'instabilità del quadro regolatorio, ridimensionando il ruolo della pianificazione distrettuale e imponendo una riflessione critica sulla compatibilità tra regime concessorio e gestione dell'eccezionalità come prassi ricorrente.

La giurisprudenza, peraltro, nei casi in cui ha esercitato un bilanciamento tra esigenze di tutela dell'ambiente e di preservazione della certezza e stabilità dei rapporti concessori, ha sistematicamente ritenuto prevalenti le prime sulla seconda. Ad esempio, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che le riduzioni dei quantitativi derivabili da un corpo idrico, motivate da esigenze ambientali e dalla determinazione del deflusso minimo vitale (oggi sostituito dal più ambizioso deflusso ecologico), non solo sono pienamente legittime, ma non danno neppure luogo a pretese indennitarie da parte del concessionario²³. Tali decisioni pongono l'interesse ambientale in posizione prioritaria, riconoscendone una valenza sovraordinata rispetto alla certezza del diritto soggettivo derivante dal titolo concessorio.

La Corte ha sottolineato, infatti, che l'interesse pubblico alla protezione ambientale può giustificare interventi limitativi nei confronti di diritti formalmente acquisiti, senza che ciò dia automaticamente luogo a responsabilità dell'amministrazione: secondo la Corte, in presenza di un titolo concessorio, le autorità possono disporre limitazioni ai prelievi per ragioni ambientali, qualora ciò risponda all'esigenza di garantire il deflusso ecologico e al dovere costituzionale di tutela dell'ambiente. Si tratta, dunque, di una conferma dell'impostazione secondo cui i diritti concessori sono soggetti a rimodulazione alla luce del mutato contesto normativo e ambientale.

Il rapporto concessorio si plasma oggi su un assetto idrologico in-

di "dichiarazione dello stato di emergenza regionale, di cui all'articolo 24, comma 9, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (codice della protezione civile) e all'articolo 21 della legge regionale 29 dicembre 2021, n. 27 (disposizioni regionali in materia di protezione civile), derivante dalla carenza di disponibilità idrica nel territorio della Regione Lombardia configurabile come rischio di protezione civile ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della l.r. 27/2021".

²³ Cass., SS.UU., 21 dicembre 2005, n. 28268, e successiva Cass., SS.UU., 12 gennaio 2021, n. 252.

stabile, dove l'attribuzione di volumi d'acqua deve continuamente confrontarsi con la disponibilità istantanea della risorsa e con la necessità di garantire il rispetto del deflusso ecologico. Nei fatti, le concessioni si configurano sempre più come provvedimenti amministrativi soggetti a modifiche, sospensioni e deroghe in funzione della variabilità ambientale.

4. *Governare l'incertezza?*

Riconoscere che l'ambiente e le relative esigenze di tutela assumono rilievo a partire dall'assegnazione e per tutta la durata del rapporto concessorio è un'affermazione che comporta implicazioni molto rilevanti sul piano giuridico. L'ambiente²⁴ è un sistema complesso che interagisce con altri sistemi complessi – e innanzitutto con la società umana – i quali, a loro volta, interagiscono tra loro nel sistema complesso più ampio che li contiene, cioè la biosfera.

Qualificare l'ambiente come sistema complesso e valorizzarne la componente sistemica implica superare la concezione giuridica che guarda alla natura come ad una somma algebrica di matrici (o risorse) facilmente scomponibili ed individuabili (acqua, suolo, aria e così via) e oggetto di specifiche forme di tutela per adottare una prospettiva diversa, maggiormente incline ad esaltare il dato funzionale – vale a dire, i servizi generati dall'ecosistema considerato – e le interdipendenze che caratterizzano la complessa rete di processi tra le diverse componenti del sistema²⁵.

²⁴ La letteratura dedicata ai sistemi complessi è molto ampia e, trattandosi di un modello concettuale, essa riguarda ambiti di applicazione eterogenei, che spaziano dalle scienze sociali a quelle naturali. Per alcuni riferimenti indispensabili si v., senza pretesa di esaustività, J.H. HOLLAND, *Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford, 2014; ID., *Signals and Boundaries: Building Blocks for Complex Adaptive Systems*, The MIT Press, 2014; ID., *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Cambridge, 1996; ID., *Emergence: From Chaos to Order*, Oxford, paperback, 2000; ID., *Adaptation in Natural and Artificial Systems: An Introductory Analysis with Applications to Biology, Control, and Artificial Intelligence*, MIT Press, ristampa, 1992; V. AHL, T.F.H. ALLEN, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, 1996; H. SIMON, *L'architettura della complessità*, in *Le scienze dell'artificiale* (trad. it.), Bologna, 1988, 208 ss.

²⁵ Tra molti, si segnalano: M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, in particolare 103 ss.; A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013; M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 713 ss.; R. COSTANZA, e altri, *Twenty years of ecosystem services: how far have we come and how far do we still need to go?*, in *Ecosyst. Serv.*, 2017, 1 ss.; B. Fung e altri, *Linking ecosystem processes and ecosystem services*, in *Curr. Opin. Environ. Sustain.*, 2013,

È noto che i problemi ambientali hanno spesso una natura multidimensionale e sono caratterizzati da tensioni ed esigenze per certi versi contrapposte: questioni globali e variabili regionali o locali, bisogni individuali ed istanze collettive, emergenze contingenti e interventi di medio-lungo periodo sono solo alcuni dei profili che consentono di tratteggiare, sia pure con un'inevitabile esemplificazione, il grado di variabilità nel tempo e nello spazio dei problemi che emergono in modo peculiare nel diritto ambientale.

Impredittività ed incertezza sono dunque caratteristiche connaturate ai problemi ambientali. E, se si ammette che ragioni di tutela dell'ambiente possano giustificare la compressione delle contrapposte esigenze di tutela della stabilità e certezza dei rapporti giuridici, maggiore è la durata di questi ultimi più la probabilità che sopravvenienze imprevedibili nel momento genetico del rapporto comportino modifiche anche profonde sull'assetto degli interessi cristallizzato nel provvedimento concessorio.

Un esempio paradigmatico è riscontrabile, nel settore in esame, se si esamina il passaggio dal "deflusso minimo vitale" al "deflusso ecologico"²⁶. Il deflusso ecologico rappresenta un parametro idrologico cruciale, finalizzato a prevenire prelievi idrici incompatibili con la sostenibilità ambientale, attraverso l'individuazione della quantità minima d'acqua da mantenere nel corpo idrico – o più propriamente nel sub-bacino idrografico – necessaria al conseguimento almeno dello "stato ecologico buono", secondo quanto stabilito dalla normativa vigente. Introdotto dalle autorità distrettuali in attuazione delle Linee guida emanate nel 2017²⁷, esso costituisce l'esito di una maturata consapevolezza scientifica

4 ss.; E. GOMEZ-BAGGETHUN e altri, *The history of ecosystem services in economic theory and practice: from early notions to markets and payment schemes*, in *Ecol Econ*, 2010, 1209 ss.; L. A. WAINGER e altri, *Can the concept of ecosystem services be practically applied to improve natural resource management decisions?*, in *Ecol. Econ.*, 2010, 978 ss.; C. KREMEN, *Managing ecosystem services: what do we need to know about their ecology?* in *Ecol. Lett.*, 2005, 468 ss.; AA.VV., *Valuing ecosystem services. Toward better environmental decision-making*, in *www.nap.edu*; M. HSIEH, C.L. MAGEE, *A new method for finding hierarchical subgroups from networks*, in *Social networks*, 2010, 234 ss.

Si è soliti attribuire a H. Simon, *The architecture of complexity*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 467 ss. la prima applicazione della teoria della gerarchia nel campo sociale, anche se alcuni ritengono che tali studi si collocassero nel solco di quelli compiuti da L. BERTALANFFY, *An outline of general systems theory*, in *British Journal for the philosophy of science*, 1950, 134 ss.

²⁶ Come condivisibilmente osserva E. BOSCOLO, *Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità*, cit.

²⁷ Decreto direttoriale n. 30/STA del 13 febbraio 2017, Linee guida nazionali per

e giuridica circa l'inscindibile connessione tra gli aspetti quantitativi e qualitativi delle risorse idriche, in passato disciplinati separatamente e spesso oggetto di regolazioni frammentarie. Tale parametro svolge una funzione determinante nel definire il regime idrologico coerente con gli obiettivi ambientali fissati dai Piani di Gestione dei distretti idrografici, e la sua determinazione avviene mediante complesse elaborazioni tecniche che combinano dati idraulici e ambientali, spesso articolati in matrici di calcolo multilivello. Il deflusso ecologico supera il precedente concetto di deflusso minimo vitale, cui era attribuito unicamente il ruolo di salvaguardia elementare delle condizioni di sopravvivenza degli ecosistemi fluviali, e si propone di assicurare condizioni idrologiche idonee al mantenimento e al recupero della funzionalità ecosistemica complessiva, in armonia con la naturale vocazione del sistema acquatico²⁸.

In questa luce, il deflusso ecologico si configura non solo come un parametro tecnico evoluto, ma come uno strumento giuridico dalle potenzialità trasformative, capace di ampliare in modo significativo e difficilmente pronosticabile nel lungo periodo il ventaglio degli interventi ammissibili in chiave pro-ambientale. A differenza del deflusso minimo vitale, orientato alla mera sopravvivenza biologica degli ecosistemi fluviali, il deflusso ecologico incorpora una visione sistemica e dinamica dell'ambiente, attenta alle relazioni funzionali tra le componenti abiotiche e biotiche e, in particolare, alla resilienza della biocenosi acquatica. Esso consente di modulare il regime dei prelievi idrici secondo obiettivi di riequilibrio e rigenerazione ecologica, rendendo giuridicamente percorribili forme di intervento più articolate, flessibili e adattive, in coerenza con le esigenze di sostenibilità e di custodia attiva della risorsa. In tal modo, il deflusso ecologico diventa uno snodo fondamentale della rego-

l'aggiornamento dei metodi di determinazione del deflusso minimo vitale funzionali al mantenimento del deflusso ecologico a sostegno del raggiungimento degli obiettivi di qualità ai sensi della Direttiva 2000/60/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo.

²⁸ Le indicazioni della Water Blueprint Strategy, redatta dalla Commissione Europea nel 2012, hanno posto in evidenza il ruolo cruciale che la gestione quantitativa delle acque riveste ai fini del conseguimento degli obiettivi fissati dalla Direttiva Quadro Acque 2000/60/CE, introducendo contestualmente il concetto di deflusso ecologico (ecological flow o e-flow), definito come "il volume d'acqua necessario affinché l'ecosistema acquatico possa continuare a svilupparsi e a garantire i servizi richiesti". L'esigenza di fondare la determinazione del deflusso ecologico su basi conoscitive più robuste ha portato la Commissione Europea a promuovere, nel 2015 e nell'ambito della Common Implementation Strategy, la pubblicazione di specifiche linee guida: CIS GUIDANCE DOCUMENT n. 31 – Ecological Flow in the implementation of the Water Framework Directive.

lazione ambientale, che riflette e insieme alimenta un nuovo paradigma concessorio, orientato non più alla cristallizzazione degli interessi, ma alla co-evoluzione degli assetti concessori con i processi ecologici in atto.

Emerge allora l'esigenza di individuare le condizioni giuridiche per ridurre e, per quanto possibile, governare l'incertezza certa che, nel quadro descritto, caratterizza i rapporti concessori in esame²⁹.

4.1. Auto-adattamento del provvedimento concessorio

Nel contesto delle concessioni idroelettriche, caratterizzato da una crescente instabilità ambientale e da una struttura concessoria esposta a variabili sempre più complesse, il tema dell'auto-adattamento del provvedimento assume un rilievo centrale. Si tratta, in particolare, di predisporre già in sede di gara un assetto regolativo che consenta al provvedimento concessorio di adattarsi automaticamente ad alcune sopravvenienze prevedibili, senza necessità di ulteriori atti modificativi o rinegoziazioni, e nel pieno rispetto del principio della par condicio tra gli operatori economici.

Tale esigenza nasce dalla consapevolezza che numerose variabili che incidono sull'equilibrio del rapporto concessorio – pur non essendo certe – sono tuttavia ragionevolmente prevedibili in base all'esperienza, ai dati storici o ai trend ambientali e climatici in atto. Eventi come cicli di siccità stagionali, variazioni periodiche dei livelli idrici o determinate esigenze di manutenzione ambientale non sono affatto eccezionali, ma statisticamente ricorrenti³⁰. In questi casi, una corretta impostazione della procedura selettiva dovrebbe già prefigurare nel bando di gara modalità precise con cui il provvedimento concessorio reagirà a tali circostanze, in modo automatico e standardizzato³¹.

L'inclusione *ex ante*, nella documentazione di gara, di clausole regolative chiare sull'adattamento del rapporto concessorio costituisce uno

²⁹ Il riferimento culturale più significativo in tal senso è rappresentato dai noti lavori di R. CRAIG, J.B. RUHL, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 67, No. 1, pp. 1-87, 2014; R. CRAIG ET AL., *A proposal for amending administrative law to facilitate adaptive management*, *Environmental Research Letters*, Vol. 12, No. 7, 074018, 2017.

³⁰ E va detto che, ad esempio, i fenomeni di siccità sono spesso, almeno in una certa misura, prevedibili, almeno nel medio periodo.

³¹ Secondo una logica che, seppure non perfettamente sovrapponibile, non sembra distante da quella accolta dall'art. 9, c. 4 del D. Lgs. n. 36 del 2023.

strumento di prevenzione del contenzioso, ma anche e soprattutto di tutela della concorrenza: tutti i partecipanti alla gara conoscono fin dall'inizio le regole del gioco, anche con riferimento alle modifiche possibili in corso di rapporto. In questo modo, si evita che eventuali adattamenti successivi possano generare sospetti o situazioni di disparità di trattamento tra operatori, consolidando l'equità e la trasparenza del procedimento di assegnazione.

Pertanto, tutto ciò che è ragionevolmente prevedibile – alla luce del contesto idrologico, ambientale, tecnico e normativo – dovrebbe confluire nel disegno originario del provvedimento concessorio, con la previsione puntuale delle condizioni che attivano l'adattamento e degli effetti che ne conseguono. L'auto-adattamento, inteso come reazione normativa incorporata nel provvedimento stesso, consente di conciliare la necessaria flessibilità dell'azione amministrativa con l'altrettanto necessaria certezza e stabilità degli assetti regolativi.

4.2 Monitoraggio

Nel contesto del nuovo diritto delle acque, una delle innovazioni più significative è rappresentata dall'introduzione e dal rafforzamento del monitoraggio come pratica ordinaria e strategica, che assume i tratti di una vera e propria istruttoria aperta e continua³².

Tradizionalmente, l'istruttoria amministrativa era concepita come una fase preordinata alla decisione finale, conclusiva di un procedimento stabile. Nell'ambito della gestione delle risorse idriche, questa impostazione risulta però inadeguata. Le condizioni idrologiche sono soggette a variazioni frequenti e repentine, dettate da andamenti climatici sempre meno prevedibili e ciò implica che l'allocazione della risorsa non possa fondarsi su dati statici, bensì debba essere costantemente aggiornata sulla base di osservazioni in tempo reale.

L'idea del monitoraggio come istruttoria permanente si fonda su due principi cardine: la dinamicità del contesto ambientale e la necessità di garantire una decisione informata, proporzionata e tempestiva³³. In tale

³² Come rileva E. BOSCOLO, *Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità*, cit.

³³ E infatti, il monitoraggio costituisce uno dei principi cardine dei contratti di fiume, come spiega C. LEONE, *I contratti di fiume negli argini del diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2024, in particolare 124 ss. L'Autrice si sofferma sul ruolo del monitoraggio *ex post*, che nella sua ricostruzione rappresenta una fase essenziale nella valutazione dell'attuazione dei Contratti di Fiume, poiché consente di verificare lo stato di

ottica, le autorità distrettuali, attraverso gli Osservatori permanenti, si pongono come snodi tecnici in grado di raccogliere, elaborare e diffondere dati aggiornati sulla disponibilità idrica, i livelli degli invasi, i flussi nei corpi idrici e lo stato degli ecosistemi.

Questa attività informativa non è meramente ricognitiva, ma acquisisce valenza procedurale: essa orienta direttamente le decisioni allocative e consente agli enti concedenti di adeguare, anche in corso di validità, le condizioni dei rapporti concessori. In tal senso, il monitoraggio assume la forma di un'istruttoria dilatata nel tempo, che si traduce in un flusso continuo di informazioni e valutazioni, superando la dicotomia tra fase istruttoria e provvedimentale.

Il valore giuridico del monitoraggio si esplica anche nell'attribuzione alle autorità tecniche della facoltà – e in prospettiva del dovere – di formulare direttive tecniche cogenti, capaci di vincolare le scelte allocative a livello regionale e locale. In questo quadro, la funzione conoscitiva non è più ancillare rispetto alla funzione decisionale, ma ne diventa il presupposto strutturale: il monitoraggio continuo permette così di configurare un diritto delle acque che evolve insieme al contesto, rispondendo alla sfida della scarsità non con strumenti eccezionali, ma attraverso una regolazione adattiva fondata sulla conoscenza.

Affinché il monitoraggio possa costituire uno strumento di contenimento dell'incertezza è ovviamente necessario che i dati raccolti siano stabilmente disponibili in modo trasparente, consentendo ai titolari di concessioni idroelettriche – e ovviamente, più in generale, a tutti i soggetti interessati – di adattare e calibrare le rispettive strategie economiche alle decisioni allocative che è ragionevole attendersi alla luce del contesto di riferimento.

avanzamento delle azioni, il raggiungimento degli obiettivi programmati e gli effetti sul territorio, inclusi eventuali impatti negativi. Esso non si limita alla mera raccolta di dati, ma implica un'analisi interpretativa, una diagnosi delle deviazioni rispetto alle previsioni e una terapia, intesa come proposta di interventi correttivi. Un sistema di monitoraggio efficace garantisce il controllo degli impatti e la capacità adattiva del processo decisionale. A livello nazionale, tale sistema si configura anche come strumento per valutare la maturità istituzionale degli attori locali e per orientare i processi verso il conseguimento degli obiettivi ambientali fissati dalle direttive europee in materia di acque, alluvioni e habitat.

Di fondamentale importanza sono i documenti citati dall'Autrice nelle note 95 e 96, rispettivamente M. BASTIANI, R. FIDANZA, G. GUSMAROLI, P. RIZZUTO (a cura di), *Il monitoraggio dei Contratti di Fiume. Percorsi per il rafforzamento della capacità di monitoraggio dei Contratti di Fiume italiani*, Osservatorio nazionale dei Contratti di Fiume, 2023. Disponibile in formato pdf al link: creiamopa.mite.gov.it e *Impostazione metodologica del sistema di monitoraggio per i Contratti di Fiume*, in www.contrattidifiume.it.

4.3. Rinegoziazione in buona fede

Il terzo strumento per governare l'incertezza che permea il rapporto concessorio è rappresentato dalla rinegoziazione in buona fede, che opera come clausola di chiusura del sistema delineato ai paragrafi precedenti. Se l'auto-adattamento (par. 4.1) permette di incorporare nei provvedimenti concessori meccanismi automatici di reazione a eventi prevedibili, e il monitoraggio continuo (par. 4.2) consente di ridurre l'incertezza collegata all'esercizio di poteri emergenziali e rende più prevedibili gli interventi delle autorità pubbliche – mettendo così i concessionari in condizione di adattare le proprie strategie alle circostanze verosimilmente prevedibili – la rinegoziazione rappresenta lo strumento giuridico idoneo ad affrontare le sopravvenienze imprevedibili, per loro natura non prefigurabili *ex ante* né governabili attraverso adattamenti automatici.

In un ambiente strutturalmente incerto, nel quale i mutamenti climatici, le tensioni ambientali e le trasformazioni socio-economiche rendono impossibile una completa anticipazione dei fattori di rischio, si impone la necessità che il diritto si faccia carico anche dell'imprevedibilità. In questo contesto, la rinegoziazione del rapporto concessorio secondo buona fede si configura come il meccanismo attraverso cui conciliare le esigenze di flessibilità dell'amministrazione concedente con le aspettative legittime del concessionario, garantendo così un assetto equo e sostenibile del rapporto nel tempo³⁴.

Il riferimento normativo più significativo in questa prospettiva è costituito dall'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)³⁵, che introduce il principio di conservazione dell'equili-

³⁴ Tra i contributi dottrinali più significativi sulla funzione integrativa della clausola di buona fede, senza alcuna pretesa di esaustività: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, 1953; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, 1969; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in Comm. Schlesinger, 1999.

Per una ricostruzione dell'affermazione, a livello nazionale, dell'esigenza di riconoscere rilevanza ai mutamenti di fatto verificatisi nel corso dell'esecuzione del contratto, si v. M. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Giur. It., 2023, 1975 ss.; F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, Enc. Dir., Anali, II, 2008, 1026 ss.

³⁵ Su cui si v. S. VINTI, Art. 9 – *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in A. Botto, S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, 2024, 97 ss.; S. SPUNTARELLI, Art. 9 – *Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pacini, 2024, 45 ss.; B. GILIBERTI, Art. 9, in L. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, 71 ss.; S. VINTI, *Conservazione dell'equi-*

brio contrattuale³⁶. Tale norma prevede espressamente che, in presenza di circostanze imprevedibili, la parte che si trovi in posizione di svantaggio possa richiedere la rinegoziazione del contratto, al fine di ripristinare l'equilibrio originario, e sempre nei limiti di tale riequilibrio. In tal modo, il legislatore ha codificato un principio già in parte accolto dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa, attribuendo alla buona fede un ruolo operativo nella tenuta dei rapporti contrattuali pubblici³⁷.

Il modello in esame, pur formalmente riferito ai contratti pubblici disciplinati dal Codice, si presta ad essere richiamato – quantomeno in via analogica – anche in ambito concessorio. Tuttavia, occorre adottare un'interpretazione prudente³⁸. Poiché le concessioni idroelettriche non ricadono ordinariamente nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, è opportuno che il principio della conservazione dell'equilibrio sia espressamente richiamato negli atti di gara, affinché trovi applicazione anche in sede di esecuzione del rapporto concessorio. Ciò è particolarmente rilevante nei bandi relativi all'assegnazione di concessioni, dove la predeterminazione delle regole del gioco riveste importanza cruciale per la trasparenza, la parità di trattamento e l'affidamento degli operatori.

D'altro canto, l'esplicita valorizzazione di questo principio nel Codice dei contratti pubblici dimostra che, nelle situazioni in cui emergano conflitti tra sopravvenienze imprevedibili e diritti consolidati in sede concessoria, la rinegoziazione in buona fede tesa al ripristino dell'equilibrio originario rappresenta una soluzione giuridicamente ammissibile e coerente con i principi generali dell'ordinamento³⁹. Essa consente di

librio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva, Federalismi.it, 2023; M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, numero speciale de *Il foro italiano* 1/2023, Latribuna, 2023, 17 ss.

³⁶ Per una ricognizione delle limitate ipotesi di revisione bilaterale dei contratti nel codice previgente: S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2022, 159-160; A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici – Report annuale 2013 Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1, 2013, 18 ss.

³⁷ I limiti sanciti dall'art. 9, c. 2 del nuovo Codice, che consistono nel finalizzare la rinegoziazione al ripristino dell'equilibrio contrattuale perduto e nella non alterazione della sostanza economica del rapporto obbligatorio, hanno evidentemente lo scopo di evitare che lo strumento della rinegoziazione possa essere utilizzato per eludere la par condicio competitorum.

³⁸ Anche nella consapevolezza del dibattito sulla necessità o meno che la rinegoziazione sia prevista con esplicita previsione normativa, su cui v. V. JACOMETTI, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law*, Giappichelli, 2022.

³⁹ A proposito dell'art. 9 del Codice dei contratti pubblici, G. D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, Dir.

evitare sia l'azzeramento del rapporto concessorio, che si risolverebbe in un'insostenibile perdita di valore economico e sociale, sia l'immutabilità dello stesso, che si tradurrebbe in una cristallizzazione dannosa degli assetti concessori, incapace di tenere conto dell'evoluzione del contesto.

D'altro canto, in presenza di circostanze sopravvenute pregiudizievoli sul piano dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto il rischio di comportamenti opportunistici da parte degli operatori economici è elevato; in questa prospettiva, la rinegoziazione in buona fede tesa al ripristino dell'originario equilibrio del rapporto concessorio può costituire un valido rimedio contro il rischio di una diminuzione qualitativa delle prestazioni da parte del privato⁴⁰.

In definitiva, l'inserimento di clausole di rinegoziazione in buona fede nel provvedimento concessorio, esplicitamente orientate alla conservazione dell'equilibrio originario in presenza di eventi straordinari e imprevedibili, costituisce un elemento essenziale di una regolazione adattiva delle concessioni. Esso consente di salvaguardare la legittima posizione del concessionario senza sacrificare le esigenze sopravvenute di tutela dell'ambiente e di interesse pubblico, realizzando un equilibrio sostenibile tra stabilità e flessibilità nella gestione della risorsa idrica.

5. *Conclusioni: dalla stabilità del provvedimento alla stabilità dell'equilibrio economico-finanziario della concessione*

L'analisi condotta evidenzia come le concessioni idroelettriche rappresentino un paradigma privilegiato per osservare le tensioni e le trasformazioni del diritto amministrativo nella contemporanea stagione della transizione ecologica e della demanialità custodiale delle acque. L'originario modello di stabilità e rigidità dell'assetto concessorio, fondato sulla prevedibilità della risorsa e sulla cristallizzazione degli interessi, si rivela oggi inadeguato di fronte alla crescente instabilità idrologica e all'emergere di esigenze ambientali sovraordinate.

Economia, 2024, 11 ss. osserva che "il diritto amministrativo, per sua natura particolarmente attrezzato a gestire le sfide proprie delle stagioni di transizione, si è dimostrato pronto a cogliere nella saldatura tra disciplina del contratto e dinamiche concorrenziali del mercato l'occasione per uno slancio di «progettualità a livello sistematico» che appare suscettibile di importanti ricadute in una rinnovata prospettiva unitaria e generale del sapere giuridico" 73-74).

⁴⁰ Come ha osservato Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2022, n. 5667, in *www.giustizia-amministrativa.it*, rispetto all'istituto della revisione dei prezzi.

I tre strumenti esaminati – auto-adattamento del provvedimento concessorio, monitoraggio continuo e rinegoziazione in buona fede – costituiscono altrettanti tasselli di un modello di regolazione adattiva, in grado di contemperare la necessaria flessibilità delle scelte allocative con la tutela dell'affidamento legittimo degli operatori. L'auto-adattamento consente di reagire automaticamente a circostanze prevedibili, il monitoraggio strutturato trasforma l'istruttoria in processo continuo di aggiornamento e trasparenza, mentre la rinegoziazione in buona fede fornisce una soluzione giuridica per fronteggiare eventi sopravvenuti e imprevedibili, nel rispetto dell'equilibrio contrattuale originario.

Tuttavia, restano aperti alcuni nodi problematici: innanzitutto, la piena operatività della rinegoziazione richiede un esplicito fondamento normativo o regolatorio nell'ambito delle concessioni, al fine di evitare incertezze interpretative e contenziosi. In secondo luogo, la tensione tra esigenze di tutela ambientale e salvaguardia degli investimenti privati impone una riflessione più ampia sul ruolo e sui limiti dell'intervento pubblico in un contesto di rischio sistemico e cambiamento climatico permanente. Il versante della tutela giurisdizionale è anch'esso foriero di incertezze ed interrogativi profondi: per le controversie eventualmente devolute alla giurisdizione amministrativa, è ad esempio incerta l'esatta estensione del sindacato sull'esercizio di poteri amministrativi che, in una logica propriamente adattiva, incidano su rapporti concessori in corso di esecuzione, così come l'adeguatezza della disciplina dell'istruttoria processuale rispetto a controversie del genere.

Infine, la stessa costruzione dell'equilibrio economico-finanziario della concessione richiede di essere ripensata non solo come parametro statico, ma come concetto dinamico e adattabile, capace di assorbire gli effetti delle mutevoli condizioni ambientali e normative.

Pur nella consapevolezza dei problemi e dei limiti che l'operazione qui suggerita presenta, va tenuto presente che, come si è visto nel terzo paragrafo, l'unica alternativa fino ad oggi sperimentata consiste nella sistematica attivazione di poteri emergenziali che producono soluzioni spesso fondate su accertamenti istruttori sommari e implicano, comunque, una compressione delle tutele ordinariamente riconosciute alle posizioni giuridiche dei privati.

In questa prospettiva, il diritto delle concessioni non può che aprirsi a logiche di co-evoluzione con l'ambiente, accettando che l'incertezza è una condizione strutturale e che il governo giuridico dell'acqua non può prescindere da strumenti flessibili, trasparenti e fondati su buona fede e cooperazione.

SARA SPUNTARELLI

IL POSSIBILE ADEGUAMENTO DELLA DURATA DELLE CONCESSIONI PER PICCOLE DERIVAZIONI A USO IDROELETTRICO: NECESSITÀ DI UN TEMA TEORICO NUOVO?

La necessità di pensare sul piano teorico un istituto di adeguamento del provvedimento amministrativo può misurarsi a partire da un caso specifico di recente portato all'attenzione della Corte costituzionale da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ricorrente in via principale.

La vicenda muove dalla disposizione di una legge regionale dell'Emilia Romagna (art. 3, comma 2 *bis* l.r. 28 dicembre 2023, n. 17) che stabilisce per il concessionario di piccole derivazioni ad uso idroelettrico, che abbia ottenuto incentivi per la produzione di energia elettrica connessi alla derivazione, la possibilità di fare istanza per ottenere che la durata della concessione sia allineata al periodo degli incentivi ottenuti, ferma restando la durata massima trentennale della concessione¹.

La possibilità riconosciuta dalla disposizione in parola fa riferimento alle sole concessioni di derivazione ad uso idroelettrico fino a 3000 kilowatt (cc.dd. piccole derivazioni e cioè quelle al di sotto della soglia fissata dall'art. 6 del R.D. 1775/1933) ed è sottoposta a tre condizioni inverte dalla presentazione di un'istanza da parte del concessionario, dalla strumentalità dell'allineamento della durata della concessione al periodo necessario per fruire integralmente degli incentivi ottenuti per la produzione di energia da fonti rinnovabili e, infine, dal rispetto del termine di trenta anni come durata complessiva della concessione (termine previsto dall'art. 21, R.D. n. 1775/1933).

¹ La disposizione, nell'ambito della legge regionale rubricata "Disposizioni collegate alla legge regionale di stabilità per il 2024", modifica l'art. 10, l.r. Emilia Romagna 23 dicembre 2004, n. 26 (Disciplina della programmazione energetica territoriale ed altre disposizioni in materia di energia), aggiungendo il comma 2 *bis*, a norma del quale: «Qualora il concessionario di derivazioni ad uso idroelettrico fino a 3000 kilowatt abbia ottenuto incentivi per la produzione di energia elettrica connessi alla derivazione, la durata della concessione, previa istanza presentata da parte del concessionario, è allineata al periodo incentivante di riconoscimento degli incentivi, ferma restando la durata massima trentennale prevista all'articolo 21 del Regio Decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 (Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e sugli impianti elettrici)».

A fronte di tale disposizione regionale lo Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (cd. Direttiva Servizi), che impone il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza nelle procedure di selezione per l'assegnazione delle concessioni, quando il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità di risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili². Quest'ultima disposizione stabilisce, inoltre, che l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere una procedura di rinnovo automatico³.

In altre parole, risulterebbe applicabile anche alle concessioni di piccole derivazioni quanto stabilito dalla Direttiva Servizi, e recepito nell'ordinamento italiano⁴, in quanto attività economica consistente nella produzione di energia idroelettrica, in base alla considerazione che l'acqua costituisce una risorsa naturale scarsa che si presta allo sfruttamento economico laddove destinata alla produzione di energia elettrica. Peraltro, l'equiparabilità dei principi che presiedono al rilascio delle concessioni di impianti di maggiore potenza alle piccole concessioni viene argomentata anche con riferimento a pareri rilasciati dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato⁵.

Ulteriore parametro di legittimità invocato era l'art. 117, comma 3, Cost. in relazione alla violazione, nella materia di legislazione concorrente «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», delle disposizioni del R.D. n. 1775/1993 recate negli articoli 21, 28 e 30, quale parametro interposto⁶. In particolare, tali disposizioni affermano i principi della temporaneità delle concessioni anche di piccole derivazioni

² Il ricorso è stato depositato in cancelleria il 27 febbraio 2024, iscritto al n. 5 del registro ricorsi 2024 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 11, prima serie speciale, del 13 marzo 2024.

³ Art. 12, comma 2, Direttiva Servizi.

⁴ Con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

⁵ Cfr. parere dell'AGCM n. S4219 in merito alla l. Provincia Autonoma di Trento n. 6/2021; la stessa Autorità con segnalazione AS17223 ha evidenziato il possibile contrasto con i principi a tutela e promozione della concorrenza e di libertà di stabilimento, nonché con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, delle normative regionali facenti rinvio al procedimento di rinnovo automatico delle concessioni in scadenza.

⁶ La materia delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica afferisce alla potestà legislativa concorrente i cui principi fondamentali non tollerano eccezioni sull'intero territorio nazionale: Corte cost. nn. 14, 69 e 177 del 2018.

di acqua, la cui durata non può eccedere i trenta anni, e della rinnovabilità solo previa verifica da parte dell'autorità competente dell'uso dell'acqua sul territorio, anche in relazione alle possibili ricadute sfavorevoli del mantenimento della concessione sul fabbisogno idrico generale.

Secondo la tesi dell'Avvocatura, pertanto, la disposizione regionale consentirebbe un «rinnovo tacito», elusivo dei principi concorrenziali di pubblicità e trasparenza in quanto volto ad escludere potenziali offerenti, dal momento che l'automatico prolungamento si tradurrebbe nel beneficio della proroga della concessione originaria in ragione dell'allineamento al periodo di incentivazione.

A sostegno di tale tesi è stata richiamata anche la giurisprudenza eu-rounitaria formatasi sulle concessioni ad uso idroelettrico⁷, nonché la giurisprudenza nazionale in ordine a questioni concernenti il rinnovo delle concessioni demaniali⁸.

Inoltre, secondo parte statale la ritenuta proroga automatica sarebbe irragionevole in quanto il regime incentivante andrebbe associato all'impianto e non alla figura del concessionario che andrebbe a realizzare un margine di arricchimento ulteriore rispetto ai costi dell'investimento ammortizzati in relazione alla durata originaria della concessione.

Anche per tale via si appaleserebbe la violazione da parte della disposizione regionale del parametro costituzionale dell'art. 117, comma 2, lett. e) sulla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza che, per pacifica lettura giurisprudenziale, ha natura trasversale in grado di influire su materie attribuite alla competenza concorrente o residuale delle Regioni, come nel caso dell'accesso degli operatori economici al mercato dell'energia.

A fronte di tali argomenti la Corte costituzionale, con ordinanza n 161

⁷ In particolare, sentenza 14 luglio 2016, causa C-458/14, *Promoimpresa*, punti 50 e 51.

⁸ Tribunale superiore delle acque pubbliche, 13 dicembre 2018, n. 201, in *Foro it.*, n. 2, 2020, III, 77 ss. con nota di A. TRAVI, ha disapplicato l'art. 30 R.D. n. 1775/1933, «nella parte in cui consente il rinnovo di un contratto di concessione, senza la previa indizione di una procedura, trasparente e conoscibile, che consenta ai terzi che vi hanno interesse di formulare una proposta concorrente, sulla base dei principi di derivazione comunitaria per i quali, quando l'amministrazione attribuisce occasioni di vantaggio a privati in relazione a beni pubblici la cui disponibilità sia limitata, deve rispettare i principi di non discriminazione e pari trattamento, corollari di quello di concorrenza su cui si basa il Trattato UE»; cfr. Corte Cass. 16 settembre 2020, n. 1082 e Corte cost. 29 gennaio 2021, n. 10. In tema si v. G. CAPRA, *I rinnovi delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica: tra autoproduzione, scarsità della risorsa idrica e strumentalità dell'uso dell'acqua*, in *Federalismi.it*, 23 aprile 2024.

del 2024⁹, ha ritenuto necessario rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale concernente l'applicabilità o meno dell'art. 12, paragrafi 1 e 2, Direttiva Servizi, anche agli impianti che svolgono attività di mera produzione di energia elettrica, quali gli impianti di piccole derivazioni idroelettriche. Su questo punto la Corte costituzionale spende argomenti circa la qualificazione dell'attività di produzione di energia, mediante impianti connessi a piccole derivazioni idroelettriche, quale bene ovvero servizio¹⁰. Inoltre, una seconda questione pregiudiziale investe l'interpretazione della medesima disposizione sotto il profilo del riferimento al requisito della scarsità delle risorse idriche.

Sul piano generale le questioni poste dalla Corte costituzionale si collocano nel contesto più ampio di una dialettica che vede contrapposte le posizioni, da un lato, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato circa la necessità di applicare la procedura di gara anche per i rinnovi delle concessioni di piccole derivazioni idroelettriche in ottemperanza alla Direttiva Servizi e dall'altro, delle amministrazioni territoriali che eccepiscono la carenza di una disciplina nazionale esplicita al riguardo¹¹.

È però sulla terza questione pregiudiziale che intendo spendere qualche riflessione. Il quesito interpretativo concerne l'interrogativo, anche nel caso in cui fosse ritenuta applicabile la Direttiva Servizi, circa la possibilità di ritenere o meno che essa vieti una normativa nazionale che preveda una proroga della durata della concessione, motivata dall'esigenza di consentire al concessionario l'utilizzo integrale degli incentivi ottenuti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, fermo restando il rispetto della durata massima di trent'anni, che, peraltro, sin dall'inizio può essere assegnata a una concessione per piccola derivazione idroelettrica.

Sotto questo profilo, la tesi prospettata in atti e in udienza pubblica del 3 luglio 2024 dalla Regione Emilia-Romagna è incentrata sulla *ratio* della disposizione regionale volta a regolare la durata della concessione nel suo primo svolgimento in maniera complessa, in quanto il concessionario – che si impegni in un investimento di portata tale da ottenere, a

⁹ Corte cost., ord. 7 ottobre 2024, n. 161.

¹⁰ A. PERSICO, *Sull'(in)applicabilità della direttiva servizi alle (piccole) concessioni idroelettriche*, in *Federalismi.it*, 12 febbraio 2025.

¹¹ Si consideri ad esempio la l.r. Veneto 10 febbraio 2025, n. 1 che proroga le piccole concessioni idroelettriche fino al 31 luglio 2029 in ragione dell'assenza di un quadro normativo nazionale finalizzato a disciplinare le procedure competitive in sede di rinnovo delle piccole concessioni, nonché della difficoltà di regolare il destino delle opere realizzate dal concessionario uscente (l'impianto idroelettrico è di proprietà del concessionario e spesso lo è anche il terreno).

seguito di una procedura competitiva, l'acquisizione degli incentivi statali – può ottenere una estensione della durata della concessione in atto, allineata alla durata degli incentivi statali.

La disciplina regionale non consentirebbe, a questa stregua, un vero rinnovo – cioè un ciclo uguale all'originale – e nemmeno una proroga di concessioni scadute o in scadenza, ma una durata flessibile del ciclo originario della concessione: si tratta di una rideterminazione della durata nel corso della concessione che è nel suo pieno vigore e molto spesso all'inizio, in ragione di una circostanza precisa, quale l'ottenimento degli incentivi statali, e finalizzata sia al raggiungimento degli obiettivi pubblici legati all'incentivazione riconosciuta, sia all'interesse del concessionario a godere interamente degli incentivi ottenuti.

La difesa della Regione sostiene in ultima analisi che la disposizione regionale sia logica e ragionevole poiché, in assenza dell'allineamento della durata della concessione, l'incentivazione andrebbe persa: infatti, non vi sono norme statali sulla trasmissione di impianti di proprietà del concessionario, né sul trasferimento degli incentivi a eventuali altri concessionari. In ogni caso, la normativa regionale non si porrebbe in contrasto con i principi nazionali, in quanto la durata complessiva delle concessioni 'rideterminate' comunque non può, per previsione espressa, eccedere i trenta anni.

In disparte le ulteriori considerazioni circa le caratteristiche delle piccole concessioni idroelettriche – rispetto alle quali a parere della Regione non si pone un problema di prestazione di servizi che implicherebbero il rispetto della direttiva 123 del 2006 – la disposizione disciplina un istituto di adeguamento del provvedimento concessorio che pare rispondere, pur nella specificità del sistema delle piccole derivazioni idroelettriche, alla salvaguardia sia degli interessi pubblici che di quelli del privato (anche in considerazione del fatto che il concessionario in questi casi realizza con investimenti impianti che rimangono di sua proprietà), in presenza di circostanze precise, che non lasciano quindi un margine incondizionato all'esercizio della discrezionalità amministrativa, e che sembra rispondere al canone del buon andamento dell'amministrazione, costituzionalmente tutelato.

Il tema del possibile adeguamento del contenuto del provvedimento amministrativo ai mutamenti della realtà di fatto merita una riflessione teorica che introduca la considerazione del provvedimento e del procedimento come istituti in grado di superare la sola concezione del provvedimento come atto puntuale stabile, epilogo di un procedimento esaurito e si configurino come ciclo di vita procedimentale nel cui contesto il provvedimento può subire adeguamenti per effetto di mutamenti della realtà fattuale.

Tradizionalmente, nel diritto amministrativo l'esigenza di adeguare la cura dell'interesse pubblico alle dinamiche di mutamento del contesto fattuale o giuridico di riferimento sono state perseguite tramite i provvedimenti di secondo grado, in particolare attraverso la revoca, intesa come strumento di ripensamento e adeguamento dell'assetto di interessi stabilito dal provvedimento.

Si tratta però di soluzioni, per un verso, strutturate soltanto per rispondere alle mutazioni o alle differenti valutazioni dell'interesse pubblico (e non anche alle esigenze di flessibilità proprie degli operatori privati) e, per altro verso, implicanti un 'azzeramento' del titolo amministrativo.

Appare, viceversa, necessario fornire una cornice teorica al possibile meccanismo di adeguamento del provvedimento amministrativo, ancorato a presupposti in grado di modellare l'esercizio della discrezionalità nel rispetto dei principi di legalità e tipicità.

La questione dibattuta intorno alla disposizione regionale esaminata dimostra che non è forse sufficiente la mera previsione di legge per introdurre meccanismi di adeguamento del provvedimento ai mutamenti fattuali. Tali meccanismi pretendono, invece, anche una chiara distinzione teorica che li identifichi e che appare più vicina alla costruzione degli elementi accessori che agli istituti tradizionali di modifica e rinnovamento del provvedimento che funzionano quali nuove vicende procedimentali e provvedimentali come nei casi di proroga, rinnovo e revoca.

CARMELA LEONE

ADAPTIVE MANAGEMENT E SFIDE AMBIENTALI

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Strategie adattive e partecipazione: un modello giuridico dinamico. – 3. I Contratti di Fiume. – 4. Monitoraggio. – 5. Considerazioni conclusive

1. *Premesse*

Il contributo mira a esaminare le implicazioni giuridiche della gestione adattiva e della partecipazione pubblica nei processi decisionali, con particolare attenzione alle dinamiche istituzionali e ai vincoli normativi che regolano tali strumenti. L'obiettivo è delineare un quadro teorico e operativo che consenta di integrare flessibilità gestionale e garanzie procedurali al fine di rispondere in modo efficace alle sfide ambientali e territoriali.

Giova partire dalla disamina della gestione adattiva, che rappresenta un paradigma decisionale fondato: a) sulla sperimentazione costante e sull'aggiornamento continuo delle strategie attraverso il monitoraggio sistematico degli impatti e delle variabili in gioco; b) sulla valutazione periodica dell'efficacia delle misure adottate; c) sull'adattamento dinamico delle strategie operative sulla base delle evidenze empiriche¹. In questo contesto, il processo decisionale non è concepito come statico e definitivo, bensì come un meccanismo flessibile e reversibile.

Ebbene, è stato già messo in evidenza dalla dottrina² che in un contesto segnato dalle crisi ambientale, climatica ed energetica è necessario superare i paradigmi rigidi della pianificazione tradizionale, orientandosi verso strumenti adattivi e flessibili capaci di integrare gli interessi ambientali fin dalle fasi preliminari della pianificazione, in linea con i principi di sostenibilità e precauzione sanciti dal Codice dell'Ambiente. La pianificazione deve, pertanto, garantire non solo la limitazione al consumo di suolo, ma anche il mantenimento delle reti ecologiche, attraverso com-

¹ R. K. CRAIG-J.B. RUHL, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt law Review*, 2014, 5.

² E. BOSCOLO, *Ambiente nell'urbano e nell'extraurbano. Tecniche urbanistiche di tutela degli ecosistemi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 1/2024.

pensazioni ambientali e approcci innovativi, come la promozione di aree verdi, la riduzione delle isole di calore, il miglioramento del drenaggio e l'adozione di strategie integrate per la mobilità sostenibile e la logistica urbana. Le recenti normative europee e regionali, come la *Nature Restoration Law* e i nuovi strumenti di pianificazione, richiedono una visione capace di collocare l'interesse ambientale in una posizione preminente sin dalla fase conoscitiva del piano: un procedimento che orienta, sin dalla fase di raccolta della conoscenza, l'itinerario di formazione del piano, con l'obiettivo di collocare *ab intro* l'interesse ambientale in posizione preminente dalla fase iniziale fino alla fase di monitoraggio³.

Tale premessa vuole essere sussunta in un caso emblematico di gestione adattiva, che è costituito dai Contratti di Fiume, strumenti volontari di programmazione negoziata volti alla riqualificazione eco-paesaggistica e alla tutela delle risorse idriche, che verranno presi in considerazione sotto il precipuo profilo del monitoraggio, elemento essenziale del processo decisionale adattivo.

Attraverso i Contratti di Fiume è, infatti, possibile promuovere politiche ambientali sostenibili, adattive e conformi ai principi costituzionali, offrendo un quadro giuridico solido e dinamico per affrontare le sfide contemporanee.

L'analisi vuol partire da un modello già preso in considerazione in questo volume⁴, sperimentato ed applicato in paesi d'oltreoceano⁵.

³ E. BOSCOLO, *Ambiente nell'urbano e nell'extraurbano. Tecniche urbanistiche di tutela degli ecosistemi*, cit.

⁴ E. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, in questo Volume,

⁵ R. K. CRAIG-J.B. RUHL, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, cit., 2014, 1. Sul punto si vuol rinviare a C.R. ALLEN, J.J. FONTAINE, K.L. POPE, A.S. GARMESTANI, *Adaptive management for a turbulent future*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5) 2011, 1339-1345; D. ARMITAGE, M. MARSCHKE, R. PLUMMER, *Adaptive co-management and the paradox of learning*, in *Global Environmental Change*, 18(1) 2008, 86-98; C.S. HOLLING, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, Wiley, Chichester 1978; L. RIST, B.M. CAMPBELL, P. FROST, *Adaptive management: where are we now?*, in *Environmental Conservation*, 40(1) 2013, 5-18; M.J. WESTGATE, G.E. LIKENS, D.B. LINDENMAYER, *Adaptive management of biological systems: A review*, in *Biological Conservation*, 158 2013, 128-139; C.J. WALTERS, *Adaptive Management of Renewable Resources*, MacMillan, New York 1986; K.N. LEE, *Appraising Adaptive Management*, in *Conservation Ecology*, 3(2) 1999, 3; B.K. WILLIAMS, *Adaptive management of natural resources-framework and issues*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5) 2011, 1346-1353.

2. Strategie adattive e partecipazione: un modello giuridico dinamico

La gestione adattiva, nota anche come *Adaptive Management*, rappresenta un approccio innovativo e flessibile alla regolazione amministrativa. Si tratta di un metodo che consente alle amministrazioni di monitorare costantemente i risultati delle proprie politiche, valutarne periodicamente l'efficacia e regolare le azioni sulla base delle nuove informazioni raccolte. Questa flessibilità si rivela particolarmente utile in settori caratterizzati da dinamiche complesse e in continua evoluzione, come la gestione ambientale, la regolamentazione dei sistemi finanziari e i programmi di *welfare* sociale.

Gli studiosi del modello evidenziano come un quadro normativo, fondato su procedure rigide e decisioni definitive, possa rappresentare un ostacolo per l'attuazione di strategie dinamiche: processi di consultazione pubblica complessi, controlli legali stringenti e la necessità di garantire trasparenza e partecipazione spesso rallentano l'adozione di misure efficienti. Tuttavia, queste difficoltà non devono tradursi in un arretramento delle garanzie democratiche, bensì spingere verso modelli più agili, ma egualmente solidi sul piano giuridico. Per superare siffatti limiti propongono un sistema innovativo chiamato *Adaptive Management Track*. Questo approccio si affianca alle procedure tradizionali e introduce meccanismi specifici per affrontare contesti che richiedono adattamenti continui. Si parte dalla definizione di piani di gestione chiari, corredati da obiettivi misurabili e strumenti di monitoraggio, per giungere, poi, ad una fase di implementazione, che prevede anche la possibilità di interventi d'emergenza, e si conclude con un sistema di revisione iterativa, volto a modificare le strategie quando necessario. La partecipazione pubblica rappresenta uno degli aspetti centrali nella gestione adattiva, ma nel contesto del diritto amministrativo emergono sia vantaggi che svantaggi rispetto alla sua applicazione. I vantaggi della partecipazione si riscontrano principalmente nel rafforzamento della trasparenza e della legittimità democratica del processo decisionale. La possibilità per i cittadini e le associazioni di contribuire alla definizione degli obiettivi e delle strategie promuove un senso di responsabilità collettiva, favorendo un controllo diffuso sull'operato delle amministrazioni. Questo coinvolgimento aumenta anche la qualità delle decisioni, integrando nel processo conoscenze locali e punti di vista diversificati, che possono rivelarsi preziosi soprattutto in contesti complessi e dinamici.

Tuttavia, gli svantaggi emergono quando la partecipazione entra in conflitto con la flessibilità richiesta dalla gestione adattiva: le procedure

tradizionali di consultazione pubblica, che prevedono notifiche formali, commenti scritti e audizioni, tendono a essere lente e rigide. Questo può ritardare le decisioni e ostacolare la capacità di rispondere rapidamente ai cambiamenti o ai risultati del monitoraggio continuo.

Per affrontare queste criticità, gli studiosi suggeriscono un modello di partecipazione adattiva che prevede forme più snelle e iterative di coinvolgimento pubblico. In questo schema, la partecipazione non si esaurisce nelle fasi preliminari, ma si distribuisce lungo l'intero ciclo di gestione, consentendo aggiornamenti e revisioni continue. Tale approccio mira a conciliare il principio della trasparenza con la necessità di decisioni rapide e flessibili, senza compromettere la legittimità democratica.

In conclusione, la partecipazione pubblica nella gestione adattiva si configura come un'arma a doppio taglio: da un lato, rappresenta un pilastro della democrazia amministrativa, dall'altro, rischia di ostacolare l'efficacia e la tempestività delle politiche dinamiche. La sfida è trovare un equilibrio tra queste due esigenze, creando procedure che preservino il controllo pubblico senza soffocare l'innovazione e l'adattabilità del processo decisionale.

Un esempio emblematico di gestione adattiva è costituito dai Contratti di Fiume, strumenti volontari di programmazione negoziata che coinvolgono amministrazioni pubbliche, privati e cittadini nella tutela e riqualificazione dei bacini idrografici. Questi contratti si basano su una *governance* multilivello, che coordina enti e *stakeholders*, e sulla responsabilizzazione collettiva attraverso obblighi formalizzati e verificabili. La loro struttura flessibile consente di apportare modifiche in risposta ai risultati monitorati.

Il monitoraggio costituisce il cuore dell'approccio adattivo. È un processo articolato che inizia con la definizione di indicatori di performance e risultati attesi, prosegue con controlli periodici sugli obiettivi intermedi e sull'identificazione di eventuali scostamenti e si conclude con una valutazione finale degli esiti e la formulazione di proposte migliorative.

Questa metodologia garantisce non solo la conformità procedimentale, ma anche la capacità di rispondere prontamente alle criticità, evitando fenomeni di inerzia amministrativa.

3. I Contratti di Fiume

I Contratti di Fiume rappresentano lo strumento per coordinare l'azione delle diverse amministrazioni (risolvendo così le inefficienze di una

complessità multilivello) e nel contempo per ottenere l'apporto, da un lato, dei cittadini interessati al miglioramento delle politiche ecologiche delle acque e, dall'altro, degli stakeholders, capaci di investire risorse economiche⁶.

In questo contesto, i Contratti di Fiume svolgono un ruolo cruciale perché presuppongono la partecipazione sia di diverse amministrazioni, quali quelle regionali, provinciali e locali, sia di diverse categorie di privati, come gli imprenditori della zona, le associazioni istituite per la promozione turistica o i singoli cittadini, proprietari, ad esempio, di appezzamenti di terreno prossimi ai corsi d'acqua. Ciascuno di questi soggetti interviene a vario titolo nel progetto, apportando contributi di varia entità e natura e ottenendone una utilità⁷.

La dottrina, che prima di tutti ha studiato siffatti strumenti, ha sottolineato che la portata innovativa del Contratto di Fiume risiede nel fatto che introduce nell'ordinamento giuridico italiano uno strumento volontario che concorre alla definizione e attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto attraverso l'adesione volontaria da parte di attori pubblici e privati a un processo condiviso «che attiva meccanismi di responsabilizzazione di ciascun soggetto nell'attuare gli impegni assunti e nel portare avanti le azioni concordate per la salvaguardia di un "bene comune", in una logica "custodiale" della risorsa»⁸.

Nelle riflessioni dei politologi si delinea un concetto di "cura" che implica una responsabilità della cittadinanza che non si ferma al voto, ma si estende al compito collettivo continuo di ripensare la pratica, le istituzioni e i valori democratici attraverso quattro declinazioni: attenzione, responsabilità, competenza e reattività⁹.

⁶ Mi sia consentito di rinviare a C.LEONE, *I contratti di fiume negli argini del diritto amministrativo*, Napoli, 2024 anche per la bibliografia completa in materia di contratti di fiume tra cui E. BOSCOLO *Introduzione*, in *I Contratti di Fiume: riflessioni interdisciplinari*, (a cura di) C. LEONE, Milano, 2024; V. PARISIO, *Risorse idriche, Contratti di Fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2023, 190.

⁷ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, Milano, 2012, 70. Sono soprattutto i Contratti di Fiume, che costituiscono un capitolo del tutto originale della programmazione negoziata proiettato oltre i modelli a suo tempo tracciati dalla l. 23 dicembre 1996, n. 662, a venire in rilievo in questo orizzonte di politiche locali, volontarie, contrattualizzate.

⁸ E. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, 328 e ss. L'Autore ricorda come le tracce di una radicale revisione del paradigma valoriale erano già presenti in U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, cit., 1025.

⁹ J.C. TRONTO, *Caring democracy: markets, equality, and Justice*, New York, 2013; A. BRUSAROSCO, F. VISENTIN, *Costruire i contratti di fiume*, Udine, 2023, 18.

È stato già messo in rilievo che l'obiettivo generale dei Contratti di Fiume è quello di prendersi cura, in modo collettivo e partecipato, del territorio, a partire dalla sua componente idrica.

In altre parole, i Contratti di Fiume, strumenti volontari di programmazione negoziata e partecipata¹⁰, volti al contenimento del degrado eco – paesaggistico e alla riqualificazione dei bacini e sottobacini idrografici, coinvolgono soggetti che operano nel territorio, incentivando il sostegno e la responsabilità nelle azioni che si intendono perseguire e favorendo una maggiore consapevolezza del pubblico sul valore del bene acqua e degli ecosistemi acquatici.

Un esempio può orientare il lettore nella comprensione dell'interazione pubblico privato. Il Contratto di Fiume Seveso è stato sottoscritto nel 2006 nella forma dell'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale da quarantasei Comuni, tre Province (Como, Monza-Brianza e Milano), sei Enti Parco, l'Agenzia Interregionale per il PO, l'Autorità di Bacino del Po, l'Ufficio Scolastico per la Lombardia, la Regione e l'ARPA Lombardia. I principali obiettivi che il Contratto di Fiume Seveso si prefigge di raggiungere riguardano: la riduzione dell'inquinamento delle acque e del rischio idraulico, la riqualificazione del sistema ambientale e paesistico; la riqualificazione dei sistemi insediativi all'interno del territorio del bacino del Seveso; la condivisione delle conoscenze sul fiume e delle informazioni sulle azioni in corso o in progetto; lo sviluppo di attività di comunicazione, formazione ed educazione ambientale adeguate al raggiungimento degli obiettivi condivisi. Nel 2019, vi è stato un secondo aggiornamento del Programma d'azione del 2014, con l'individuazione di soluzioni concordate con il mondo imprenditoriale e i gestori del Servizio Idrico Integrato utili a diminuire la presenza di Micro Inquinanti Emergenti (MIE) in uscita dagli impianti di trattamento reflui urbani di Fino Mornasco e Carimate, all'interno della proposta progettuale Green Water And Textile Como condivisa tra il gestore Como Acque (i gestori Alto Lura, ASIL, Comodepur, Lariana Depur, Sud Seveso Servizi, Valbe Servizi) e Unindustria Como, Centro Tessile Serico di Como, Università

¹⁰ R. FERRARA, *La programmazione negoziata fra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 1999, 429 ss; E. CROCI, G. PESARO, *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, Milano, 2004; S. CASABONA, *L'accordo in materia di ambiente*, Padova, 2008, 136; G. CIAGLIA, *L'evoluzione dell'accordo di programma: da strumento di programmazione delle opere pubbliche a generale modello di semplificazione delle procedure di applicazione di interventi complessi*, in *L'Ufficio tecnico*, n. 3/2013, Milano, 2013, 51; G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. giur. Amb.*, 2010, 707.

dell'Insubria e Politecnico di Milano. Il progetto è finalizzato al conseguimento di una maggiore sostenibilità ambientale di distretto, da raggiungere necessariamente attraverso una miglior integrazione della filiera tessile comasca e di tutti i suoi portatori di interessi, nella condivisione di un approccio metodologico ai problemi e alle possibili soluzioni¹¹. La sinergia pubblico- privato si realizza anche attraverso il coinvolgimento dei proprietari di aree private (aree boscate, giardini, orti, aree agricole, aziende). Le attività proposte hanno l'obiettivo di fornire ai cittadini le competenze tecniche per una migliore gestione delle aree private in funzione del rischio idraulico¹². Infine, i gruppi locali di Protezione Civile, si

¹¹ Giova prendere in considerazione il progetto nelle sue linee principali, per evidenziare la sinergia delle competenze presenti sul territorio, che permette una ottimizzazione della gestione delle risorse disponibili portando un vantaggio sia economico che ambientale. In sintesi gli obiettivi sono così identificabili: incrementare le prestazioni ambientali del sistema depurativo e anticipare le future richieste normative; ridurre l'impatto degli scarichi sull'ecosistema; migliorare l'impronta ecologica e la sostenibilità del sistema produttivo del distretto tessile; aumentare la competitività del distretto dando soddisfazione o anticipando le richieste del mercato; supportare azioni di *advocacy* sul tema MIE – Settore tessile. La proposta progettuale considera una serie di azioni che, a parte un'azione preliminare, affrontano operativamente quattro tematiche e che possono essere attuate separatamente e con diversa tempistica, ma che concorrono congiuntamente al pieno raggiungimento degli obiettivi. Il progetto prevede preliminarmente l'identificazione delle sostanze microinquinanti di riferimento per il settore tessile, sostanze che possono causare una contaminazione a livello di corpo idrico, in atmosfera, e la cui presenza potrebbe essere riscontrata anche negli articoli tessili. A seguito di questa azione preliminare, il progetto si sviluppa operativamente affrontando quattro tematiche, agendo sia a monte che a valle per la riduzione dell'impatto ambientale complessivo del Sistema Como. La prima azione riguarda la minimizzazione delle sostanze in entrata nel Sistema. Il raggiungimento di questo obiettivo richiede un approccio innovativo, sia nella ricerca di nuovi prodotti e nella sostituzione di quelli attualmente in uso con alternative più sostenibili, sia nell'efficientamento e nella ottimizzazione dei parametri di processo. In questa prospettiva, strategico sarà l'investimento per la crescita di competenze delle risorse umane impegnate nella gestione dei processi aziendali (approvvigionamento di materie e di prodotti chimici, gestione dei cicli produttivi, sperimentazione di prodotti alternativi). La seconda azione è finalizzata a ottimizzare e sviluppare processi depurativi per la rimozione dei microinquinanti emergenti per raggiungere concentrazioni allo scarico compatibili con l'ecosistema e sostenibili anche dal punto di vista economico. I trattamenti sono ipotizzabili sia a livello di impianti centralizzati sia con impianti a piè di fabbrica se conveniente. Attività fondamentale nella terza azione sarà l'analisi del prodotto tessile per una valutazione della quantità e qualità delle sostanze presenti nello stesso (attività di laboratorio), con riferimento ai limiti identificati dai capitolati e dalle linee guida. La quarta azione è destinata a valutare le conseguenze ecologiche della presenza dei microinquinanti nei diversi comparti ambientali con maggior attenzione in quello idrico e a determinare i valori limite delle sostanze che sono sostenibili per l'ecosistema.

¹² A partire da una mappatura delle aree e dei comportamenti ritenuti più critici sono stati organizzati laboratori di cura e gestione del verde rivolti ai proprietari di

sono impegnati ad installare una rete intercomunale di telecamere per il monitoraggio del torrente Seveso in punti poco accessibili per il controllo e l'evoluzione dei fenomeni alluvionali da monte a valle. L'attività intende fornire alla comunità locale uno strumento che aiuti nel monitoraggio degli alvei per la segnalazione di situazioni di degrado e pericolo dovuti alla presenza di materiale vegetale, detriti e rifiuti, ovviando alla mancanza di un numero sufficiente di accessi al fiume.

Alla base della scelta delle amministrazioni vi è quindi la volontà di raccogliere le sollecitazioni che provengono dalla capacità di auto-organizzazione delle comunità, stimolando atteggiamenti proattivi volti a sollecitare e promuovere intese che si aprano al coinvolgimento dei privati¹³.

4. Monitoraggio

Secondo il Documento *“Definizioni e requisiti qualitativi di base dei Contratti di Fiume”*, l'Accordo è un atto di impegno formale, che contrattualizza le decisioni condivise nel processo partecipativo e definisce gli impegni specifici dei contraenti. In virtù dell'art. 68-bis del D.lgs. 152 del 2006, tale atto deve rispondere ai requisiti della *“Programmazione strategica negoziata”*, ai sensi della Legge 662 del 1996.

Come indicato all'articolo 2, comma 203, lettera c), della Legge 662 del 1996, si definisce Accordo di Programma Quadro (APQ) un programma esecutivo di interventi di interesse comune o funzionalmente collegati, previsto nell'ambito di una Intesa Istituzionale di Programma (IIP).

L'Accordo è stipulato tra Amministrazioni centrali, Regioni, Province autonome, Enti locali ed altri soggetti pubblici e privati interessati. La normativa citata prevede che l'APQ debba indicare¹⁴: 1) le attività e

giardini, orti e ad associazioni impegnate nella cura e valorizzazione del territorio, oltre che a proprietari di aree boscate e agli agricoltori, alternando momenti di formazione ad interventi sul campo. Rispetto agli usi del territorio verranno promosse attività di sensibilizzazione (incontri pubblici e distribuzione di materiale informativo) rivolte alle imprese locali e ai cittadini proprietari di aree situate lungo i corsi d'acqua per la riduzione degli elementi di rischio e l'adozione di usi più idonei delle aree stesse (es. come collocare materiali lungo le sponde, come e dove realizzare piccole strutture per il riparo dei materiali, come diminuire la quantità d'acqua piovana riversata in fognatura e nei fiumi, etc.).

¹³ E. BOSCOLO, *Orientamenti per la diffusione delle misure win-win. L'approccio win-win nei Contratti di Fiume*, cit., 46.

¹⁴ M. BASTIANI, V. VENERUCCI, *Atlante degli obiettivi Per la diffusione dei contratti di fiume, di lago e costa (cdf) nella Regione Friuli Venezia Giulia*, in *Progetti di comunità*, 2019, 114. Va sottolineato anche che non sempre tutti i portatori di interesse che partecipano al

gli interventi da realizzare; 2) i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività e interventi; 3) gli eventuali Accordi di Programma ai sensi dell'articolo 34 del D.lgs. 267 del 2000; 4) le eventuali Conferenze di Servizi o Convenzioni necessarie per l'attuazione dell'Accordo; 5) gli impegni di ciascun soggetto, nonché del soggetto cui competono poteri sostitutivi in caso di inerzie, ritardi o inadempienze; 6) i procedimenti di conciliazione o definizione di conflitti tra i soggetti partecipanti all'Accordo; 7) le risorse finanziarie occorrenti per le diverse tipologie di intervento, a valere sugli stanziamenti pubblici o anche reperite tramite finanziamenti privati; 8) le procedure ed i soggetti responsabili per il monitoraggio e la verifica dei risultati.

L'Accordo di Programma Quadro così costruito ha un valore giuridico, con l'effetto di impegnare reciprocamente i firmatari a rispettare gli impegni assunti¹⁵, ma l'esperienza dei Contratti di Fiume dimostra che l'aspetto forse più critico per l'attuazione è rappresentato dal reperimento dei finanziamenti per la realizzazione delle azioni.

L'Osservatorio nazionale dei Contratti di Fiume, nel 2021, ha pubblicato in proposito un Documento che fornisce una utile panoramica delle possibili forme di finanziamento per i Programmi d'azione. Di rilievo è il

processo sottoscrivono poi il contratto. Quindi, se il Soggetto responsabile dell'attività va necessariamente individuato tra i sottoscrittori formali, gli attori non sottoscrittori possono risultare come Attuatori e tra i soggetti coinvolti. Vanno poi indicati i Tempi di realizzazione (T) della/e attività con riferimento alla durata stimata, che ovviamente dovrà essere congrua e in linea con il periodo previsto di attuazione del Programma (3-5 anni). È importante che vengano inserite attività che sono effettivamente e realisticamente realizzabili entro questo lasso di tempo. Per quanto riguarda le Risorse finanziarie (R), va indicato non solo il costo complessivo stimato, ma anche un dettaglio delle risorse già disponibili e di quelle eventualmente da reperire, ipotizzando i relativi strumenti di finanziamento (compreso l'auto-finanziamento). Anche questo è un aspetto rilevante che le schede dei Contratti di Fiume lombardi non consideravano e che aiuta a costruire proposte di azione con degli orizzonti temporali e finanziari maggiormente aderenti alle concrete risorse finanziarie e umane che i soggetti coinvolti nel processo riescono a mettere in gioco. Inoltre, è utile avere chiaro fin dall'avvio della fase attuativa quali siano le risorse da reperire, come colmare le mancanze e dove eventualmente reperire i fondi.

¹⁵ All'Accordo andranno allegati tutti i documenti prodotti nelle diverse fasi del processo, più eventuali altri allegati che vengano ritenuti utili, come ad esempio un *report* che ripercorra il percorso partecipato (attività svolte, tempi, modalità) e contenga una lista dei portatori di interesse che sono stati coinvolti. Non è detto, come abbiamo già accennato, che tutti i portatori di interesse che partecipano al processo sottoscrivano poi il contratto, pur condividendone gli esiti e continuando a svolgere un ruolo nella attuazione a supporto della realizzazione delle singole attività. È giusto, tuttavia, dare visibilità alla loro partecipazione e far emergere il ruolo che hanno avuto durante il percorso.

rinvio al bilancio a lungo termine EU, dove sono compresi i fondi *Next Generation EU*; il 30% di tali risorse dovrà essere impiegato proprio per la lotta ai cambiamenti climatici¹⁶. Del resto, è di facile intuizione che recepire finanziamenti è essenziale per i Contratti di Fiume: le attività e i progetti saranno realizzabili solo se, durante la costruzione del Programma d'azione, è stata data priorità ad azioni per le quali era già prevista una specifica copertura finanziaria e per le quali è stato già compiuto un realistico sforzo di individuazione dei canali di finanziamento.

L'altro aspetto significativo è quello relativo al monitoraggio¹⁷. L'Osservatorio nazionale dei Contratti di Fiume, in un recente documento, ha chiarito il senso e il ruolo delle azioni di rilevamento e controllo all'interno del processo di Contratto di Fiume, affermando che: «il monitoraggio è componente essenziale di qualsiasi processo decisionale, serve a verificare innanzitutto se il processo funziona e se si raggiungono gli obiettivi prefissati, anche al fine di reindirizzare per tempo azioni e strategie, in modo da prevenire eventuali insuccessi. Questo vale ancor di più nei processi partecipati come i Contratti di Fiume (CdF), laddove gli attori coinvolti scelgono volontariamente di dedicare energia e tempo alle attività del CdF; pertanto, se questo loro impegno non dovesse produrre risultati “visibili”, ben presto questi stessi attori lo abbandonerebbero definitivamente».

L'Osservatorio sottolinea come l'attività di monitoraggio andrebbe avviata già dalla fase di costruzione del percorso di Contratto di Fiume, addirittura prima della formalizzazione del Documento di intenti. Ciò che qui interessa è però soprattutto il monitoraggio *ex post*, cioè quello relativo alla fase attuativa, che dovrebbe riguardare l'implementazione delle azioni, rilevando il loro stato di attuazione, il raggiungimento dei risultati previsti, i loro effetti sul territorio di riferimento (benefici, ma anche eventuali esternalità negative) e il relativo livello di spesa¹⁸.

Il monitoraggio è un processo di valutazione il cui scopo è quello di verificare nel tempo che il Contratto di Fiume sia in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati attraverso le azioni messe in campo. Un sistema di moni-

¹⁶ M. BASTIANI, A. DE CARLI, P. RIZZUTO (a cura di), *Il supporto finanziario ai processi e Programmi d'Azione dei Contratti di Fiume – Stato dell'arte e prospettive*, Osservatorio nazionale dei Contratti di Fiume. *Costruire Contratti di Fiume climatici*, cit.

¹⁷ *Impostazione metodologica del sistema di monitoraggio per i Contratti di Fiume*, in *Impostazione metodologica monitoraggio_CdF_20160912.pdf* (contrattidifiume.it)

¹⁸ M. BASTIANI, R. FIDANZA, G. GUSMAROLI, P. RIZZUTO (a cura di), *Il monitoraggio dei Contratti di Fiume. Percorsi per il rafforzamento della capacità di monitoraggio dei Contratti di Fiume italiani*, Osservatorio nazionale dei Contratti di Fiume, 2023. Disponibile in formato pdf al link: creiamopa.mite.gov.it.

toraggio completo e funzionante assicura il controllo sugli impatti derivanti dall'attuazione di azioni individuate nell'ambito del processo decisionale e la verifica del raggiungimento degli obiettivi prefissati, così da riconoscere tempestivamente gli eventuali impatti negativi imprevisi o le cause che impediscono di raggiungere gli obiettivi e da adottare le opportune misure correttive, sicché «il monitoraggio non si esaurisce con una semplice raccolta di dati, ma deve fornire un'interpretazione delle informazioni (analisi), deve individuare le cause degli scostamenti rispetto alle previsioni (diagnosi) e deve fornire indicazioni sulle decisioni da prendere (terapia) »¹⁹.

In conclusione, il sistema di monitoraggio dei Contratti di Fiume a livello nazionale rappresenta uno strumento utile per rilevare il livello di sensibilità, consapevolezza e auto-responsabilizzazione degli attori locali su un tema prioritario e complesso come quello della riqualificazione fluviale, nonché per verificare la capacità dei processi attivati e in corso di attivazione sull'intero territorio nazionale di contribuire al raggiungimento degli obiettivi ambientali definiti a livello comunitario dalle Direttive Acque, Alluvioni e Habitat e, in caso negativo, per individuare i contenuti e le modalità di un riorientamento dei processi stessi²⁰.

Per quanto riguarda la possibilità di recesso nei Contratti di Fiume non sfugge che gli stessi prevedono sempre ed espressamente il recesso unilaterale delle amministrazioni partecipanti.

5. Considerazioni conclusive

In conclusione il modello di gestione adattiva applicato ai Contratti di Fiume rappresenta un significativo avanzamento nella regolazione amministrativa e ambientale, offrendo uno strumento dinamico e flessibile

¹⁹ Si rimanda a *Impostazione metodologica del sistema di monitoraggio per i Contratti di Fiume*, in www.contrattidifiume.it, 4.

²⁰ Sull'importanza del monitoraggio cfr. A. VOGHERA, *River contracts in Italy. An experience for river management*, in www.inase.org. Rileva l'Autrice che le sperimentazioni più recenti utilizzano lo strumento di valutazione ambientale strategica solo dopo il processo di concertazione, ma siffatto strumento di valutazione potrebbe svolgere un ruolo di cruciale importanza durante tutte le fasi del processo. Esso deve essere considerato come uno strumento di riferimento continuo per verificare la congruenza tra le scelte programmatiche attuali e future e gli obiettivi ambientali e strategici fissati dalle misure di pianificazione e programmazione regionale. Pertanto, ritiene necessario che ciascun Contratto di fiume formuli un adeguato programma di monitoraggio quali quantitativo di tali misure; questo programma valuterà continuamente i risultati ed eventualmente riprogetterà il metodo per migliorare le prestazioni finali.

per affrontare le sfide della tutela e della riqualificazione dei corsi d'acqua. L'approccio analizzato si fonda sull'integrazione tra programmazione strategica negoziata e partecipazione collettiva, dimostrando che l'efficacia delle politiche ambientali dipende non solo dalla solidità dei quadri normativi, ma anche dalla capacità di adattarsi alle evoluzioni del contesto territoriale e istituzionale.

L'introduzione dei Contratti di Fiume nel panorama giuridico italiano ha segnato un passo verso un'amministrazione più aperta e collaborativa, nella quale la partecipazione di enti pubblici, privati e cittadini si traduce in un impegno condiviso per la tutela di un bene comune. La logica sottesa a tali strumenti evidenzia come l'efficacia di un accordo non si misuri soltanto nella capacità di disciplinare interventi concreti, ma anche nella promozione di una cultura della responsabilità collettiva e della custodia partecipata delle risorse naturali.

La struttura multilivello e volontaria di questi contratti consente di superare i tradizionali limiti della regolazione verticale, aprendo spazi di *governance* integrata che valorizzano il contributo di attori locali e promuovono soluzioni concertate. Tale modello, tuttavia, non è esente da criticità, come dimostrano le questioni relative alla stabilità degli impegni assunti e alla disponibilità di risorse economiche necessarie per la realizzazione degli interventi programmati.

La dimensione dinamica del monitoraggio emerge come elemento centrale nell'approccio adottato. Non si tratta di un mero strumento di controllo, ma di un processo adattivo che consente di rilevare tempestivamente deviazioni dagli obiettivi prefissati, di individuare soluzioni correttive e di assicurare un costante riallineamento tra strategia e risultati concreti. In questo senso, il monitoraggio diviene il perno su cui ruota l'intero sistema, garantendo la responsabilità dell'azione amministrativa e prevenendo fenomeni di inerzia istituzionale.

In conclusione, i Contratti di Fiume rappresentano un'opportunità per sperimentare nuovi paradigmi amministrativi, capaci di coniugare legalità e flessibilità. Tuttavia, il loro successo dipende dalla capacità di integrare il quadro normativo esistente con forme di *governance* innovative, in grado di mantenere alta la qualità della partecipazione e di rispondere con tempestività alle esigenze del territorio. Solo attraverso un approccio che sappia unire competenza tecnica, responsabilità condivisa e adattabilità strategica, sarà possibile consolidare queste esperienze e renderle replicabili in altri ambiti della gestione pubblica, contribuendo così a una cultura istituzionale più consapevole, inclusiva e sostenibile.

GLORIA MANCINI PALAMONI

LA VALUTAZIONE SISTEMATICA E PERIODICA NELL'ACCREDITAMENTO SANITARIO*

SOMMARIO: 1. La cornice: l'accREDITamento sanitario come modello organizzativo, come atto, come strumento di misurazione della qualità delle prestazioni sanitarie e come procedimento. – 2. Il profilo procedimentale: dall'auto-rizzazione alla realizzazione alla stipula degli accordi contrattuali. – 3. La valutazione sistematica e periodica: i principali strumenti. – 4. Una possibile chiave di lettura: la dinamicità dell'accREDITamento per l'adeguamento del titolo alle transizioni permanenti.

1. *La cornice: l'accREDITamento sanitario come modello organizzativo, come atto, come strumento di misurazione della qualità delle prestazioni sanitarie e come procedimento*

L'accREDITamento sanitario rileva nel nostro ordinamento da diversi punti di vista e da ciascuno di essi può essere indagato come istituto giuridico. Risponde al principio della piena libertà del cittadino di scegliere il soggetto a cui rivolgersi¹: questi per le prestazioni di cura e/o di assistenza può avvalersi di strutture pubbliche e private purché in possesso dei re-

* Il presente lavoro è realizzato nell'ambito del PRIN 2022 *Permanent transition and adaption of administrative measures*.

¹ F. ROVERSI MONACO, *Diritto alla salute e diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura*, in *Il Servizio sanitario nazionale. Atti del convegno sulla legge n. 833/1978*, Giuffrè, Milano, 1981, 1; A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 1, 2009, 31 ss.; E. JORIO, *L'accREDITamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *San. pubbl. e priv.*, 2, 2004, 151 ss.; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Giuffrè, Milano, 2012, 157 ss.; M. CONSITO, *AccREDITamento e terzo settore*, Jovene, Napoli, 2009, 33 ss. Più recentemente R. FERRARA, *Il servizio sanitario nazionale oggi e gli operatori privati nel campo della sanità: qualche semplice spunto di riflessione*, in *CERIDAP*, 2, 2023, 171 ss.; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, A. COIANTE, C.F. IAIONE (a cura di), *Pubblico, privato e comunità in sanità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Pubblico e privato nella tutela della salute. Sulle misure introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza e dalle nuove disposizioni in tema di assistenza territoriale*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 777 ss.

quisiti previsti dagli artt. 8-*bis* ss. del d.lgs. n. 502 del 30 dicembre 1992 e ss.mm.ii., dalla l. n. 449 del 27 dicembre 1997² e dalle leggi regionali³.

Il termine rappresenta sia, in chiave oggettiva, una modalità di esecuzione del servizio – subordinato alla pianificazione in termini di fabbisogno e di risorse disponibili – attraverso il quale i soggetti privati possono entrare a far parte dell'insieme degli erogatori delle prestazioni sanitarie⁴, sia uno strumento di misurazione della qualità delle prestazioni sanitarie⁵, sia l'*iter* procedimentale di valutazione sistematica e periodica finalizzato alla verifica del possesso, da parte dei suddetti erogatori pubblici e privati, di determinati requisiti relativi alle condizioni strutturali, organizzative e di funzionamento che influiscono sulla qualità dell'assistenza, sia l'atto conclusivo di detto procedimento. Dei quattro, questo contributo intende concentrarsi sul profilo procedimentale nel tentativo di offrire una nuova chiave di lettura dello stesso attraverso l'interpretazione dell'accreditamento come una fattispecie tipizzata per l'adeguamento di un titolo amministrativo alle transizioni permanenti.

Dal punto di vista dell'organizzazione, l'accreditamento sanitario, esprimendo uno dei modelli di partecipazione dei soggetti privati all'esercizio di attività di interesse generale⁶, qualifica il rapporto intercorrente tra questi e l'amministrazione nella fornitura di servizi sanitari e socio-sa-

² Spec. l'art. 32 c. 8 secondo il quale «le regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'articolo 2, c. 5, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, e successive modificazioni, individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, ivi compresi i presidi ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662».

³ Mettono in luce le differenze regionali, *ex multis*, C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2011, 79 ss.; ss.; L. CUOCOLO, *La tutela della salute tra neo regionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Giuffrè, Milano, 2005; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso del diritto alla salute*, BUP, Bologna, 2008; V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e sanità. Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 445 ss.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni e M.C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, Torino, 2011, 9 ss.; M. CONTICELLI, F. GIGLIONI, *L'accreditamento degli erogatori*, in *La Sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi, A. Tardiola (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2011, 177 ss.

⁴ Art. 8, c. 1, d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

⁵ *Infra*.

⁶ In argomento Corte cost., 9 maggio 2022, n. 113.

nitari. La relazione, tesa al raggiungimento di maggiori livelli di efficienza nell'impiego delle risorse, tali da rendere la sanità pubblica sostenibile anche, ma non solo, economicamente⁷, è stata coinvolta dalle riforme che negli anni Novanta sono state avviate per la più generale revisione del sistema a tutela della salute⁸: sebbene quella sanitaria sia una delle principali funzioni di cui la Repubblica è titolare, nel corso del tempo si sono succeduti una pluralità di fasi e di esperienze differenti nell'ambito delle quali il potere pubblico si è inserito assumendo molteplici forme⁹.

Con l'adozione delle carte costituzionali, si afferma il principio per il quale è lo Stato che deve farsi carico dei bisogni fondamentali dei propri cittadini. Con la previsione di cui all'art. 32, la Costituzione italiana è una delle prime al mondo a riconoscere il diritto alla tutela della salute come fondamentale¹⁰. Il corrispondente servizio, tuttavia, è ad attivazione necessaria¹¹: la Repubblica ha il compito di garantirne la tutela senza escludere la partecipazione dei cittadini allo svolgimento di attività di interesse generale, così determinando lo sviluppo di sistemi organizzativi misti di servizi sociali e sanitari¹².

All'indomani dell'adozione della Carta costituzionale e fino agli inizi degli anni Settanta, la tutela della salute in Italia è organizzata secondo il modello di assicurazione sociale c.d. *Bismark*¹³; sulla scia della creazione

⁷ Sulla sostenibilità del SSN anche con riferimento all'istituto dell'accreditamento si veda il recente contributo di A. PIOGGIA, *Quale sostenibilità per il servizio sanitario italiano?*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, spec. 724.

⁸ Spec. i d. lgs. n. 502 del 1992 e 19 giugno 1999, n. 229.

⁹ Se nel XIX secolo la preoccupazione principale dello Stato è la tutela dell'ordine pubblico interno e la difesa del territorio da nemici esterni, la funzione sanitaria è appannaggio della società civile. Solo con il passaggio, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, allo stato sociale o *welfare state* si sviluppano interventi di legislazione tesi alla redistribuzione sociale della ricchezza nell'interesse delle classi meno abbienti. In Germania e in Italia si diffondono le prime forme di assicurazione obbligatoria finalizzate a garantire il benessere dei cittadini e le amministrazioni locali assumono la titolarità di alcuni servizi pubblici come quelli di illuminazione, gli acquedotti e le farmacie. Successivamente, il periodo dei regimi totalitari del Novecento segna una grande influenza diretta e indiretta su tutte le principali espressioni della società civile e dell'economia e la crisi economica del 1929 produce una catena fallimentare che richiede l'intervento dei poteri pubblici.

¹⁰ M. LUCIANI, *Il Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4 ss.

¹¹ N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale*, I, Giuffrè, Milano 2005, 630.

¹² Nel contempo, nel 1948, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) propone una nuova definizione di salute che esula dalla mera assenza di malattia poiché incentrata sulla persona e sul proprio benessere complessivo, fisico e psichico.

¹³ In estrema sintesi il meccanismo è il seguente: il sistema si fonda sul principio per cui i servizi sanitari sono finanziati con i contributi dei lavoratori e dei datori di lavoro at-

degli enti previdenziali Inail e Inps, la protezione dalle malattie è assicurata attraverso gli enti mutualistici per le varie categorie di professionisti¹⁴. Le diseguaglianze permangono ed il modello mostra inefficienze e lacune; la maggior parte della popolazione è priva di una copertura previdenziale, il sistema è retto dalla logica del rapporto assicurativo e non dal principio di tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo: controllare la domanda è assai complesso non solo per via dei costi delle prestazioni, ma anche in termini di inappropriatezza. La crisi finanziaria degli enti mutualistici unita al trasferimento delle funzioni amministrative alle neo istituite regioni conduce ad un mutamento radicale del paradigma che culmina con l'istituzione, nel 1978, del Servizio sanitario nazionale (SSN)¹⁵.

Il SSN segna la nascita di un modello di collaborazione tra pubblico e privato nell'erogazione delle prestazioni sanitarie. La sfera pubblica è protagonista nella fornitura di servizi sanitari, mentre i soggetti privati assumono un ruolo complementare, teso a colmare le eventuali carenze del settore pubblico. Da un meccanismo di finanziamento del servizio sanitario basato sul sistema di assicurazione sociale si passa al finanziamento attraverso il prelievo fiscale (il c.d. modello *Beveridge* ovvero a sistema sanitario nazionale) affinché possa attuarsi la centralità del diritto alla salute come indicato all'art. 32 Cost. L'impianto è fortemente dipendente dalla pianificazione "a cascata": piano sanitario nazionale (PSN), piani regionali (sanitari e, dopo, socio-sanitari), erogazione delle prestazioni a livello locale. Per lungo tempo, tuttavia, il mancato avvio della pianificazione e la stretta interconnessione tra potere politico e gestione delle sedi di erogazione spingono a nuove riforme. Nel generale contesto di privatizzazione che caratterizza gli anni Novanta¹⁶, matura anche nell'ambito sanitario la consapevolezza di una necessaria revisione, specie organiz-

traverso forme di assicurazione obbligatoria estesa anche ai familiari del lavoratore. I non occupati, non coperti da assicurazione, accedono di regola alle cure finanziate dallo Stato.

¹⁴ In questo sistema frammentato, nel 1958, si tenta di rispondere all'esigenza di una politica sanitaria unitaria e rispettosa dei principi costituzionali attraverso lo scorporo dell'Alto Commissario per l'igiene e la sanità dal Ministero dell'interno e l'istituzione del Ministero della sanità.

¹⁵ L. 23 dicembre 1978, n. 833.

¹⁶ Gli anni Ottanta e Novanta vedono una forte prevalenza degli interessi locali, una frammentazione eccessiva delle unità sanitarie locali, una pessima allocazione delle risorse e una irragionevole moltiplicazione di dotazioni strumentali e professionali. Tale situazione conduce ben presto ad un'espansione incontrollata della spesa con conseguente crisi finanziaria dello Stato, non potendosi aumentare, oltre certi limiti, la pressione fiscale e l'indebitamento.

zativa, del sistema nazionale, ritoccato secondo lo schema ancora oggi vigente. Il 1992 è l'anno in cui inizia un processo di modifica teso alla razionalizzazione mediante la regionalizzazione e l'aziendalizzazione¹⁷.

Le principali novità operano su plurimi piani. Da un lato, la gestione dei servizi è distinta sia dagli organi politici, sia dall'ente rappresentativo territoriale di riferimento, nel frattempo trasferito dal comune alla regione; dall'altro, l'erogazione dei servizi è attribuita alle aziende sanitarie e ospedaliere¹⁸. La valorizzazione del ruolo delle regioni, alle quali è affidato il compito di regolare e disciplinare il sistema di erogazione delle prestazioni, è ritenuto un modo per controllare la fornitura di servizi dato lo spostamento verso l'alto del luogo delle decisioni strategiche¹⁹.

Con il d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm.ii. il modello organizzativo di cui alla l. n. 833/1978 è superato: la moltiplicazione e la messa in concorrenza di erogatori pubblici e privati, chiamati a competere in un mercato regolato, fanno sì che in capo al soggetto pubblico si sommino la funzione tradizionale di erogazione di assistenza sanitaria e quella, nuova, di committenza, talvolta anche prevalente se non addirittura esclusiva. Il 'terzo pagatore' si interpone nel rapporto tra il paziente-utente, che usufruisce della prestazione o del servizio, e la struttura erogante, con conseguente creazione di un 'quasi-mercato' sanitario caratterizzato da un sistema di accreditamento aperto, subordinato alla verifica regionale dell'idoneità della struttura dal punto di vista tecnologico, organizzativo e della qualità delle prestazioni erogate.

In questa prospettiva l'accreditamento rappresenta un vero e proprio diritto dei soggetti privati in possesso dei requisiti richiesti per fare ingresso nel sistema di fornitura delle prestazioni a carico del servizio pubblico, senza che la regione possa incidere sul numero degli accreditati²⁰.

¹⁷ Questa trasforma gli enti in "produttori di servizi" assunti dallo Stato e dalle regioni i quali si esprimono nelle rispettive pianificazioni sanitarie: R. CAVALLO PERIN, *L'interesse delle collettività alla tutela della salute*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, 749. In argomento, altresì, M. CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 109-110, 1993, 6 ss.; R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di) *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99*, Giuffrè, Milano 2001; B. PEZZINI, *Il riordino del 1992 (un sistema sanitario universale, nonostante il riordino del 1992)*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 559 ss.

¹⁸ Sul punto S. RODOLFO MASERA, *Gestione economico-contabile ed approvvigionamento*, in P. Bianchi, G. Mancini Palamoni, S. Spuntarelli (a cura di), *Diritto e management delle strutture sanitarie e dei dipartimenti farmaceutici*, Pacini, Pisa, 2025, 212 ss.

¹⁹ Per una recente ricostruzione che arriva sino ai nostri giorni P. BIANCHI, *Il sistema sanitario nazionale. Profili organizzativi*, in P. Bianchi, G. Mancini Palamoni, S. Spuntarelli (a cura di), *Diritto e management*, cit., 15 ss.

²⁰ In argomento, A. QUARANTA, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio*

L'impianto rappresentato crea un cortocircuito: l'assenza di strumenti di programmazione effettiva dell'offerta comporta la moltiplicazione degli erogatori. Il difficile controllo della domanda sacrifica il contenimento della spesa sanitaria proprio in un momento in cui, invece, l'obiettivo del legislatore è recuperare la sostenibilità economica. In altre parole, le strutture pubbliche risultano avere costi più elevati, soccombendo all'offerta privata e comportando ulteriori sprechi di risorse. Il procedimento è corretto dal d. lgs. n. 229 del 1999 che condiziona l'intervento del privato sommando alla verifica della sussistenza dei requisiti quella di compatibilità con la programmazione regionale riguardo al fabbisogno atteso di servizi²¹.

Da un sistema aperto, si giunge ad un modello, teso anche alla misurazione della qualità delle prestazioni erogate, costruito alla stregua di un procedimento composto dall'autorizzazione alla realizzazione della struttura sanitaria e all'esercizio delle prestazioni, dall'accreditamento istituzionale e dalla stipula degli accordi contrattuali. A seconda di come si legga la fase di autorizzazione, pertanto, si tratta di un procedimento costituito da tre o quattro fasi, per ciò detto anche procedimento delle "3A"²² o delle "4A"²³. Ciascuna fase è prodromica alla realizzazione della fase successiva²⁴, ma non opera il meccanismo inverso²⁵.

Sanitario Nazionale, in V. Bellini, E. Paolini (a cura di), *L'Accreditamento è un diritto?*, SEOP, Roma, 2003, 31 ss.; Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416.

²¹ G. CILIONE, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, in *San. pubbl. e priv.*, 1, 2000, 1 ss.; V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del titolo V della Costituzione* (Nota a TAR Lombardia, Milano, I, 29 ottobre 2003, n. 4899), in *Foro amm. – Tar*, 2004, 1271 ss.; ID., *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2014, 657 ss.; R. BALDUZZI, A. DI GASPARE, (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Luiss, Centro Vittorio Bachelet, Quaderni, 28, Milano, 2002; M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2020, 149; G. M. RACCA, *Salute*, in *Enc. dir. – I tematici, Funzioni amministrative*, Giuffré, Milano, 2022, spec. 1002 ss.

²² Se si segue la lettura delle tre disposizioni del d.lgs. n. 502 del 1992 che delineano il procedimento e che sono, infatti, tre poiché ciascun articolo regola una 'A' e, in particolare, l'art. 8-ter unisce le due autorizzazioni.

²³ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2024, 128; M. CONTICELLI, *La disciplina dell'accreditamento nel settore sanitario e la sua attuazione*, in *ius-publicum*, 2014, 1 ss.

²⁴ Cons. St., III, 22 novembre 2018, n. 6617.

²⁵ TAR Campania, Salerno, 28 luglio 2015, n. 1748.

L'accreditamento sanitario, come si diceva in apertura, si manifesta anche quale atto conclusivo del relativo procedimento²⁶, cioè quale risultato di una complessa e articolata valutazione finalizzata a verificare l'efficienza e la qualità tecnica in capo all'operatore privato²⁷. Questo aspetto ha posto la questione della 'natura' giuridica del provvedimento di accreditamento²⁸, risolta, tra l'assimilazione dello stesso ai provvedimenti autorizzatori oppure a quelli concessori, imboccando la via intermedia²⁹: l'accreditamento è un titolo di carattere abilitativo-concessorio³⁰, a metà strada tra la concessione di servizio pubblico e l'abilitazione tecnica idoneativa³¹, strutturato in base a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario pubblico³². Per il suo tramite, un soggetto privato viene 'attratto' entro la sfera organizzativa pubblicistica del servizio sanitario, acquisendo la conseguente legittimazione ad operare 'in luogo' dell'amministrazione originaria ed istituzionale titolare della funzione assistenziale e riversando i costi del servizio a carico della stessa, secondo i criteri ed entro i limiti prefissati a livello contrattuale³³.

Vi è poi un ulteriore angolo di osservazione: l'accreditamento come strumento di misurazione della qualità delle prestazioni sanitarie³⁴ nato negli Stati Uniti all'inizio del XX secolo. In quegli anni, il chirurgo di Boston Ernest Amory Codman (1869-1940) inizia ad interrogarsi sull'esito finale del suo lavoro di medico proponendo un meccanismo basato sulla formazione delle schede del paziente. Secondo il dottor Codman la standardizzazione delle prestazioni sanitarie che la struttura eroga e delle modalità di lavoro all'interno degli ospedali sono di stimolo per gli operatori al miglioramento della qualità dell'attività. Il sistema si basa sulla vigilanza dei pazienti ricoverati per un periodo di tempo ritenuto sufficiente alla valutazione delle cure prestate. In caso di esiti insoddisfacenti

²⁶ Descrive l'istituto dalla prospettiva dell'atto F. GIGLIONI, *Manuale di diritto sanitario*, Nel diritto, Molfetta, 2024, 129 ss.

²⁷ TAR Sicilia, Palermo, I, 31 luglio 2024, n. 2373.

²⁸ Per una ricostruzione G. BOCALE, *Sulla "natura" giuridica dell'accreditamento sanitario*, in *federalismi.it*, Oss. Dir. san., 2018, 1 ss.

²⁹ M. CONTICELLI, *Pubblico e privato nel servizio sanitario*, Giuffrè, Milano, 2013, 149; *Ex multis*, Cons. St., V, 11 maggio 2010, n. 2828.

³⁰ Cons. St., III, 27 febbraio 2018, n. 1206.

³¹ *Ex multis*, Cons. St., III, 18 ottobre 2021, n. 6954; Id., 30 aprile 2020, n. 2773; Id., 3 febbraio 2020, n. 824.

³² Cons. St., III, 15 febbraio 2022, n. 1123 e, prima, 11 novembre 2021, n. 7534.

³³ TAR Catania, III, 31 gennaio 2023, n. 311.

³⁴ G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna 2022, 347.

rispetto ai risultati attesi, l'ospedale è tenuto ad individuare le cause e a promuovere azioni correttive.

Il modello Codman culmina con l'adozione dei *Minimun standard for Hospitals*³⁵ da parte dell'*American College of Surgeons* nel 1919. Col passare del tempo, aderiscono a questo metodo diverse associazioni mediche. Sulla strada tracciata dal dottor Codman, nel 1951, nasce la *Joint Commission on Accreditation of Hospital Organization*³⁶ che pubblica, qualche tempo dopo, i primi *Standard for Hospitals Accreditation*, un elenco di requisiti minimi delle strutture e di competenze degli erogatori dei servizi sanitari.

Il modello americano si sviluppa e diffonde, tanto che i principali sistemi di accreditamento del mondo, seppure con alcune differenze, sono ispirati proprio ad esso³⁷. Si tratta di un meccanismo autoregolato teso al miglioramento dei servizi sanitari, caratterizzato dall'essere volontario e non obbligatorio (a differenza dell'accREDITAMENTO istituzionale, sul cui rilascio, peraltro, non influisce, a meno che detti requisiti non siano esplicitamente richiamati dalle norme regionali³⁸) e dal ruolo fondamentale svolto dalle associazioni professionali nella definizione dei criteri e degli standard.

³⁵ Sono cinque standard di valutazione della qualità degli ospedali secondo i quali gli operatori (medici e chirurghi) devono costituire un corpo organizzato (n. 1), limitato ai professionisti laureati in medicina competenti e rispettosi delle regole deontologiche (n. 2). Dal punto di vista organizzativo, è prevista l'adozione da parte del personale medico di regole di funzionamento dell'ospedale comprensive di riunioni mensili e analisi delle esperienze partendo dai dati contenuti nelle cartelle cliniche (n. 3) precise, accessibili e complete che ogni paziente deve avere (n. 4). L'ultimo standard minimo (n. 5) stabilisce che l'ospedale disponga di attrezzature terapeutiche e diagnostiche (almeno un laboratorio e un servizio di radiologia) di cui il personale competente è responsabile.

³⁶ Oggi denominata *Joint Commission*. «La certificazione svolge una doppia funzione: per un verso, essa costituisce un vantaggio per la struttura ricevente, che, nel concorrere sul mercato, può attestare determinate caratteristiche; per l'altro, essa opera a garanzia dell'utente fruitore del servizio e ad orientamento delle relative scelte»: M. CONTICELLI, *Pubblico e privato*, op. cit., 158. Il processo successivo alla volontaria richiesta è teso al miglioramento della sicurezza e della qualità dell'assistenza erogata, a garantire un ambiente sanitario costantemente sicuro e alla riduzione dei rischi a carico dei pazienti e del personale sanitario.

³⁷ Si pensi, nell'ambito del rischio clinico, alle norme ISO 9001:2015, richiamate da R. PAPA, *Qualità dei processi clinico assistenziali e sicurezza*, in P. Bianchi, G. Mancini Palamoni, S. Spuntarelli (a cura di), *Diritto e management*, cit., spec. 279; le norme UNI EN ISO 9000:2005 erano state esaminate, sebbene nel diverso settore del sistema universitario, da A. SQUARZONI, *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accredimento della Formazione Universitaria*, in *Scuola democratica*, 2, 2013, 1 ss.

³⁸ Ad es. G. BARAGHINI, M. CAPELLI, *Il sistema qualità ISO 9000 in sanità. Guida al miglioramento della qualità nelle strutture sanitarie*, Franco Angeli, Milano, 2000; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 247.

Tutti gli aspetti dell'istituto appena esaminati sono accomunati da un elemento che appare, ai fini di questa indagine, cruciale: la valutazione costante degli effetti che quel provvedimento produce e la conseguente possibilità di intervenire per adattarlo al mutare della situazione e dell'evoluzione scientifica e tecnologica, con lo scopo di garantire che l'assistenza sia adeguata ai bisogni e tenda al miglioramento continuo³⁹. Da questo punto di vista, i «moduli procedurali»⁴⁰ assumono un'assoluta rilevanza trattandosi del susseguirsi di due processi (l'autorizzazione e l'accreditamento) di valutazione sistematica e periodica il cui obiettivo è la verifica del possesso, da parte dei servizi sanitari, di determinati requisiti relativi alle condizioni strutturali, organizzative e di funzionamento che influiscono sulla qualità dell'assistenza. Come si vedrà, peraltro, all'esito delle modifiche introdotte all'art. 8-*quinqies* del d.lgs. n. 502 del 1992 dall'art. 15 della l. n. 118 del 2022⁴¹ le attività valutative periodiche (seppure in termini differenti) coinvolgono anche la fase convenzionale⁴².

2. Il profilo procedimentale: dall'autorizzazione alla realizzazione alla stipula degli accordi contrattuali

La cornice appena tratteggiata è fondamentale per inquadrare il processo costante e continuo di valutazione dei requisiti necessari per l'ottenimento delle autorizzazioni, prima, e dell'accreditamento, dopo,

³⁹ V. *infra* par. 3. Il meccanismo riconduce ad altri strumenti per la valutazione degli impatti tipici del settore ambientale quali la VIA (valutazione di impatto ambientale) e la VAS (valutazione ambientale strategica) definiti come tecniche di analisi prospettica da G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, cit., 174-175.

⁴⁰ L. TORCHIA, *Politiche redistributive, processi di privatizzazione e diritti sociali nella riforma del welfare*, in G. Calabresi (a cura di), *Verso nuove forme di welfare. Atti del congresso, Stresa, 26-27 aprile 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 222.

⁴¹ Per una disamina degli effetti di questa novità R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Pubblico e privato nella tutela della salute*, cit., 777 ss., spec. 784 ss.

⁴² V. c. 1-*bis* come modificato dall'art. 15, c. 1, lett. b), della l. 5 agosto 2022, n. 118. La riforma muove dalla segnalazione AGCM sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza del 22 marzo 2021 (anno 2022). Sulla concorrenza come amministrazione, G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, cit., 357. L'efficacia delle modifiche disposte agli artt. 8-*quater*, c. 7, e 8-*quinqies*, c. 1-*bis*, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, nonché del D.M. Salute 19 dicembre 2022, è stata sospesa fino agli esiti delle attività del Tavolo di lavoro per lo sviluppo e l'applicazione del sistema di accreditamento nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2026 dalla l. 16 dicembre 2024, n. 193.

trovandosi di fronte ad «un'operazione attraverso la quale una autorità o una istituzione (di regola la regione) riconosce il possesso di prescritti specifici requisiti (gli standard di qualificazione) in capo ad un soggetto o ad un organismo che si conclude con l'iscrizione dello stesso in un elenco al quale altri soggetti (assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie) possono attingere per l'utilizzazione»⁴³.

L'esigenza di verificare che i soggetti erogatori di prestazioni sanitarie abbiano le condizioni necessarie a fornirle conduce, così, all'identificazione di un procedimento di accreditamento composto da tre o quattro fasi delle quali la precedente costituisce il presupposto necessario e sufficiente della fase successiva⁴⁴.

Il procedimento di accreditamento, oltre a divenire un modello di organizzazione del servizio sanitario teso a regolare la partecipazione degli erogatori sanitari e a controllare domanda e offerta⁴⁵, garantisce, così, all'utente sia la libertà di scelta del luogo di cura e del professionista a cui rivolgersi, sia di ottenere prestazioni sanitarie qualitativamente adeguate, mostrandosi come un sistema flessibile di erogazione dell'assistenza e delle prestazioni proprio alla luce di tale libertà. Costituisce, altresì, «principio fondamentale in materia di tutela della salute»⁴⁶.

Il procedimento è disciplinato negli artt. 8-*bis* ss. del d.lgs. n. 502 del 1992 ss.mm.ii. la cui *ratio* riposa nel dovere delle regioni di assicurare i livelli essenziali e uniformi di assistenza sanitaria avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, dalle aziende ospedaliere, universitarie, dagli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico e, appunto, dai soggetti accreditati, nel rispetto degli accordi contrattuali. L'accesso ai servizi erogati da tali soggetti è subordinato all'apposita prescrizione. Esso si snoda secondo le previsioni degli artt.

⁴³ Corte cost., 28 luglio 1995 n. 416 che riconosce un vero e proprio diritto all'accreditamento delle strutture in possesso dei requisiti richiesti dalla legge escludendo la scelta discrezionale. Questa definizione è ripresa dal legislatore nel d.lgs. n. 229 del 1999.

⁴⁴ Come l'accreditamento attribuisce al suo titolare la "qualità di soggetto accreditato", cioè una posizione concorrenziale di plusvalore rispetto agli altri operatori privati, così la definizione del fabbisogno incide sulle concrete possibilità di conseguire l'accreditamento.

⁴⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1990; C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2024, 99; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2011; ID., *Tutela della salute: lavori in corso*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁴⁶ Corte cost., 28 febbraio 2023, n. 32.

8-ter ss.: questo disciplina l'autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie⁴⁷ e all'esercizio di attività sanitarie e socio sanitarie⁴⁸, prodromiche all'ottenimento dell'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8-*quater*; l'art. 8-*quinquies* regola gli accordi contrattuali che solo le strutture accreditate possono stipulare con l'autorità pubblica committente.

Per la realizzazione di strutture sanitarie e socio-sanitarie il comune acquisisce una verifica di compatibilità del progetto da parte della regione, effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture⁴⁹. Tale autorizzazione, per ragioni attinenti non solo alla protezione della salute, ma anche alla tutela della concorrenza, deve necessariamente restare inserita nell'ambito della programmazione regionale: la suddetta valutazione di compatibilità è finalizzata ad accertare l'armonico inserimento della struttura in un contesto di offerta sanitaria rispondente al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale⁵⁰. Il vincolo legato alla domanda di salute complessiva derivante dall'atto di pianificazione regionale può determinare, pertanto, una conseguente limitazione del numero degli operatori presenti.

Per poter, invece, esercitare attività sanitarie e sociosanitarie, le strutture pubbliche e private devono dimostrare di essere in possesso dei requisiti minimi strutturali, tecnologici e organizzativi stabiliti con atto di indirizzo e coordinamento *ex art.* 8 l. n. 15 marzo 1997, n. 59 sulla base dei principi e dei criteri direttivi di cui al d.lgs. n. 502 del 1992 (art. 8 c. 4).

⁴⁷ Questo regime autorizzatorio si applica alla costruzione di nuove strutture, all'adattamento di strutture già esistenti (comprese quelle ambulatoriali) e alla loro diversa utilizzazione, all'ampliamento o alla trasformazione, nonché al trasferimento in altra sede di strutture già autorizzate che erogano prestazioni sanitarie.

⁴⁸ Si tratta di due diverse tipologie di atti: una necessaria a stabilire la conformità della localizzazione della struttura alla programmazione di tipo sanitario ed urbanistico ed è prevista per qualunque struttura anche al di fuori del SSN (autorizzazione alla realizzazione); l'altra è necessaria, invece, alla verifica dell'idoneità all'esercizio dell'attività erogativa e spetta alle amministrazioni sanitarie in collegamento con la regione (autorizzazione all'esercizio). Per la formazione di questo secondo atto è necessario accertare la presenza di requisiti strutturali, tecnologici e professionali corrispondenti alle prestazioni che si intendono erogare sia in considerazione di quanto stabilito a livello nazionale dal Ministero, sia di quanto stabilito dalle regioni: F. GIGLIONI, *Manuale*, cit., 128-129.

⁴⁹ In senso critico, G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, cit., 346.

⁵⁰ Cons. St., III, 18 gennaio 2021, n. 511.

Con riferimento alla verifica di compatibilità dell'autorizzazione all'esercizio, la recente giurisprudenza amministrativa precisa «che gli elementi che concorrono [a detta, *n.d.a.*] verifica [...], devono necessariamente essere esplicitati in modo puntuale e concreto con riferimento alle caratteristiche della struttura richiedente, alla sua localizzazione territoriale e all'incidenza complessiva sull'offerta di prestazioni sanitarie relativa al contesto di riferimento, al fine di garantire una corretta intermediazione tra l'atto programmatico generale e la posizione del privato la cui libertà di iniziativa economica può essere sacrificata soltanto attraverso un corretto esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione»⁵¹.

Le due *sub*-fasi predette non sono tuttavia sufficienti a consentire l'inserimento della struttura autorizzata nell'ambito delle prestazioni erogate dal SSN per conto e a carico dello stesso⁵² (né la prima autorizzazione è presupposto della seconda⁵³), in relazione al quale è necessario ottenere l'accreditamento istituzionale, esito di una ulteriore valutazione sistematica e periodica⁵⁴. In virtù della conseguita autorizzazione, infatti,

⁵¹ TAR Campania, Salerno, III, 13 dicembre 2022, n. 3461.

⁵² G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. Corso, P. Magistrelli (a cura di) *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile. Atti del convegno svoltosi il 27 novembre 2008 in Roma presso l'Accademia nazionale dei Lincei*, Giappichelli, Torino, 2009, 21; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., 127.

⁵³ Cons. St., III, 27 luglio 2024, n. 6607. Le valutazioni sono differenti: «nella prima è previsto il parere di una Commissione ASL, che confluisce nel parere di un Commissione regionale e che, nei termini procedurali ivi indicati, accerta la compatibilità o meno del progetto rispetto al fabbisogno regionale; nella seconda, invece, è prevista l'acquisizione di un parere dell'ASL limitato al rispetto dei requisiti igienico-sanitari, di sicurezza sul lavoro e di quelli strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi; nel secondo procedimento, dunque, non è prevista alcuna valutazione della compatibilità con il fabbisogno regionale, e ciò per l'ovvia ragione che tale valutazione deve essere espressa nel primo procedimento, il quale, se esitato positivamente, autorizza il privato alla realizzazione di opere, che spesso presuppongono costosi investimenti per la realizzazione delle strutture e l'acquisto dei macchinari; nel secondo procedimento, che presuppone il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione della struttura, l'unica verifica rimessa all'amministrazione è allora quella del rispetto dei menzionati requisiti igienico-sanitari, tecnici ed organizzativi; l'autorizzazione alla realizzazione, una volta rilasciata, non può essere disapplicata, a pena di vanificazione della fondamentale esigenza di consolidamento dell'attività amministrativa, esigenza preordinata alla stabilità della regolazione sia dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione sia degli altri interessi pubblici e privati coinvolti nell'agire amministrativo».

⁵⁴ I requisiti ulteriori sono individuati in via generale da un atto di indirizzo e di coordinamento statale, costituito ancora dal DPR 14 gennaio 1997 (Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private).

la parte interessata non acquisisce alcun titolo o aspettativa a partecipare alla ripartizione del *budget* del servizio pubblico, restando del tutto impregiudicata la discrezionalità regionale nell'attività di programmazione della spesa pubblica sanitaria e nell'opera di determinazione del fabbisogno territoriale, entrambe attività tipicamente propedeutiche alla valutazione delle istanze di accreditamento⁵⁵.

L'atto di accreditamento è, dunque, rilasciato discrezionalmente dalla regione alle strutture autorizzate pubbliche e private e ai professionisti che ne fanno richiesta dimostrando di possedere requisiti ulteriori rispetto a quelli necessari per ottenere l'autorizzazione, di essere funzionali agli indirizzi di programmazione regionale e di avere positivamente superato la verifica sull'attività svolta e sui risultati raggiunti⁵⁶. La speciale abilitazione che la regione, in qualità di amministrazione titolare del servizio pubblico di assistenza sanitaria, conferisce, all'esito di una peculiare valutazione eseguita con le modalità determinate ai sensi dell'art. 8-*quater* del d.lgs. n. 502/1992⁵⁷, «si traduce nella [risposta alla, *n.d.a.*] richiesta di accertamento della qualità dei rappresentanti e dei soggetti rappresentati, dei requisiti tecnici delle strutture di servizio, della qualificazione del personale, degli impegni produttivi, dei criteri di pagamento delle prestazioni effettuate e della predisposizione di carte di servizio»⁵⁸. Per ciò «gli artt. 8, comma 4, e 8-*ter*, comma 4, d. lg. n. 502 del 1992 stabiliscono, per l'autorizzazione, prevista per l'esercizio di tutte le attività sanitarie, requisiti minimi di sicurezza e qualità per poter effettuare prestazioni sanitarie mentre il successivo art. 8-*quater* dispone, per l'accreditamento, ulteriori requisiti e l'accettazione del sistema di pagamento a prestazione». [...] Questo aspetto rende i due procedimenti «tra di loro autonomi, essendo ciascuno finalizzato alla valutazione di indici di fabbisogno diversi e non sovrapponibili»⁵⁹.

L'accreditamento ha una durata limitata nel tempo e per essere rinnovato presuppone il mantenimento dei requisiti di legge, la cui accertata

⁵⁵ Cons. St., III, 4 agosto 2021, n. 5756

⁵⁶ Cons. St., III, n. 5756/2021.

⁵⁷ TAR Puglia, Lecce, II, 30 marzo 2017, n. 522.

⁵⁸ F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, cit., 245. Più di recente, E. CARUSO, *L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Ist. del fed.*, 1, 2017, 157 ss.

⁵⁹ «Mentre per l'autorizzazione i profili rilevanti sono quelli inerenti il fabbisogno complessivo di prestazioni sanitarie nel territorio – e, in particolare, quelli concernenti la localizzazione delle strutture già presenti – così da garantire la corretta distribuzione sul territorio, ai fini dell'accreditamento rileva il fabbisogno di assistenza programmato per garantire l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA)»: Corte cost., n. 32 del 2023.

manca determina la revoca del titolo. Il profilo del rinnovo dell'atto rappresenta il risultato, in termini oggettivi, della costante e continua valutazione tipica di questa fase del procedimento di accreditamento. In particolare, si tratta di una duplice valutazione: una si colloca allo scadere del termine di durata dell'atto di accreditamento, fissata in cinque anni, all'esito del quale va riproposta la domanda finalizzata ad ottenerlo di nuovo; l'altra prosegue per tutto il periodo di vigenza dell'accREDITAMENTO, durante il quale la regione vigila comunque sulla permanenza dei requisiti che ne hanno consentito il rilascio e, se questi vengono meno, può revocarlo⁶⁰.

L'ultima fase (convenzionale) del procedimento consiste nella stipula degli accordi contrattuali ai sensi dell'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992. Questi recano gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi, il volume delle prestazioni che le strutture accreditate si impegnano ad erogare, le caratteristiche del servizio da rendere, il corrispettivo e le modalità di remunerazione delle prestazioni⁶¹. L'abilitazione a fornire, in concreto, prestazioni a carico del SSN segue, infatti, solo alla stipula di tali accordi. All'esito delle modifiche apportate dall'art. 15 della l. n. 118 del 2022 – che fa, tra l'altro, venire meno l'accREDITAMENTO provvisorio – l'individuazione dei soggetti privati accreditati con i quali sarà stipulato l'accordo contrattuale avviene attraverso una procedura di selezione⁶² (anch'essa periodica in considerazione della programmazione regionale e delle altre eventuali esigenze che dovessero verificarsi⁶³) in relazione alla quale la regione pubblica un avviso recante i criteri che saranno valutati considerando la qualità e la quantità delle prestazioni da fornire⁶⁴. Anche tale selezione dovrà essere sistematicamente rinnovata,

⁶⁰ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., 131.

⁶¹ Corte cost., 9 maggio 2022, n. 113.

⁶² La disposizione di cui all'art. 8-*quinquies*, c. 1-*bis*, d. lgs. 502/1992, così come introdotto dalla l. 118/2022 detta i criteri da seguire ai fini della stipula degli accordi contrattuali con le strutture private accreditate: «... mediante procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare».

⁶³ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., 131.

⁶⁴ Ai sensi del successivo D.M. Salute 19 dicembre 2022 «le regioni e le province autonome adeguano il proprio ordinamento alle disposizioni di cui all'art. 8-*quater*, comma 7 e all'art. 8-*quinquies*, comma 1-*bis* del decreto legislativo n. 502 del 1992 entro il termine di nove mesi dalla data di pubblicazione del presente decreto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana». La giurisprudenza (Cons. St., III, 31 luglio 2024, n. 6879), peraltro, ha riconosciuto, in una prospettiva funzionale all'attuazione dei principi

tenendo conto sia della programmazione sanitaria e degli esiti delle verifiche delle attività già espletate⁶⁵, sia dell'effettiva alimentazione continuativa e tempestiva del fascicolo sanitario elettronico⁶⁶.

3. *La valutazione sistematica e periodica: i principali strumenti*

Quanto sinora esposto illumina un profilo peculiare del procedimento di accreditamento e delle relative fasi espressione della capacità dell'istituto (e del corrispondente atto) di adattarsi alla realtà che cambia. L'*iter* descritto deve necessariamente confrontarsi con molteplici mutamenti dovuti, ad es., alle evoluzioni scientifiche e tecnologiche, alla domanda di salute delle popolazioni di quel territorio e alle specificità delle strutture sanitarie; di conseguenza, gli strumenti che la normativa destina a tal fine dimostrano come esso sia in grado di comportare un adeguamento alle transizioni permanenti. La ragione può essere rinvenuta nel fatto che uno degli elementi qualificanti l'istituto è la sua collocazione in un contesto di principi e regole caratterizzati da poteri di programmazione, controllo e monitoraggio di tali attività, oltre che nel necessario mantenimento dei requisiti di qualità prescritti, in quanto funzionali alla tutela della salute e in una logica di contenimento della spesa pubblica⁶⁷. A ciò si aggiunga che, proprio alla luce dell'essenzialità, in tutte le fasi del procedimento, di una valutazione sistematica e periodica dei requisiti, il trascorrere del tempo impone una verifica regolare e un permanente aggiornamento. Rilevanti a tal fine appaiono gli strumenti attraverso i quali il procedimento e, dunque, le valutazioni sistematiche e periodiche sono compiute e le conseguenti implicazioni.

Molteplici sono in effetti gli strumenti amministrativi che, comparando la rispondenza delle caratteristiche possedute dall'erogatore con quelle ideali, evidenziano una capacità di adattamento del sistema di accredi-

di apertura al mercato, ma nel rispetto della fondamentale esigenza di evitare interruzioni nel servizio di assistenza sanitaria, una eventuale proroga nell'attesa della stipula dei nuovi accordi in considerazione dei "tempi tecnici" necessari per l'adeguamento alla nuova disciplina purché temporalmente circoscritta e tesa ad evitare interruzioni nel servizio in attesa dell'adozione degli atti necessari "per uniformarsi al quadro metodologico omogeneo a livello nazionale".

⁶⁵ Compresa le attività di monitoraggio e controllo di cui all'art. 8-*octies*, d.lgs. n. 502/1992.

⁶⁶ C. 1-*bis*, art. 8-*quinquies*, d.lgs. n. 502/1992.

⁶⁷ TAR Sicilia, I, 31 luglio 2024, n. 2373.

tamento, consentendo una risposta dinamica alle evoluzioni del contesto sanitario e sociale, nel tentativo di mantenere un equilibrio tra uniformità nazionale e autonomia regionale ed assicurando *standard* di qualità delle prestazioni e, dunque, un'armonizzazione del sistema⁶⁸.

Uno dei principali è il Piano socio-sanitario regionale che, in funzione di una tradizionale struttura 'a cascata' è adottato dalle regioni in attuazione del PSN⁶⁹ e che rappresenta oggi il principale atto di programmazione teso a delineare le strategie organizzative e gli obiettivi della sanità regionale⁷⁰. Il piano regionale, infatti, fondandosi sull'analisi del contesto socioeconomico e culturale e degli scenari presenti in un determinato territorio e sulla base delle innovazioni e acquisizioni scientifiche e tecnologiche, consente un adattamento ai fabbisogni assistenziali regionali; può, ad es., stabilire *standard* più elevati per l'accreditamento e può influenzare la programmazione in base alle priorità strategiche⁷¹. Si caratterizza, dunque, per la sua flessibilità dal punto di vista temporale, potendo prevedere revisioni periodiche e piani di miglioramento o percorsi di adeguamento (in una prospettiva di medio termine e nei limiti delle risorse disponibili), nel rispetto della normativa nazionale, della garanzia dei LEA e dei principi di equità, universalità, sostenibilità economica, nonché dei limiti di bilancio imposti dai Patti per la salute e dagli altri vincoli finanziari. Il PSSR, tra l'altro, supporta l'azienda sanitaria nelle scelte e nell'individuazione degli obiettivi attraverso gli strumenti più idonei per il monitoraggio delle azioni promosse.

Rilevanti, in questi termini, sono poi le delibere di giunta regionali (DGR), fondamentali per la definizione e l'implementazione dei requisiti e delle modalità per l'accreditamento come, ad es., l'utilizzo di *check-list* specifiche⁷² o di strumenti di autovalutazione annuale (che permettono di indivi-

⁶⁸ L'aggettivo "dinamico" è, peraltro, stato usato da A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2024, spec. 134 ss., con riferimento alla programmazione sanitaria.

⁶⁹ Artt. 55-56, l. n. 833/1978. Sulla programmazione sanitaria si v. altresì il Rapporto sulle Aziende e sul Sistema sanitario italiano (OASI), 2023; il Piano Nazionale Sanitario (PSN) 2006-2008 e il Patto per la salute 2019-2021.

⁷⁰ A seguito delle modifiche introdotte al d.lgs. n. 502/1992 con il d.lgs. n. 517/1993.

⁷¹ V., a titolo esemplificativo e non esaustivo: il PSSR della Lombardia 2024-2028 (come quello 2023-2027) che si occupa nelle prime due sezioni de "Il contesto" e de "Gli scenari" (p. 5 ss.); della regione Marche 2023-2025 che invece intitola la parte prima "Il fabbisogno e la domanda" (p. 11 ss.); della regione Umbria 2022-2026 che compone l'introduzione con "Il quadro economico-finanziario" e "Il profilo di salute della popolazione" collocati dopo le indicazioni sull'approccio metodologico (pp. 4 ss.).

⁷² È lo strumento utilizzato dalle strutture sanitarie per effettuare una autovalutazione all'inizio dell'istruttoria e dal gruppo dei valutatori durante le verifiche di accreditamento.

duare internamente e autonomamente la conformità ai requisiti richiesti) o, ancora, di verifiche da parte di soggetti terzi⁷³. Le DGR di recente approvazione dimostrano una capacità di adattamento anche dal punto di vista delle innovazioni poiché è attraverso di esse che possono essere aggiornati i requisiti per recepire i cambiamenti normativi o scientifico-tecnologici⁷⁴. La possibilità è espressamente ammessa dall'intesa Stato-regioni n. 259 del 2012⁷⁵ che consente un adeguamento continuo dei requisiti nel rispetto dei LEA e dei principi costituzionali di uguaglianza, universalità e non discriminazione, con una periodicità delle verifiche tesa a garantire l'effettivo permanere dei requisiti e svolta in tempi preventivamente stabiliti dalle norme regionali⁷⁶.

In argomento, di particolare interesse appaiono le disposizioni operative in materia di accreditamento allegate alla DGR Emilia-Romagna 6 giugno 2022, n. 886, nella parte in cui disciplinano: la valutazione ulteriore dei risultati e degli esiti (introdotta dalla l.r. n. 22 del 2019) che si compie nell'arco di vigenza dell'accreditamento attraverso programmi di monitoraggio, l'atto di rinnovo⁷⁷ e il monitoraggio⁷⁸. Gli esiti della verifi-

⁷³ Svolti dagli Organismi tecnicamente accreditanti (c.d. OTA) di ogni singola regione ai sensi delle Conferenze Stato-regioni n. 259 del 20 dicembre 2012 e n. 32 del 19 febbraio 2015: ad es., l'art. 13, l.r. Emilia-Romagna 6 novembre 2019, n. 22 e ss.mm.ii., sul punto, ha istituito anche la figura del Coordinatore regionale per l'autorizzazione e l'accreditamento con l'obiettivo di garantire coerenza e omogeneità tra i processi autorizzativi e quelli di accreditamento delle strutture sanitarie; nella regione Marche, per la visita di accreditamento il gruppo utilizza una *check-list* e la verifica dei requisiti viene effettuata tenendo conto di quanto stabilito in un decreto (del Settore Autorizzazioni e Accreditamenti n. 50/AUA del 28.02.2024) allegato alla DGR n. 1572/2019 che approva il manuale operativo per l'Accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private.

⁷⁴ Ad es. la DGR Emilia Romagna n. 1314 del 1° luglio 2024 che in attuazione del D.M. salute del 19 dicembre 2022 approva i requisiti generali di accreditamento delle strutture sanitarie pubbliche e private; la DGR Veneto n. 132 del 10 febbraio 2025 rilascia e rinnova l'accreditamento istituzionale sanitario e socio-sanitario mediante pubblico avviso e conseguente verifica del possesso o del mantenimento dei requisiti

⁷⁵ Intesa, ai sensi dell'articolo 8, c. 6, della l. 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome sul documento recante "Disciplina per la revisione della normativa dell'accreditamento", in attuazione dell'articolo 7, c. 1, del Patto per la salute per gli anni 2010-2012, Rep. 259/CSR del 20 dicembre 2012.

⁷⁶ Intesa 20 dicembre 2012, cit., 52.

⁷⁷ L'atto di rinnovo è previsto anche nel PSSR 2023-2025, p. 48, della regione Marche parla, ad es., di «ri-autorizzazione all'esercizio delle strutture» e di «rivalutazione di tutti i pazienti presenti nelle strutture al fine di valutare l'appropriatezza dei *setting* assistenziali» in seguito all'entrata in vigore dei nuovi Manuali di Autorizzazione e Accreditamento dei servizi residenziali e semiresidenziali.

⁷⁸ Analogamente l. r. Marche n. 21 del 2016, spec. artt. 13 ss.

ca possono essere di quattro tipologie: se non ci sono variazioni rispetto a quanto disposto nell'atto di accreditamento, questo viene confermato; nel caso in cui siano riscontrate variazioni è adottato un nuovo atto di accreditamento; se sono rilevate delle criticità tali da rendere necessarie delle prescrizioni, il nuovo atto di accreditamento conterrà anche le indicazioni per il superamento delle stesse; nell'ipotesi, più grave, di mancato adempimento delle prescrizioni di cui sopra o del riscontro circa l'assenza dei requisiti tale da comportare delle gravi compromissioni della qualità dell'assistenza e della sicurezza è assunto un atto di sospensione o di revoca dell'accreditamento⁷⁹. La procedura per la concessione dell'atto di rinnovo consiste nelle attività di verifica finalizzate ad accertare il possesso dei requisiti, anche mediante sopralluoghi presso la struttura interessata⁸⁰. Esse sono svolte dall'Organismo Tecnicamente Accreditante (OTA), entro il periodo di validità dell'accreditamento, secondo le modalità e i tempi individuati dallo stesso organismo in relazione ai contenuti della domanda, alle caratteristiche della struttura, all'oggetto da verificare e alle eventuali verifiche precedenti⁸¹.

Il monitoraggio⁸², da ultimo, consente l'introduzione di elementi di verifica più rispondenti agli indirizzi della programmazione regionale e permette un controllo continuativo e stringente delle organizzazioni (anche in rete): in base agli esiti del monitoraggio, possono essere effettuate visite di sorveglianza delle strutture e essere disposti adempimenti tesi a superare eventuali criticità evidenziate. Al mancato adempimento può seguire la sospensione o la revoca di tutto o di parte dell'accreditamento⁸³.

A supporto di tale impalcatura costituita dai piani regionali e dalle deliberazioni delle giunte regionali, si rinvencono altri strumenti 'esecutivi' fondamentali all'adeguamento del provvedimento di accreditamento alla realtà che cambia. Il riferimento è, in particolare, ai manuali regionali di accreditamento, agli *audit* e ai programmi di innovazione e di *Health Technology Assessment* (HTA).

Nel primo caso, si tratta di veri e propri manuali di natura operativa periodicamente adottati dalle regioni e ciclicamente aggiornabili, capaci di recepire le modifiche derivanti da nuove esigenze normative o scientifiche e, al contempo, in grado di dettagliare specifiche procedure per set-

⁷⁹ Allegato alla DGR n. 886 del 2022, pp. 21-22.

⁸⁰ Art. 18, l.r. n. 22/2019.

⁸¹ Allegato alla DGR n. 886 del 2022, p. 23.

⁸² Disciplinato dall'art. 16 della l.r. n. 22 del 2019.

⁸³ Allegato alla DGR n. 886 del 2022, p. 25.

tori particolari. La capacità adattiva di questi documenti risiede nel fatto che essi, ferme le evidenze contenute nel *Disciplinare per la revisione della normativa dell'accreditamento* condiviso in seno alla Conferenza Stato-regioni n. 259 del 2012, possono, anzi devono, essere contestualizzati alle diverse realtà territoriali. La loro prima finalità è, infatti, lo sviluppo progressivo del sistema di accreditamento e una valutazione continua dell'applicazione dei requisiti per il potenziamento della sanità⁸⁴.

Gli *audit* hanno, invece, la capacità di concordare piani di miglioramento per le strutture sanitarie non immediatamente conformi e di intervenire anziché penalizzare le strutture con un conseguente doppio beneficio sia in termini di continuità assistenziale⁸⁵ che di affidamento/fiducia⁸⁶ (c.d. *accountability*⁸⁷). Si realizzano mediante un potere di accertamento tecnico-discrezionale dei requisiti ulteriori di qualificazione e all'esito di una valutazione connotata da elementi di discrezionalità amministrativa ove è ponderata la funzionalità della struttura rispetto alle scelte della programmazione sanitaria regionale, nell'ambito delle linee della programmazione nazionale⁸⁸.

La recente riforma sul punto segue proprio lo spirito dell'adeguamento ai mutamenti delle circostanze di fatto. Il d.m. Salute 19 dicembre 2022, infatti, stabilisce, da un lato, che le regioni e le province autonome possano avvalersi dei risultati dei monitoraggi effettuati da altri soggetti come Agenas (con cadenza annuale per le strutture ospedaliere e triennale per le altre tipologie di erogatori soggetti all'accreditamento), come l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, nonché delle rilevazioni del Programma nazionale esiti (PNE)⁸⁹. Dall'altro, è prevista la

⁸⁴ I modelli dei manuali di accreditamento sono predisposti da Agenas e liberamente scaricabili sul sito www.agenas.gov.it per la modifica da parte degli enti.

⁸⁵ Consentendo di mettere in atto correttivi senza sospendere il servizio del quale l'utente può beneficiare.

⁸⁶ Nel rapporto tra la parte pubblica e l'erogatore privato la fiducia gioca un ruolo fondamentale poiché, da un lato, è data fiducia ai soggetti interessati circa la soddisfazione dei requisiti richiesti, dall'altro, la fiducia riposa tra soggetto erogatore e utente in punto al livello qualitativo della prestazione offerta.

⁸⁷ R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Pubblico e privato nella tutela della salute*, cit., 791.

⁸⁸ TAR Lazio, Roma, III, 20 febbraio 2023, n. 2921 che richiama la pronuncia del TAR Piemonte, Torino, II, 14 agosto 2015, n. 1323. Sugli *audit* clinici ancora R. PAPA, *Qualità dei processi clinico assistenziali*, cit., spec. 247-248.

⁸⁹ Art. 4 c. 2. Il PNE è, infatti, uno strumento di valutazione consistente in una operazione periodica di raccolta di dati sugli esiti delle cure. La sua funzione è supportare programmi di *auditing* clinico ed organizzativo e garantire un confronto nazionale sui risultati di salute del sistema sanitario nazionale. Rappresenta un tentativo di garantire

promozione da parte di Agenas, nell'ambito del PNE e in una prospettiva di governo collaborativo con regioni e province autonome, di percorsi integrati di *audit* presso le strutture erogatrici che presentino valori critici per determinati indicatori. Si tratta di percorsi finalizzati ad accertare le anomalie attraverso il controllo della qualità delle codifiche e, se necessario, a favorirne il superamento attraverso specifici *audit* clinico-organizzativi funzionali all'individuazione delle azioni di miglioramento⁹⁰.

I programmi di Innovazione e di HTA, infine, sono rivolti ad integrare le nuove tecnologie nei processi di accreditamento in quanto consentono di adattare i requisiti tecnici alle innovazioni in campo sanitario. In particolare, l'HTA è un processo multidisciplinare che sintetizza le informazioni sulle questioni cliniche, economiche, sociali ed etiche connesse all'uso di una tecnologia sanitaria, in modo sistematico, trasparente e imparziale⁹¹. Questa complessa procedura di valutazione dei fattori incidenti sul grado di efficienza e sulla utilizzabilità di una tecnologia sanitaria, può prendere in esame diversi aspetti, sia clinici che non clinici⁹².

una panoramica nazionale sulla variabilità degli esiti e dei processi assistenziali tra soggetti erogatori e gruppi di popolazione, in costante aggiornamento. Il progressivo sviluppo della sanità digitale e le novità introdotte in particolare con la l. 28 marzo 2022 n. 25, attraverso il rilancio del FSE e l'istituzione dell'Ecosistema dei Dati Sanitari, dovrebbero potenziare la maggiore interoperabilità dei sistemi informativi e aprire nuovi scenari sul versante della valutazione e del monitoraggio dei processi assistenziali, nella prospettiva di individuare le aree di potenziale miglioramento, ottimizzare le risorse disponibili e contribuire alla costruzione di un sistema sanitario più sostenibile e più resiliente, tanto nelle situazioni di emergenza quanto di fronte alle sfide del quotidiano.

⁹⁰ Nell'espletamento di tali percorsi, Agenas può avvalersi della collaborazione di professionisti di comprovata esperienza nella valutazione della qualità. Affinché tale sistema di monitoraggio funzioni, il decreto prevede che le regioni e le province autonome comunichino, con cadenza semestrale, entro il 30 giugno ed il 31 dicembre di ogni anno, ad Agenas, i provvedimenti di accreditamento e gli accordi contrattuali stipulati con le strutture private accreditate, utili al monitoraggio di cui al c. 2.

⁹¹ Le valutazioni di HTA consentono di identificare, in maniera comparativa (*benchmarking*), quelle tecnologie che meglio rispondono ai fabbisogni di salute del SSN nelle sue articolazioni regionali e locali (ospedali, aziende sanitarie locali, ecc.), da un punto di vista sia clinico (efficacia relativa), sia economico-organizzativo (impatto sul budget, adeguamenti strutturali e/organizzativi, necessità di adeguamento del numero o delle competenze dei professionisti chiamati ad utilizzare la tecnologia oggetto di valutazione). Il PNHTA prevede una serie ben definita di attività con una precisa articolazione temporale, che si sviluppa nel corso del triennio 2023-2025 e che ha l'obiettivo di creare una *governance* dei dispositivi medici, ovvero una serie di principi, regole e procedure per governare l'introduzione, la dismissione, il rimborso e la valutazione dei reali benefici generati dall'utilizzo dei dispositivi medici: *ex multis*, TAR Lazio, Roma, III, 13 gennaio 2025, n. 502.

⁹² TAR Sicilia, n. 2373/2024.

Gli strumenti individuati vanno tenuti distinti dalla deroga che, pur avendo una capacità adattiva, opera con una diversa logica⁹³. Il riferimento, per quanto qui di interesse, è alle deroghe temporanee previste a livello regionale; queste, seppur mosse da un'esigenza di adeguamento del provvedimento al mutare delle esigenze concrete operano su un altro piano giuridico. Il caso è quello delle deroghe adottate da diverse regioni nel corso della pandemia, ad es., al fine di garantire l'accreditamento anche in assenza dei requisiti non immediatamente applicabili⁹⁴. L'esigenza di flessibilità di una struttura sanitaria, infatti, non può essere intesa come la facoltà della stessa di operare in deroga, ad es., al numero di posti letto assegnati alle singole discipline, secondo uno schema variabile e non predefinito, rimesso alla piena discrezione della struttura e, quindi, di difficile controllo per l'ente regionale, ferma restando la possibilità di modificare l'assetto attraverso atti formali di revisione delle dotazioni iniziali, in grado di riallinearle alle sopravvenute esigenze del medio-lungo periodo⁹⁵.

Consolidano, infine, la capacità adattiva dell'istituto con riferimento al meccanismo di valutazione sistematica e periodica sulle modalità di svolgimento di tali valutazioni le novità introdotte agli artt. 8-*quater* e 8-*quinquies* del d. lgs. 502 dalla l. n. 118 del 2022 e dal decreto del Ministro della Salute del 19 dicembre 2022 sopra richiamati.

La nuova disciplina prevede una duplice verifica: la prima, si svolge nel momento del rilascio di nuovi accreditamenti; la seconda, successiva e più approfondita, è preliminare all'individuazione, da parte delle regioni, dei soggetti privati accreditati interessati alla stipula degli accordi contrattuali attraverso modalità costanti e sistematiche. Questo meccanismo di adeguamento, nonostante non comporti la risoluzione di tutte le criticità dell'accreditamento⁹⁶, dal punto di vista dell'adattabilità, consente il rispetto della

⁹³ Sulla logica operativa almeno G. U. RESCIGNO, *Deroga* (in materia legislativa), in *Enc. dir.*, 1964, 303 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989^{xv}, 61; V. ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1977.

⁹⁴ D.L. 17 marzo 2020, n. 18.

⁹⁵ Cons. St., III, 21 giugno 2019, n. 4284: in tal caso, il 'margine di adattamento' di un sistema rigido è contemplato al fine di renderlo capace di fronteggiare situazioni contingenti ed emergenziali attraverso deroghe e disallineamenti occasionali, mentre «un interscambio dei posti letto di più ampia portata e, quindi, eccedente le ipotesi della stretta emergenza, non appare congruente con la pianificazione rigida delle prestazioni in regime di ricovero concordate tra l'amministrazione e il soggetto erogatore».

⁹⁶ Come la questione recentemente sollevata da A. PIOGGIA, *Quale sostenibilità*, cit., 729-730, riguardo l'aumento del ricorso ai privati, le cui scelte muovono da stimoli eco-

legalità sostanziale e dell'efficacia del sistema attraverso moduli procedurali rigorosi costruiti sulla legalità formale⁹⁷ nel rispetto del principio di tipicità⁹⁸, utilizzando strumenti ordinamentali già esistenti. La valutazione in termini di effettività potrebbe semmai essere criticata in ordine alla scelta dei requisiti e all'aderenza degli stessi alle singole realtà territoriali, sebbene il margine lasciato alle regioni potrebbe colmare quelle lacune che potrebbero mettere in crisi l'equità del sistema.

4. *Una possibile chiave di lettura: la dinamicità dell'accreditamento per l'adeguamento del titolo alle transizioni permanenti*

Giunti a questo punto, pare potersi ragionevolmente considerare l'accreditamento un istituto tipizzato (a due livelli) dall'ordinamento per l'adeguamento del titolo alle transizioni permanenti, muovendosi all'interno di una sorta di 'ciclo di vita' che ne consente l'adattamento alle mutevoli circostanze.

L'assunto trova specifica giustificazione in congiunture esterne che vanno a rendere flessibile il procedimento⁹⁹. Il riferimento è, in particolare, alla saturazione del fabbisogno di prestazioni e di assistenza sanitaria rilevata, che può dipendere da molteplici fattori tra i quali le contingenze momentanee¹⁰⁰.

Questa situazione, differenziata territorialmente¹⁰¹, ma presupposto comune in tutte le regioni, può ben configurarsi come ipotesi di transizione. Non si può, difatti, escludere che, subito dopo il rigetto di una richiesta di accreditamento, si possa verificare una carenza di offerta rico-

nomici inducendoli ad essere presenti solo nei settori ritenuti più remunerativi, per lo smaltimento delle liste d'attesa.

⁹⁷ Su questi aspetti, M. RAMAJOLI, *Dal provvedimento al procedimento amministrativo e ritorno*. Rileggendo Mario Nigro, in *Nomos*, 1, 2024, *passim*.

⁹⁸ A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2-3, 2020, 529.

⁹⁹ Seppure con riferimento ad un diverso accreditamento (universitario), I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Giappichelli, Torino, 2024, 286.

¹⁰⁰ Cons. St., III, 18 ottobre 2018, n. 5965.

¹⁰¹ Le quali «dipendono da quella capacità di quell'organizzare in fatto che è sempre l'esito di capacità individuali, ma anche dalla capacità d'attrazione ("fama") di un'istituzione, con caratteri a ciascuna peculiari, che definiscono nel tempo le organizzazioni pubbliche o private, pena il loro declassamento (minore assegnazione di funzioni), il loro accorpamento, o l'estinzione con definitiva chiusura di un centro di diagnosi e cura»: R. CAVALLO PERIN, *L'interesse delle collettività*, cit., 753.

nosciuta dall'amministrazione e tale da consentire la concessione dell'accreditamento ad una struttura diversa rispetto a quella che ne aveva in precedenza fatto richiesta.

Simili approcci, sebbene ispirati dalla necessità di far fronte a mutamenti accidentali e, dunque, dal bisogno di fornire risposte tempestive e adeguate a tutela di un diritto fondamentale¹⁰², possono, tuttavia, rendere illegittimo¹⁰³ il vantaggio concesso alle strutture già operanti sul mercato ai danni di quelle che in esso sono appena entrate o non lo sono ancora¹⁰⁴, innestando una logica concorrenziale che riguarda altresì l'offerta privata¹⁰⁵.

D'altra parte, anche il reiterato rinnovo dell'accreditamento, se concepito unicamente come formalità da espletare (conformità), rischia di rappresentare il consolidamento della posizione di plusvalore concorrenziale del soggetto accreditato a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, della eventuale maggiore efficienza e qualità di soggetti aspiranti, laddove è necessario che l'offerta sanitaria sia costantemente verificata, aggiornata, rinnovata e, pertanto, effettiva. Del resto, una «riorganizzazione [che] è effettiva perché è ogniqualvolta ridefinita in ragione delle reazioni che la realtà rivela come andamenti delle persone che le cure debbono riceverle o dei sanitari che debbono erogarle»¹⁰⁶.

Ecco che, allora, la mobilità del meccanismo che permette l'adeguamento avvantaggia l'utente finale rispetto alla garanzia di qualità del servizio e/o dell'assistenza, senza, nel contempo, sfuggire alle regole della concorrenzialità volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a determinare eventualmente il livello e i presumibili necessari miglioramenti dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete, ricavabile anche dalla durata limitata nel tempo dell'accreditamento¹⁰⁷.

¹⁰² Cons. St., III, 18 gennaio 2021, n. 511.

¹⁰³ Cons. St., III, 16 settembre 2013, n. 4574.

¹⁰⁴ Del resto, sebbene ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. *Bolkestein*) i servizi sanitari debbono essere considerati servizi di interesse generale esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva stessa, è stato ritenuto che restrizioni delle libertà fondamentali garantite dal TUE possono essere giustificate solo da ragioni imperative di interesse generale idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito nel limite della proporzionalità (*ex multis* GCUE 13 dicembre 2007, C-250/06).

¹⁰⁵ AGCM, Parere 3 marzo 2022.

¹⁰⁶ R. CAVALLO PERIN, *L'interesse delle collettività*, cit., 757.

¹⁰⁷ Cons. St., III, 4 febbraio 2021, n. 1043. Sulla illegittimità della proroga automatica già, tra le molte, Corte Cost., 26 ottobre 2012, n. 236.

In tal senso, secondo questa lettura, si insinua la flessibilità dell'istituto inteso quale capacità di adeguamento del titolo in conseguenza dei mutamenti delle circostanze di fatto o normative rispetto al carattere temporaneo del diniego di accreditamento, profilo che denota una perdurante sussistenza di margini di discrezionalità in capo all'amministrazione in ordine al rilascio del provvedimento abilitativo richiesto. La valutazione dei requisiti e l'aggiornamento comportano, attraverso il riscontro con i dati empirici, un aiuto alla decisione amministrativa poiché segnano un percorso obbligato per l'effettività delle regole poste. In circostanze come queste, la conoscenza della realtà che viene incisa dall'intervento pubblico – qualunque esso sia – diviene la chiave per evitare il fallimento del sistema¹⁰⁸.

Giunge a questo approdo anche la giurisprudenza amministrativa che, proprio con riferimento ad un diniego di accreditamento, stabilisce come «una visione dinamica e una valutazione periodicamente rinnovata ed aperta alla comparazione tra chi è già accreditato e chi aspira ad esserlo, può [...] rispondere alla migliore e più efficiente allocazione delle risorse disponibili», specificando ulteriormente che «quanto più la valutazione è periodica, cioè dinamica, e quanto meno si consolidano posizioni di vantaggio in singoli operatori, tanto più potranno emergere efficienza e risparmio a vantaggio della spesa sanitaria regionale»¹⁰⁹.

A tali conclusioni il Collegio giunge rafforzato dalla l. n. 118 del 2022, oramai più volte richiamata, che, come spesso accade recependo le risultanze della giurisprudenza amministrativa e costituzionale e i principi già presenti nell'ordinamento interno ed eurounitario, ha modificato il d. lgs. n. 502 del 1992 con particolare riguardo alla necessità di selezionare le

¹⁰⁸ In argomento, G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, cit., 175.

¹⁰⁹ TAR Napoli, I, 8 maggio 2023, n. 2806; in senso conforme TAR Sicilia, Catania, III, n. 311/2023. Il concetto è ribadito in Cons. St., III, 16 gennaio 2025, n.335. Il tema è rilevante in particolare in un altro settore oltre a quello sanitario che qui ci occupa. Il riferimento è alla materia ambientale: sul punto, in giurisprudenza, con riguardo al carattere duttile, plasmabile e appunto dinamico dell'AIA già Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; più di recente, Cons. St., IV, 4 ottobre 2024, n. 7987 sulla valutazione di compatibilità di un progetto con l'ambiente (VIA) quale espressione non solo di discrezionalità tecnica, esercitata sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma anche di scelte amministrative discrezionali, sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera (il sacrificio ambientale è bilanciato con l'utilità socio-economica). In dottrina, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 261, che fa riferimento all'adattamento strumentale teso al miglior perseguimento dello specifico interesse pubblico che lo richieda.

strutture sanitarie a cui attribuire l'accreditamento in base a procedure trasparenti e non discriminatorie, che evitino ogni rischio di arbitrio e innalzino mediante la concorrenza il livello delle prestazioni sanitarie.

Partendo dalla necessità di un bilanciamento ispirato al principio di ragionevolezza e di proporzionalità, la dinamicità del procedimento di accreditamento e la valutazione sistematica e periodica in tutte le fasi di detto procedimento superano la dimensione di mero controllo e paiono divenire elementi di una più ampia valutazione di impatto sociale¹¹⁰ ponendo al centro l'utente-persona destinatario di quel servizio (e la sua soddisfazione) nella prospettiva di quel miglioramento che dovrebbe ispirare tutti i servizi pubblici posto che la loro ultima finalità è il perseguimento dell'interesse generale e il benessere della comunità.

¹¹⁰ R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Pubblico e privato*, cit., 791.

GIOVANNA CORDOVA

GLI ACCORDI PUBBLICI TRA RINEGOZIAZIONE E ADATTABILITÀ

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. La rinegoziazione: uno strumento di equilibrio negoziale. – 3. La clausola di rinegoziazione. – 4. L'adattabilità: un altro rimedio conservativo. – 5. La clausola di adattabilità. – 6. Alcuni spunti di riflessione.

1. *Profili introduttivi*

L'amministrazione pubblica svolge la propria attività in un contesto sempre più dinamico, frammentato e mutevole.

Due aspetti sono rilevanti a tale riguardo: da un lato, il rapido cambiamento della realtà interessata da processi di transizione sociale, economica, digitale, climatica ed ecologica; dall'altro lato, la difficoltà di operare in un simile contesto tramite il provvedimento amministrativo, considerato come un atto che disciplina la realtà in modo puntuale e tendenzialmente stabile.

Si pone, a tale stregua, il problema se il provvedimento (o comunque il titolo amministrativo) debba continuare ad essere concepito esclusivamente in questi termini o se, invece, non possa essere capace di adeguarsi ai mutamenti della realtà di riferimento, soggetta a modificazioni di diritto, ma anche (e soprattutto) di fatto successive alla sua adozione. Il problema dell'adattamento si pone con più evidenza per gli atti amministrativi i cui effetti si protraggano nel tempo.

Per fronteggiare le sopravvenienze che si ripercuotono sul provvedimento, tradizionalmente le amministrazioni ricorrono a 'rimedi' eliminatori (si pensi in particolare alla revoca), che tuttavia impongono poi un nuovo esercizio del potere, oltre a generare frequentemente contenziosi.

Spesso le amministrazioni utilizzano anche strumenti come clausole, condizioni, prescrizioni ed elementi accidentali che disciplinano le conseguenze giuridiche che si potrebbero produrre sull'atto a fronte delle sopravvenienze. Con l'introduzione nel provvedimento dei suddetti elementi, l'amministrazione tenta di prevedere e regolamentare le conseguenze dei mutamenti che si producono su di esso. Di qui la necessità – soprattutto nella situazione attuale – che l'amministrazione disponga di

strumenti in grado di governare l'evolversi della realtà fattuale (anche alla luce del crescente rilievo del principio di conservazione degli atti amministrativi¹, il quale ha senso solo se i provvedimenti siano capaci di resistere e, al contempo, adeguarsi ai cambiamenti).

In tale contesto, potrebbero assumere rinnovata importanza anche gli accordi pubblici, sostitutivi del provvedimento unilaterale: a tale fine, occorre comprendere se apposite previsioni pattizie possano evitare il venir meno dell'intero atto al verificarsi di mutamenti significativi del contesto disciplinato (soprattutto, nei frequenti casi in cui l'accordo amministrativo ha ad oggetto rapporti di durata ad esecuzione continuata).

Gli istituti espressamente previsti dal legislatore per fare fronte alle sopravvenienze sono di tipo essenzialmente 'eliminatorio': la risoluzione dell'accordo pubblico *ex art. 1463 cc* (applicabile grazie al rinvio ai principi in materia di obbligazioni e contratti nell'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241), di fronte ad un mutamento che è tale da rendere impossibile o eccessivamente oneroso l'adempimento dell'accordo pubblico, ovvero il recesso unilaterale dell'amministrazione al ricorrere dei presupposti richiesti dalla legge, assimilabile alla revoca *ex art. 21 quinques l. 241/1990*².

Allo stato, la scelta più semplice, ma non rispondente al principio di economicità dell'agire della pubblica amministrazione, al verificarsi di una sopravvenienza di fatto o di diritto, è far cessare la relazione instaurata tra il cittadino e l'amministrazione: in altre parole, si risolve l'accordo

¹ Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VII, 4 luglio 2024, n.5944, in *www.giustizia.amministrativa.it*, il quale afferma che il principio di conservazione degli atti giuridici è pacificamente applicabile anche agli atti e ai provvedimenti amministrativi. Inoltre, tale principio è espressione del principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa e non può non coniugarsi, in una visione più ampia, con il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e del dovere *ex fide bona* di rinegoziazione del contratto, in una logica manutentiva che ispira il sistema ordinamentale. In senso conforme cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358, in *www.giustizia.amministrativa.it*.

² In particolare, l'art. 11, comma 4, l. 241/1990 riconosce in capo alla pubblica amministrazione il potere di recedere unilateralmente dall'accordo pubblico per sopravvenuti motivi di interesse pubblico. Tale strumento permette di far fronte alle sole eventuali modificazioni degli interessi pubblici. Sulla natura giuridica del potere di recesso cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4304, in *Foro amm.*, 2017, 9, 1830, il quale sostiene che «per la pubblica amministrazione il potere di recedere nel pubblico interesse dagli accordi amministrativi non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale, anziché in forma unilaterale; del resto non può negarsi la possibilità di recedere dal predetto accordo, rientrando nella funzione di amministrazione attiva il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo».

pubblico –con inevitabili diseconomie– e si avvia un iter procedimentale per la stipula di un nuovo accordo o per l'adozione di un nuovo provvedimento.

La necessità di integrare nel processo decisionale strumenti che consentano di gestire efficacemente i cambiamenti sopravvenuti – vale a dire, eventi o circostanze che emergono dopo la stipulazione dell'accordo e che alterano l'equilibrio originario tra le parti – impone un ripensamento degli istituti giuridici tradizionali sia dal punto di vista teorico che pratico.

2. *La rinegoziazione: uno strumento di equilibrio negoziale*

La rinegoziazione è l'attività in forza della quale è possibile riaprire una trattativa precedentemente conclusa, volta alla definizione di un nuovo contenuto dell'accordo che tenga conto delle circostanze sopravvenute. Per sopravvenienze si intendono accadimenti –fattuali o giuridici– occorsi tra il momento di adozione dell'atto e la sua esecuzione o durante quest'ultima, in grado di determinare l'alterazione dell'equilibrio contrattuale originario, indipendentemente dalla volontà delle parti.

Rinegoziare porta, dunque, le parti a cercare di realizzare un nuovo assetto degli interessi in gioco su quel profilo, mantenendo in piedi per il resto l'accordo già stipulato.

Si può discutere se sia configurabile un'operazione di questo tipo per gli accordi pubblici al verificarsi di sopravvenienze, vale a dire se sia possibile rinegoziare il contenuto dell'accordo. L'art. 11, l.241/1990, nella sua scarna formulazione, nulla prevede in proposito.

Dottrina³ e giurisprudenza si sono interrogate sull'ammissibilità di

³ Sull'attività di rinegoziazione degli accordi amministrativi cfr. A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione sugli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 298; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 245; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi Pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 1 ss.; G. LO SARDO, *Gli accordi ex art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 nella prospettiva civilistica*, in *Riv. not.*, 1994, 1280. Per un'impostazione sul tema della stabilità del rapporto convenzionale cfr. G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 270 ss.

In riferimento specificamente agli accordi ex art. 15, invece, R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 788, il quale afferma che per via della posizione di parioridazione delle parti negli accordi tra pubbliche amministrazioni, l'unico modo per sfuggire agli obblighi dell'accordo in caso di sopravvenienze non possa essere una determinazione unilaterale, ma una "rinegoziazione e ripermetrazione dell'accordo medesimo [...] senza che possano profilarsi soluzioni di tipo autoritativo".

modificare la disciplina del rapporto successivamente alla conclusione dell'accordo pubblico.

Parte della dottrina⁴ propende per la soluzione negativa, invocando il principio di legalità: pertanto sarebbe possibile solo l'esercizio del diritto di recesso unilaterale dell'amministrazione, in quanto previsto dall'art. 11, comma 4, l. 241/1990.

Anche parte della giurisprudenza⁵ nega l'esistenza del potere di imporre la rinegoziazione negli accordi pubblici, fondando le proprie conclusioni sull'art. 1372 c.c. e sul principio *pacta sunt servanda*. Le parti cristallizzano il contenuto della convenzione, la quale risulta essere intangibile ed immodificabile. Infatti, secondo i giudici amministrativi, nessuna norma dell'ordinamento impone in via generale un obbligo di revisione di un atto già stipulato e in corso di esecuzione. Del resto, secondo questo orientamento, nessuna norma generale prevede un obbligo di rinegoziazione delle obbligazioni contrattuali (al di fuori di specifiche ipotesi di legge).

Secondo una tesi intermedia⁶ solo l'amministrazione può riservarsi la facoltà di modificare l'accordo. Tuttavia, pure in questo caso, l'amministrazione potrebbe esercitare il potere di modifica unilaterale soltanto eccezionalmente⁷, dopo aver accertato l'impossibilità di una modifica consensuale del rapporto.

Si è però evidenziato⁸ che, in ultima analisi, la rinegoziazione dell'ac-

⁴ E. BRUTTI LIBERATI, *Accordi Pubblici*, op. cit., 24.

⁵ Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3145, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1987, n. 207, in *Foro amm.*, 1987, 506, il quale sostiene che «le unità sanitarie locali non hanno il potere di modificare unilateralmente le convenzioni stipulate con una società privata per prestazioni di diagnostica strumentale, posto che le convenzioni concluse dalla p.a. soggiacciono, in quanto non derogate da norme speciali o da principi propri del diritto amministrativo, alle norme comuni sui contratti e in particolare all'art. 1372 c.c.».

⁶ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op.cit., 249.

⁷ In tal senso anche Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 814, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha affermato che «l'amministrazione può, unilateralmente, disporre modificazioni costitutive della sfera giuridica soggettiva di un soggetto di diritto a prescindere dal suo consenso, dovendosi rammentare, come si è sopra precisato, che l'amministrazione pubblica opera sempre in vista di interessi generali, di cui essa si presenta come curatrice».

⁸ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003, 188; P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007, 199; G. FABIANO, *L'attività della pubblica amministrazione tra funzione autoritativa e modulo consensuale nella visione storica del procedimento amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 2012, 1095.

cordo pubblico risponda ad esigenze di efficienza e di semplificazione dell'attività amministrativa: la rinegoziazione sarebbe riconducibile alla più generale facoltà di recesso dell'art. 11, comma 4, l. 241/1990. In sostanza, il legislatore, nell'attribuire all'amministrazione il potere di svincolarsi da un accordo, avrebbe consentito implicitamente anche la possibilità di modificarne il contenuto.

Oggi i termini del dibattito appaiono parzialmente diversi. Sulla scorta della dottrina civilistica⁹ e grazie anche ad alcuni interventi legislativi¹⁰, nel diritto amministrativo ha assunto sempre maggiore peso il principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale¹¹. Poiché le parti possono frequentemente venirsi a trovare in una situazione di squilibrio contrattuale, nei rapporti di durata deve essere possibile rimodulare il contenuto dell'accordo pubblico alla luce delle circostanze sopravvenute. In questa logica, ad esempio, in occasione dell'emergenza Covid 19 il legislatore ha reso possibile la rinegoziazione degli accordi sanitari già stipulati *ex art. 8 quinquies* d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502¹².

La giurisprudenza più recente¹³ ha affermato che si può modificare il contenuto di un accordo pubblico al verificarsi di circostanze soprav-

⁹ Per una ricostruzione del dibattito cfr. M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, 2016; F. VOLPE, *Contratto giusto (voce)*, in *Dig., priv., sez. civile*, Agg. III, Torino, 2007.

¹⁰ Non di poco rilievo è un intervento legislativo, frutto della necessità di affrontare il problema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta a causa degli eventi pandemici, che ha introdotto per i contratti di locazione ad uso non abitativo l'obbligo a carico delle parti di rinegoziazione le clausole contrattuali. Si veda art. 6-*nonies* l. 21 maggio 2021, n. 69: «le disposizioni del presente articolo sono volte a consentire un percorso regolato di condivisione dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici, nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi, derivante dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto. Locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione».

¹¹ Oggi sancito espressamente in materia di contratti pubblici all'art. 9 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Sui primi commenti alla nuova normativa cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha sostenuto che il diritto alla rinegoziazione del contratto al verificarsi delle condizioni previste dalla legge riecheggia un istituto affacciato sul versante civilistico e presenta indubbi elementi di novità.

¹² Art. 4 d.l. 19 maggio 2020, 34.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 11, novembre 2024, n. 9014; Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2023, n. 8328; Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2022, n.11734, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

venute rilevanti, ove non considerate in sede di stipulazione. Del resto, i giudici amministrativi sottolineano che il cittadino non può essere vincolato per sempre a ciò che è stato previsto in origine nella convenzione, solo perché il diritto di recesso *ex art.* 11, comma 4, l. 241/1990 è attribuito esclusivamente all'amministrazione. In particolare, in alcune pronunce, la giurisprudenza amministrativa¹⁴ ha affermato che l'obbligo di rinegoziazione¹⁵ altro non è che un corollario dell'obbligo di collaborazione tra le parti dell'accordo pubblico.

Dal filone giurisprudenziale in esame possono desumersi i seguenti principi e regole generali.

In primo luogo, la modifica di un accordo pubblico non può avvenire sulla base di un intervento unilaterale della pubblica amministrazione, ma solo attraverso una facoltà di rinegoziazione spettante ad entrambe le parti¹⁶. Ne discende che la rinegoziazione presuppone un'attività partecipativa, costruttiva e collaborativa di tutte le parti coinvolte nell'accordo.

In secondo luogo, la rinegoziazione può avere ad oggetto solo le obbligazioni che non possono essere più adempiute nel modo originariamente convenuto. Di conseguenza, l'attività di rinegoziazione ha un campo di intervento limitato agli obblighi e alle attività divenute di impossibile esecuzione per le parti dell'accordo pubblico.

In terzo luogo, il Consiglio di Stato¹⁷ ha affermato che dinnanzi ad

¹⁴ TAR Lombardia, Milano, sez. II, 10 febbraio 2017, n. 346; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 26 luglio 2016, n. 1507; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17 marzo 2016, n. 517, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵ In senso conforme anche cfr. S. GRONDOLINI, *L'obbligo di rinegoziazione degli accordi amministrativi. Due modelli a confronto*, in *Dir. econ.*, 2022, 1, 343 ss., la quale sostiene che sussiste uno spazio per l'introduzione di una norma generale che disciplini puntualmente l'obbligo di rinegoziazione.

¹⁶ TAR Campania, Napoli, sez. II, 7 marzo 2018, n. 1443, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁷ In particolare cfr. Cons. Stato 11734/2022 cit., il quale ha sostenuto che «anche in presenza di un esercizio consensuale del potere pubblico la legge o la buona fede possono prevedere un obbligo di provvedere, senza che ciò escluda la natura bilaterale che connota gli accordi; l'accordo in questione è infatti stipulato nell'esercizio di un potere pubblico, con la conseguenza che l'attributo indefettibile di tale situazione giuridica non è quello della libertà, proprio della autonomia negoziale, bensì della doverosità cui si ricollega l'obbligo di provvedere nei casi in cui sussista una posizione differenziata e qualificata di pretesa ad una pronuncia espressa sulla proposta di stipula dell'accordo». In senso conforme cfr. Cons. Stato, sez. II, 8 aprile 2022, n. 2636, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 28 agosto 2013, n. 4309, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 2013, 1929; Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2011, n. 6244, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

un'istanza di rinegoziazione la pubblica amministrazione ha l'obbligo di provvedere *ex art.* 2 l. 241/1991. Anche in presenza di fattispecie consensuali aventi ad oggetto l'esercizio di un potere pubblico sussiste sempre un obbligo giuridico di esame dell'istanza alla luce dei fatti sopravvenuti. Pertanto, la giurisprudenza amministrativa ammette che il privato possa chiedere alla pubblica amministrazione di rinegoziare, in virtù del principio di buona fede e correttezza, il contenuto dell'intera convenzione o di una sua parte: a fronte di tale richiesta, la pubblica amministrazione ha il dovere di assumere e motivare le proprie determinazioni in relazione all'istanza di rinegoziazione.

Inoltre, i giudici amministrativi hanno ritenuto che la valutazione dell'amministrazione sull'opportunità di rinegoziare i contenuti di una convenzione sia ampiamente discrezionale, come tale non integralmente ripetibile dal giudice.

Interessante è infine una recente pronuncia del Consiglio di Stato¹⁸ sulle conseguenze giuridiche in caso di rifiuto del privato di rinegoziare il contenuto dell'accordo pubblico. Nella vicenda esaminata, la rinegoziazione era stata identificata dall'ente locale come lo strumento in grado di riequilibrare il rapporto giuridico che si era man mano delineato (e modificato) a seguito della disgregazione del tessuto sociale ed economico della comunità locale, a causa del sisma che aveva colpito il Comune dell'Aquila. Il superamento della fase dell'emergenza imponeva al privato la rinegoziazione della convenzione. Secondo i giudici amministrativi il rifiuto del privato di intraprendere un percorso di dialogo con la pubblica amministrazione volto alla rinegoziazione dell'accordo pubblico aveva costretto l'ente a chiedere la risoluzione della convenzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, determinata dall'oggettivo e radicale mutamento delle circostanze di fatto poste alla base dell'originaria contrattazione.

Si tratta di un'impostazione in linea con quanto affermato in una recente relazione tematica della Corte di cassazione¹⁹, la quale ha sostenuto

¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2024, n. 8021, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'amministrazione comunale, all'indomani del sisma del 2009, ha accolto la richiesta della società che lamentava l'impossibilità, per causa di forza maggiore, di dare esecuzione agli obblighi *ex contractu* e disposto la "sospensione" della convenzione (avente ad oggetto la gestione dei parcheggi pubblici della città), con esclusione della "parte delle obbligazioni contrattuali che sono eseguibili o che lo diverranno nel corso del tempo".

¹⁹ Cfr. Relazione tematica-Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale 8 luglio 2020, n.56, in *www.cortedicassazione.it*. La Cassazione ha sostenuto che «la rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze

che la violazione dell'obbligo di rinegoziazione costituisce un inadempimento contrattuale che legittima la risoluzione del contratto su richiesta della parte che ha proposto inutilmente la rinegoziazione dell'accordo.

3. *La clausola di rinegoziazione*

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali più recenti è possibile inserire negli accordi pubblici una clausola di rinegoziazione di origine pattizia²⁰, la quale stabilisca che, di fronte ad una rilevante circostanza sopravvenuta, la parte pubblica e quella privata siano tenute ad intrattenersi con l'obiettivo di rimodulare il contenuto di una convenzione.

Pur mancando una norma generale che preveda espressamente la rinegoziazione degli accordi pubblici, l'introduzione nella convenzione di una clausola di tal specie²¹ può essere ritenuta perfettamente legittima: nell'ambito degli accordi pubblici, le parti possono scegliere di obbligarsi, fin dalla stipulazione dell'accordo, a calibrare i possibili contenuti dell'atto di fronte ad eventi sopravvenuti rilevanti.

La clausola di rinegoziazione rappresenta, quindi, un utile rimedio di revisione e di gestione preventiva dei rischi al mutamento di circostanze intervenute in fase di esecuzione dell'accordo pubblico.

L'ammissibilità della clausola in esame è stata avallata anche dalla giurisprudenza²², la quale ha ritenuto pienamente legittima.

che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale».

²⁰ Per un esame della clausola di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica cfr. V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 5, 1911, secondo il quale non vi è dubbio che le parti possono inserire nei contratti di durata clausole di rinegoziazione.

²¹ Nella dottrina civilistica cfr. V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 130 ss, il quale afferma che in molti casi il contenuto delle clausole di rinegoziazione è specifico in modo tale che le parti possono «svolgere in un momento successivo una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata e quella realizzatasi» e F. MACARIO, *Adeguamento e ricognizione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 331, il quale sostiene che in alcuni casi le parti preferiscono assegnare un contenuto generico alla clausola al fine di avere una maggiore flessibilità nel gestire la sopravvenienza. Le parti, afferma F. MACARIO, godono di un'ampia autonomia e possono dar vita a clausole a contenuto vario e atipico.

²² TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 26 ottobre 2000, n. 316, in *www.giustizia amministrativa.it*; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 18 settembre 2002, n. 1182,

Ci sono tuttavia due aspetti problematici meritevoli di attenzione.

In primo luogo, occorre individuare e, quindi, disciplinare puntualmente nella clausola i ruoli e i poteri spettanti al privato e all'amministrazione, riconoscendo ad entrambi la facoltà di chiedere la rinegoziazione del contenuto dell'accordo al verificarsi di un determinato evento sopravvenuto.

Può ritenersi che l'obbligo di rinegoziare imponga solamente di intraprendere nuove trattative e di condurle correttamente e secondo buona fede, ma non anche imporre di concludere un accordo modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se promuove una trattativa e propone soluzioni riequilibrative che risultino eque ed accettabili alla luce del nuovo contesto che si è delineato, in quanto idonee a ripristinare l'equilibrio del rapporto giuridico. Al contrario, qualora una parte dovesse opporsi in modo assoluto, irragionevole e ingiustificato alla modifica dell'accordo oppure dovesse limitarsi a partecipare alla rinegoziazione con la palese riserva mentale di non rivedere l'accordo pubblico, risulterà senz'altro inadempiente all'impegno assunto di rinegoziare il contenuto dell'accordo.

In secondo luogo, occorre delineare i limiti entro cui l'amministrazione e il privato possano esercitare questa facoltà, tenuto conto del limite costituito dal pregiudizio per i terzi estranei all'attività di rinegoziazione, ai sensi dell'art. 11 l. 241/1990.

L'accordo rinegoziato può avere un'efficacia modificativa, ma non anche novativa dell'originario regolamento negoziale. Infatti, l'autonomia contrattuale può spingersi solo fino al ripristino dell'equilibrio perduto, ma non anche arrivare ad una regolamentazione nuova e diversa rispetto all'originario assetto di interessi (anche perché la rivalutazione complessiva dell'accordo deve passare necessariamente da un nuovo procedimento).

Del resto, qualora mutino gli elementi essenziali e connotanti di un determinato accordo pubblico si giungerebbe ad una convenzione radicalmente diversa da quella originaria.

Non sussistendo una disposizione legislativa che disciplini la rinegoziazione, tutto è lasciato all'autonomia negoziale delle parti che, inevitabilmente, trova però un limite nei principi generali dell'azione amministrativa.

La rinegoziazione è, quindi, uno strumento volto a gestire il rapporto convenzionale alterato dalle circostanze sopravvenute.

in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha condannato l'amministrazione alla rinegoziazione della convenzione, fermo restando il dovere dalla stessa scaturente di mantenere fermo l'originario equilibrio economico del rapporto.

L'esigenza di preservare l'equilibrio contrattuale non è per nulla estranea agli accordi pubblici, poiché un accordo che non risponde più agli interessi rappresentati in origine non ha più una giustificazione. Del resto, l'accordo squilibrato è un atto inefficiente che non risponde più al buon andamento dell'amministrazione.

4. *L'adattabilità: un altro rimedio conservativo*

Lo strumento della rinegoziazione, finora esaminato, presenta un evidente limite: non è sempre in grado di assicurare la conservazione dell'equilibrio negoziale dell'atto, in quanto richiede la partecipazione attiva e collaborativa delle parti e, quindi, il raggiungimento di un'ulteriore espressione di mutuo consenso.

Occorre allora chiedersi se alle medesime esigenze non si possa fare fronte tramite una diversa forma giuridica di adattabilità alle condizioni e alle situazioni che possono verificarsi durante l'esecuzione dell'accordo.

Lo strumento adattivo dovrebbe garantire la prosecuzione del rapporto tra l'amministrazione e il cittadino, senza sciogliere il vincolo contrattuale e senza richiedere una sua modifica tramite rinegoziazione, quindi con un notevole risparmio di costi, risorse e tempi.

A tali condizioni, l'adeguamento potrebbe allora svolgere funzioni conservative attraverso la riconduzione ad equità del regolamento contrattuale che ha subito uno squilibrio delle prestazioni a seguito di sopravvenienze fattuali o giuridiche. Tale strumento comporterebbe una maggiore flessibilità nella relazione tra l'amministrazione e il cittadino, evitando al contempo l'applicazione di rimedi risolutori. La misura adattiva permetterebbe di predeterminare, già nell'atto originario, gli aspetti giuridici ed economici delle prestazioni che si determineranno automaticamente al verificarsi di specifici eventi. Inoltre, l'adattamento potrebbe essere considerato come uno strumento di prevenzione dei rischi collegati al mutamento delle situazioni di contesto.

A fronte di una possibile "asimmetria contrattuale" (divenuta tale al verificarsi di una circostanza sopravvenuta), anche il rapporto amministrativo deve essere riequilibrato, non necessariamente tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria, bensì tramite la previsione di criteri e regole, già predeterminati, individuati e convenuti dalle parti, che consentano l'adattamento delle prestazioni originariamente pattuite alle nuove condizioni, senza necessità di un nuovo incontro delle volontà (che, peraltro, richiederebbe un nuovo procedimento amministrativo).

L'adattamento del contenuto dell'accordo al verificarsi di sopravvenienze potrebbe svolgere anche una funzione precontenziosa (o, meglio, deflattiva del contenzioso), poiché l'amministrazione e il cittadino potrebbero, già al momento della stipulazione dell'accordo pubblico, conoscere gli effetti che subirà l'atto al verificarsi di eventi predeterminati.

Potrebbe obiettarsi che tradizionalmente nel diritto amministrativo sono da sempre previsti istituti giuridici in grado di consentire l'adeguamento dell'interesse pubblico al mutamento del contesto fattuale e giuridico: si pensi alla revoca e alla modifica.

La revoca *ex art. 21 quinquies* l. 241/1990 considera in modo prevalente le variazioni dell'interesse pubblico e solo di riflesso le mutate esigenze concrete dell'operatore privato. Inoltre, l'effetto principale del provvedimento di revoca è la cessazione degli effetti dell'atto. La revoca non appare utile laddove si renda necessario un mero adeguamento del provvedimento. Invece, l'adeguamento richiede un rimedio conservativo in grado di dare più certezza e stabilità ai rapporti, agevolando la programmazione dell'attività sottesa all'accordo pubblico; d'altro canto, anche gli operatori privati hanno generalmente interesse a che l'atto non sia rimosso, bensì rimodulato nel suo contenuto.

A sua volta, anche la modifica²³ dell'atto amministrativo richiede un nuovo provvedimento espresso, preceduto da un procedimento analogo al primo, volto appunto a riformare il provvedimento di primo grado. Si pensi agli accordi pubblici: la modifica dovrebbe richiedere una nuova determinazione (motivata) dell'organo competente, come previsto dall'art. 11, comma 4-*bis*, l. 241/1990, sia per esigenze di trasparenza, che per consentire ai terzi la tutela giurisdizionale.

Invece, una forma di 'adattamento' non richiederebbe un nuovo procedimento, né una nuova determinazione, in quanto tutto sarebbe già stato valutato dall'amministrazione procedente al momento dell'adozione dell'accordo. Pertanto, non sarebbe necessario, come stabilito invece dall'art. 11, comma 1 -*bis*, l. 241/1990, che il responsabile del procedimento predisponga un calendario di incontri tra le parti volto a decidere le modalità di riforma dell'accordo pubblico.

²³ Per un esame dei caratteri peculiari del potere di modifica cfr. N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, 247, il quale sostiene che il potere di modifica permette una modulazione flessibile del potere, slegata dai paradigmi tradizionali incentrati sul fenomeno caducatorio dell'atto. Tuttavia, l'Autore segnala pure che non è dato rinvenire un fondamento positivo di ordine generale al potere di modifica degli atti amministrativi.

Ad oggi, non sussiste una normativa generale che disciplini l'adattabilità come misura in grado di governare le sopravvenienze. Al contempo, occorre che l'adattamento non rappresenti una modalità di elusione delle garanzie del procedimento ovvero della tutela giurisdizionale dei terzi.

In prima approssimazione, l'istituto di adeguamento potrebbe atteggiarsi come un rimedio conservativo del titolo amministrativo che consenta di garantire la sua adeguatezza rispetto a norme o fatti sopravvenuti nell'esecuzione dell'atto.

5. *La clausola di adattabilità*

Riportando il discorso agli accordi pubblici, occorre verificare se e a quali condizioni sia ammissibile l'inserimento di una clausola adattativa di origine pattizia negli accordi pubblici in forza della quale l'amministrazione e il cittadino stabiliscono *ex ante* i comportamenti che dovranno tenere al verificarsi di determinate condizioni e situazioni.

Come già evidenziato per la rinegoziazione, manca una disposizione di legge che disciplini un meccanismo di adattamento negli accordi *ex art.* 11 l. 241/1990. Tuttavia, in alcuni settori speciali il legislatore ha già previsto misure di adeguamento: si pensi alla revisione dei prezzi nei contratti pubblici²⁴.

Tradizionalmente, è consentita l'apposizione di elementi accessori, oltre che ai provvedimenti discrezionali, anche agli strumenti consensuali (che presuppongono pur sempre il carattere non vincolato del potere esercitato tramite accordo)²⁵: ciò permette all'amministrazione di calibra-

²⁴ Cfr. F. GOISIS E P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, 97. Gli Autori affermano che «l'istituto della revisione del prezzo quale precipuo strumento giuridico «di adeguamento», imposto dalla necessità o dall'opportunità di salvaguardare l'equilibrio economico di un preesistente regolamento negoziale a fronte di un aumento, oltre la normale alea del contratto, del costo originario di una prestazione».

²⁵ La dottrina maggioritaria consente l'applicazione degli elementi accidentali ai provvedimenti discrezionali, in quanto nei provvedimenti vincolati la tutela degli interessi pubblici è già definitiva in via preventiva dalla stessa normativa. Sul punto cfr. M.S. GIANINI, *Diritto amministrativo*, Milano, II ed., 1993, 243, secondo cui occorre distinguere tra atti discrezionali nel *quid* per cui è possibile apporre elementi accidentali e quelli discrezionali solo nell'*an*; G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013, 159; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, XIV ed., I, 676-677, il quale riconosce l'ammissibilità di clausole accidentali nelle sole parti del contenuto dell'atto amministrativo in ordine alle quali sia ammessa potestà discrezionale.

re meglio gli effetti dell'atto, al verificarsi di determinati eventi o di specifiche condotte del privato. In altri termini, si configurano certamente vantaggi sia per il privato, il quale potrebbe ottenere misure preordinate a orientare lo svolgimento nel tempo di una determinata attività, sia per l'amministrazione che potrebbe adattare meglio la propria attività in funzione delle peculiarità del caso concreto. Inoltre, la clausola in esame²⁶ permetterebbe di conciliare la tutela dell'interesse pubblico con quello dell'interesse privato, rendendo così l'azione amministrativa più efficace.

Il primo dubbio che può sorgere è se clausole di tal tipo possano essere apposte ad accordi pubblici.

In primo luogo, può affermarsi che clausole siffatte possono sicuramente essere previste negli accordi pubblici in applicazione del principio consensualistico²⁷, più volte richiamato dalla giurisprudenza amministrativa.

²⁶ E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 485 ss., il quale sostiene che «la clausola condizionale per tale motivo assume i caratteri di uno strumento di costante e continua correzione non più soltanto in relazione al comportamento del privato, ma anche con riguardo ad un determinato assetto di interessi parimenti sensibili, rispetto al quale è necessario predisporre nuove e diverse forme di equilibrio. [...] Al mutare [della situazione di fatto] appare necessario predisporre un nuovo punto di equilibrio tra interessi nuovamente confliggenti, rispetto al quale la clausola condizionale costituisce uno strumento privilegiato per il fatto di garantire in chiave di adattività un rapido adeguamento dell'assetto degli interessi alla situazione fattuale. In altri termini, le misure prescrittive che conferiscono concretezza al modello condizionale rappresentano in chiave metodologica l'espressione di regole derivanti da un'opzione decisionale idonea ad integrare non una soluzione definitiva, ma una "ipotesi di lavoro" costantemente esposta a percorsi di adattamento». L'Autore (*La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 256 ss. afferma che il riferimento alla condizionalità consente di configurare un dialogo effettivo tra interessi pubblici e privati all'interno della dinamica decisionale.

²⁷ Si è progressivamente diffusa l'idea secondo cui tutto ciò che è contrattuale è condiviso e stabile, in quanto è voluto: le parti della convenzione, aderendo al regolamento contrattuale, accettano ogni elemento dell'accordo. Cfr. M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, 2015, 299 ss. L'Autrice sostiene che il principio di consensualità deve essere elevato a principio generale nell'azione delle pubbliche amministrazioni europee. In giurisprudenza cfr. Cass. sez. un., 31 luglio 2017, n. 18985, in *Giust. civ. mass.*, 2017, la quale ha affermato che l'art. 11, l. 241/1990, come anche l'art. 15 «è espressione di una generalizzazione del principio dell'esercizio consensuale della potestà amministrativa». Sul principio di consensualità nell'azione amministrativa cfr. F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 744 ss.; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di Giannini*, Milano, 1988, 25 ss.; S.M. CIVITARESE, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1966; E.B. LIBERATI, *Consenso e funzioni nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento ammi-*

va²⁸. D'altronde, il processo decisionale volto alla stipulazione dell'accordo pubblico è incentrato sul confronto tra l'amministrazione e il privato al fine di definire – nel bilanciamento di interessi contrapposti – il contenuto dell'accordo. In secondo luogo, non sussiste alcuna disposizione di legge che vieti un simile contenuto degli accordi; d'altro canto, tali clausole appaiono compatibili con i principi generali dell'agire amministrativo e, in particolare, con il principio di tipicità²⁹ e di proporzionalità³⁰ dell'azione amministrativa, a condizione che i loro effetti siano comunque predefiniti.

Ebbene, in tali ipotesi, il principio di tipicità risulterebbe senz'altro rispettato: un accordo pubblico può effettivamente includere una clausola di adeguamento, perché consente di definire i margini possibili per l'intesa fra le parti. Questo significa che, pur rimanendo all'interno dei confini della tipicità del titolo, gli effetti dell'accordo possono essere adattati nel tempo, in quanto predefiniti nella clausola fin dal momento della stipulazione della convenzione.

In tale circostanza, il principio di tipicità non sarebbe derogato e fungerebbe anzi da strumento di indirizzo dell'attività amministrativa. Del resto, tale principio integra uno strumento di tutela non solo per la parte contraente, ma anche per i soggetti terzi ed estranei alla pattuizione, i quali, di regola, non partecipano alla conclusione degli accordi pubblici e, quindi, non esprimono alcun consenso.

Lo stesso dicasi per il principio di proporzionalità, che orienta l'am-

nistrativo tra autorità e "contrattazione", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1274; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; G.D. COMPORTI, *Il principio di consensualità tra bilanci e prospettive*, in *www.giustamm.it*.

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 1 ottobre 2019, n. 6561, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ Il tema della tipicità negli accordi pubblici è complesso e fortemente dibattuto in dottrina. Sul rapporto tra gli accordi pubblici e principio di legalità cfr. A. TRAVI, *Presentazione del tema del convegno*, in *Il principio di legalità dell'atto amministrativo che cambia*, in *Atti del LII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2008, 23 ss.; M. CUNDARI, *Il principio di legalità e gli accordi amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, 637; P. URBANI, *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del T.a.r. Lazio sul PRG di Roma*, in *www.pausania.it*; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 167 ss.

³⁰ Per un esame del principio di proporzionalità negli accordi pubblici cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Milano, 2012, 11. L'Autrice afferma che «lo strumento consensuale rappresenta una delle principali traduzioni del nuovo, composito, preciso di professionalità-efficienza dell'azione amministrativa».

ministrazione nel dialogo con il privato per la formazione di un accordo pubblico e funge da criterio di equilibrio.

Del resto, tale principio assume un ruolo di particolare rilevanza in sede di formulazione del contenuto della convenzione (e anche della clausola di adeguamento), in modo tale da circoscrivere la misura del potere amministrativo sia nei confronti dalla parte privata contraente sia nei confronti dei terzi estranei all'accordo pubblico. In definitiva, il principio di proporzionalità dovrebbe costituire una guida per introdurre nel testo degli accordi pubblici clausole idonee, necessarie e adeguate.

L'utilizzo di strumenti consensuali comporta inevitabilmente per l'amministrazione il richiamo e l'osservanza dei principi di tipicità e proporzionalità la cui portata sono alla base dell'esercizio di qualsiasi potere pubblico. Occorre infatti prevedere che clausole di tal tipo non impongano ai privati sacrifici ingiustificabili, sproporzionati o immotivati.

In definitiva, possono ritenersi ammissibili negli accordi pubblici clausole che disciplinano preventivamente il possibile adattamento del contenuto dell'atto al verificarsi di circostanze e condizioni sopravvenute, purché esse non consentano di alterare gli effetti tipici del potere e non pregiudichino i diritti dei terzi.

L'introduzione di clausole di tal tipo rende lo strumento degli accordi pubblici ancora più duttile, flessibile e adattabile ai repentini cambiamenti della realtà.

6. *Alcuni spunti di riflessione*

La rinegoziazione e l'adattamento possono rappresentare possibili rimedi conservativi dell'accordo e, al contempo, strumenti per una gestione più efficace e flessibile degli interessi coinvolti, in grado di rispondere alle sfide poste dalle numerose 'transizioni' contemporanee.

Le due misure presentano alcuni tratti comuni, ma anche significative differenze.

Sono entrambi strumenti di origine pattizia (ad oggi non sono ravvisabili disposizioni di portata generale che consentano forme di rinegoziazione o di adattamento del provvedimento unilaterale) e si possono inserire *ab origine* nel regolamento convenzionale. Di fatto, sono rimedi che distribuiscono *ex ante* tra le parti i possibili rischi legati ai cambiamenti fattuali o giuridici del contesto.

Sono misure utili a identificare e valutare i rischi e a sviluppare strategie di risposta al fine di poter mitigare e controllare le sopravvenienze.

Anzitutto, impegnano l'amministrazione ad analizzare preventivamente e approfonditamente il contesto disciplinato e i suoi possibili mutamenti nel tempo: solo successivamente, insieme al privato, essa può disciplinare gli interventi di gestione e di redistribuzione dei rischi secondo un modello partecipato e condiviso.

Ciò detto, sussistono anche rilevanti differenze, poiché la rinegoziazione necessita di un nuovo incontro di volontà pubblica e privata per ricercare un nuovo accordo. Rinegoziare espone dunque le parti della convenzione all'insuccesso della successiva attività di rideterminazione dei termini dell'accordo, con il conseguente dubbio se, ed entro che limiti, il giudice possa intervenire per integrare il contratto rimasto incompleto e consentire così la prosecuzione del rapporto.

Invece, le misure di adattamento comportano che, al verificarsi di determinati avvenimenti (in qualche modo prevedibili e riconoscibili attraverso un'attività di monitoraggio e di controllo attuata preventivamente dall'amministrazione), le condizioni contrattuali si modifichino in modo automatico o comunque senza necessità di un'ulteriore manifestazione di volontà delle parti coinvolte. Pertanto, di fronte ad un evento (anche straordinario) che comporti un rapido mutamento del contesto fattuale, la clausola di adeguamento fornisce una risposta flessibile, duttile e strategica alla sopravvenuta instabilità di una situazione concreta.

Allo stato della legislazione (caratterizzata dalla carenza di una normativa generale sull'adattamento dei titoli amministrativi), l'accordo pubblico potrebbe effettivamente garantire la flessibilità che non è possibile ottenere nel caso di provvedimento unilaterale.

In questo modo, le parti coinvolte potrebbero rispondere al meglio alle esigenze che emergono nel tempo, giustificando così la scelta di utilizzare un accordo pubblico in luogo di un provvedimento amministrativo.

L'accordo pubblico potrebbe consentire di elaborare una disciplina che tenga conto degli interessi puntuali di entrambe le parti e che possa anche adattarsi ai mutamenti della realtà. Si pensi al caso delle convenzioni sanitarie che possono necessitare di un adeguamento della disciplina a seguito dell'evoluzione delle normative di settore o delle nuove esigenze sanitarie della popolazione o anche di accadimenti (come conflitti o pandemie) così gravi da incidere sulle tariffe delle prestazioni sanitarie o sulle modalità di rimborso.

Anche il repentino avanzamento tecnologico³¹ può richiedere l'adeguamento delle convenzioni.

³¹ Si pensi ai progressi della tecnica avvenuti in passato: l'eliminazione delle concessioni di illuminazione pubblica a gas seguita alla comparsa dell'energia elettrica.

Altro esempio sono le convenzioni urbanistiche che possono richiedere un cambiamento della disciplina alla luce delle nuove esigenze territoriali, sociali ed economiche della popolazione locale. I bisogni delle comunità territoriali possono cambiare nel tempo e gli accordi pubblici devono essere in grado di 'assorbire' queste variazioni, senza essere necessariamente vanificati.

L'operatore privato e l'amministrazione, in qualità di reali co-decisorii, nella fase di formazione della convenzione possono tener conto di questi possibili mutamenti, in quanto essi sono fondamentali per garantire che l'accordo pubblico rimanga stabile, pertinente e utile nel tempo. Nei limiti della tipicità, le parti possono quindi convenire clausole che stabiliscano, ad esempio, limiti o soglie quantitative di attivazione di variazioni automatiche delle prestazioni, in base a condizioni predefinite. In questo modo, l'amministrazione e il privato possono adattarsi rapidamente alle nuove esigenze o circostanze, senza dover rinegoziare completamente l'accordo pubblico.

Inoltre, la misura adattiva è in grado di ristabilire un equilibrio negoziale attraverso meccanismi già preventivati – sulle quali le parti hanno quindi espresso il loro consenso – e funzionali ad assicurare la tenuta del rapporto amministrativo: ciò consentirebbe all'operatore di pianificare con anticipo il proprio agire e di prevedere ragionevolmente la portata degli impegni assunti.

Le parti dovrebbero quindi limitarsi a constatare il verificarsi dell'evento sopravvenuto ed a conformare le proprie prestazioni sulla base dei meccanismi e delle regole già concordate. Tuttavia, proprio su tale profilo potrebbero sorgere contrasti tra le parti, in quanto potrebbero non essere d'accordo sul verificarsi della sopravvenienza o sulle sue conseguenze: la clausola dovrebbe perciò prevedere forme di monitoraggio imparziali o comunque condivise (per esempio, il ricorso ad un collegio tecnico).

La rinegoziazione e l'adattabilità sono due diversi rimedi che l'amministrazione e l'operatore privato potrebbero utilizzare per cercare di 'governare' *ex ante* le condizioni e le circostanze sopravvenute.

L'introduzione di forme di rinegoziazione e di adattamento dell'atto amministrativo, soprattutto nei rapporti di durata, risponde ad esigenze che una realtà fattuale sempre più complessa e dinamica pone a tutti gli operatori del diritto.

Il contesto in cui oggi opera la pubblica amministrazione è mutevole; i processi di transizione sono sempre più repentini e, quindi, l'amministrazione deve poter disporre di strumenti giuridici in grado di consentire di fare fronte alle situazioni concrete, senza dover necessariamente

interrompere un rapporto amministrativo, per poi doverlo ricostruire con elevati costi in termini di tempo e di risorse.

In tal senso, tali misure preludono ad una nuova modalità di amministrazione³², in grado di fornire risposte non statiche, ma capaci di adattamento e di reazione alle evoluzioni economiche e tecnologiche della società.

³² Si parla sempre più di *‘Amministrazione riflessiva’* vale a dire di una pubblica amministrazione chiamata a rinnovare e riesaminare costantemente le proprie determinazioni, in ragione della necessità di adeguamento costante (e mai definitivo) delle stesse alle evoluzioni scientifiche e tecnologiche. Su questo concetto si rinvia A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013 e *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, 1, 67.

PASQUALE CERBO

BREVE DIVAGAZIONE SU ADEGUAMENTO PROVVEDIMENTALE E INTERESSE A RICORRERE

(Università degli studi dell'Insubria, 5 dicembre 2024)

Le relazioni odierne dei giovani studiosi ci hanno offerto un quadro composito e in rapida evoluzione sul tema dell'adattabilità nel tempo del provvedimento (e, più in generale, del titolo) amministrativo: questo conferma appieno l'esigenza di approfondire in modo adeguato questo tema.

Quest'esigenza coinvolge anche il processo amministrativo, che nella sua struttura fondamentale è stato pensato come presidio di tutela a fronte di un provvedimento "statico", tendenzialmente immutabile nel tempo e quindi latore (ove discrezionale) di un assetto di interessi stabile, salvo revoca (istituto tuttavia di 'azzeramento' e non di adattamento). Non va dimenticato che nella sua struttura fondamentale tale processo nasce nel 1889, quando nella concezione economica dominante la stabilità delle decisioni pubbliche costituiva un valore in sé.

L'implicazione processuale più intuibile di questa staticità del provvedimento è che l'attualità (e, di converso, la non mera eventualità) del pregiudizio costituisce predicato necessario dell'interesse a ricorrere¹. A questa stregua, non è consentito accedere alla tutela per prevenire un pregiudizio soltanto eventuale; d'altro canto, se non è riscontrabile *ab origine*, la lesività può conseguire soltanto all'emanazione di un atto successivo² (è emblematica, in questo senso, la giurisprudenza sugli atti applicativi³).

In questa logica, non ha senso consentire ad un soggetto di accedere alla tutela giurisdizionale per lamentare pregiudizi che non ci sono

¹ Cfr. *in multis* TAR Lazio, Roma, sez. III, 27 luglio 2023, n. 12708, secondo cui «il requisito dell'attualità dell'interesse ad agire non è rilevabile allorché il pregiudizio che deriva dall'atto amministrativo impugnato è meramente eventuale, ovvero nel caso in cui l'emanazione del provvedimento non abbia arrecato alcuna lesione diretta nella sfera giuridica del ricorrente»; nello stesso senso cfr. TAR Emilia R., Bologna, sez. II, 21 ottobre 2022, n. 819.

² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4406.

³ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 3 febbraio 2020, n. 279, secondo cui «i provvedimenti amministrativi che hanno natura generale ed astratta possono essere impugnati solo unitamente all'atto applicativo, in virtù del quale la lesione degli interessi dei loro destinatari diventa concreta, mentre negli altri casi l'interesse a ricorrere si radica solo in presenza di atti applicativi, e non in base a potenzialità lesive solo ipotetiche o future».

ancora⁴ (a meno che la loro produzione non sia differita nel tempo, ma comunque certa); se e quando un successivo atto genererà il pregiudizio, determinerà pure l'insorgenza dell'interesse a ricorrere. All'insorgenza dell'interesse a ricorrere è peraltro spesso associata la decorrenza del termine decadenziale per agire in giudizio (soprattutto, nel caso dell'azione di annullamento).

Come si comprende, questo modo di concepire l'interesse a ricorrere è frutto dell'idea che soltanto un nuovo atto (applicativo, di secondo grado, integrativo dell'efficacia etc.) può mutare le statuizioni o comunque gli effetti di quello emanato in precedenza. Ma la prospettiva cambia completamente se immaginiamo un titolo amministrativo che possa subire adattamenti nel tempo, senza passare necessariamente per un nuovo esercizio del potere (e forse, sulla base di quello che ci hanno raccontato i relatori, non serve neppure tanto immaginare, ma semplicemente osservare con più attenzione il diritto positivo).

Per come finora concepito, l'interesse a ricorrere appare fortemente problematico per l'effettività della tutela (soprattutto, ma non esclusivamente, dei terzi) rispetto ad adattamenti del titolo amministrativo che non siano la conseguenza di un provvedimento sopravvenuto applicativo o modificativo, avverso il quale può dunque radicarsi uno specifico interesse a ricorrere, ma si connettano al modo d'essere del titolo stesso, al suo "ciclo-vita".

A ben vedere, questa problematicità sta già emergendo dalla giurisprudenza, che certo non si è formata sulle fattispecie di cui abbiamo discusso oggi, ma che è comunque molto indicativa della difficoltà di conciliare l'attualità dell'interesse a ricorrere con il mutamento nel tempo degli effetti della decisione dell'amministrazione.

Ad esempio, per giurisprudenza consolidata nell'ambito del contenzioso sugli appalti è esclusa l'ammissibilità delle c.d. impugnazioni "a catena": si afferma, in particolare, l'inammissibilità dei motivi di ricorso (già proponibili in precedenza, ma) proposti da un concorrente soltanto a seguito dello scorrimento della graduatoria determinato dall'accoglimento dell'impugnazione proposta da un altro concorrente⁵. In tale

⁴ Secondo TRGA Trento 17 ottobre 2022, n. 171, «non sussiste l'interesse al ricorso qualora esso sia meramente strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e ancora incerte, non ancora definitivamente incise dall'esercizio del potere amministrativo».

⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2020, n. 7907, secondo cui, per effetto della nuova aggiudicazione seguita all'annullamento giurisdizionale della precedente, l'impresa

contesto, anche l'impresa classificatasi al terzo posto in graduatoria (o comunque in posizioni deteriori) ha l'onere di far valere immediatamente le doglianze contro l'impresa che la precede⁶, non essendo viceversa possibile attendere il concretizzarsi del suo effettivo interesse a seguito dello scorrimento della graduatoria (ad esempio, per esclusione dell'impresa originariamente classificatasi al primo posto).

Al contrario, in materia di concorsi pubblici si è sostenuto che – quando l'amministrazione modifichi in modo sostanziale la graduatoria in autotutela o per dare attuazione a pronunce giurisdizionali⁷ – l'interesse a ricorrere sorge *ex novo* anche in capo a quei candidati che non avevano impugnato l'atto nella sua versione originaria⁸: pertanto, avverso la nuova formulazione della graduatoria possono proporsi persino motivi di do-

ricorrente (terza classificata) «potrebbe far valere vizi di legittimità propri della sola rinnovata aggiudicazione e non degli atti precedenti, come avvenuto, invece, con i motivi di ricorso proposti in cui si lamenta l'esistenza di cause di esclusione delle concorrenti non rilevate dalla stazione appaltante» (nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308; 22 novembre 2021, n. 7826; TAR Basilicata, sez. I, 5 aprile 2022, n. 252).

⁶ Secondo TAR Sicilia, Catania, 24 luglio 2016, n. 1176 «nell'ambito del superiore principio di garanzia e certezza delle posizioni giuridiche nella materia in esame, *ex artt.* 79 e 120 c.p.c., gli elementi che per preciso obbligo di legge vengono forniti dall'amministrazione alle imprese partecipanti alla gara, nel momento in cui procede ad aggiudicare l'appalto a una di esse, sono sufficienti a rendere l'impresa (anche se sia terza o quarta nella graduatoria della gara) consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, facendo così sorgere l'onere di impugnativa immediata del provvedimento di aggiudicazione».

⁷ Secondo TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 maggio 2023 n. 7565 «l'atto di approvazione di una graduatoria concorsuale –ove inteso nella prospettiva individuale del singolo candidato– è morfologicamente composto da due elementi costitutivi essenziali, id est il punteggio e la posizione in graduatoria»: di conseguenza, «la modificazione di uno di questi due elementi (nel caso di specie il posizionamento in classifica) basta ad escludere che l'atto derivante da tale modifica coincida con quello precedente».

⁸ Cons. Stato, sez. IV, 13 settembre 2024, n. 7551 aveva posto in evidenza, a tale riguardo, che l'amministrazione «ha ritenuto opportuno riesaminare la graduatoria, anche alla luce dei numerosi ricorsi presentati dai concorrenti e delle pronunce *medio tempore* intervenute, riaprendo il procedimento e, in termini finali, giungendo sostanzialmente all'adozione di una nuova graduatoria "aggiornata" (sostitutiva ad ogni effetto della precedente), come tale autonomamente lesiva e idonea a radicare l'interesse al successivo ricorso». Di conseguenza, «l'interesse a ricorrere deve intendersi traslato avverso tale atto, non meramente esecutivo di un *dictum* giurisdizionale, ma atto provvedimento di secondo grado, in quanto rivolto a tutti i candidati e pertanto anche a coloro che non avevano promosso alcun giudizio» (Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2023, n. 5145; sez. V, 2 luglio 2024, n. 5841). Si tratta, peraltro, di posizione già diffusamente espressa da Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2021, n. 8463.

gianza che sarebbe stato possibile proporre già avverso quella originaria⁹; all'opposto, se la graduatoria non muta in modo sostanziale, ma è oggetto di modifiche limitate e puntuali, coloro che non hanno impugnato l'atto originario non possono contestarne neppure la versione rettificata¹⁰.

Probabilmente la diversità di soluzioni riscontrabile nelle due materie ha a che fare con l'utilitas che nei concorsi pubblici deriva dalla collocazione fra gli idonei, di per sé considerata (vale a dire anche a prescindere dall'inclusione fra i vincitori della procedura), soprattutto tenuto conto della efficacia nel tempo della graduatoria e della possibilità di successivi scorrimenti o attingimenti (che di regola non possono verificarsi per gli appalti). Ma proprio questa diversità rende evidente che l'attualità dell'interesse a ricorrere non necessariamente può risultare insensibile agli adattamenti del provvedimento amministrativo.

Certo, si può anche seguire un'altra strada, molto più rapida e sbrigativa: considerare attuale l'interesse a ricorrere a fronte della mera possibilità che in futuro si verifichi una lesione. Qualcosa del genere è accaduto in materia ambientale, poiché secondo la giurisprudenza la semplice deduzione che il danno potrà ragionevolmente prodursi in futuro sarebbe sufficiente a fondare l'interesse a ricorrere¹¹. Altra giurisprudenza, forse in modo più schietto, afferma a tale riguardo che in questa materia, tenuto conto degli interessi in gioco, opera una vera e propria presunzione di lesione¹². A questa stregua, chi abbia anche solo il timore che dagli effetti del provvedimento possa in futuro derivargli un danno, è onerato di impugnarlo immediatamente; diversamente, non potrà in alcun modo

⁹ Secondo TAR Lazio, sez. II-ter, 18 novembre 2024, n. 20475, «nel caso in cui vengano in rilievo due distinte graduatorie stilate in successione cronologica per il medesimo concorso e nelle quali la posizione del ricorrente muta in senso deteriore, non matura, in capo al quest'ultimo, alcuna preclusione in ordine alla contestazione della seconda graduatoria».

¹⁰ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. str., 31 luglio 2024, n. 15553.

¹¹ Secondo Cons. Stato, sez. IV, 7 agosto 2024, n. 7033, ai fini dell'interesse a ricorrere sarebbe sufficiente «dedurre un danno, sia pure potenziale (nel senso che con ragionevole certezza si verificherà in futuro), che può derivare da tale atto e dall'opera in questione»; cfr. pure TAR Veneto, sez. II, 15 settembre 2023, n. 121, che fa invece riferimento ad un «elevato grado di certezza» del danno.

¹² Secondo TAR Campania, Napoli, sez. V, 4 luglio 2022, n. 4518 «nella materia ambientale, oltre ai beni fondamentali del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, garantiti dall'art. 9, comma 2, Cost., viene in rilievo il bene primario della salute, garantito dall'art. 32 Cost. come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, la cui soglia di tutela giurisdizionale, nella relativa declinazione di salvaguardia dei valori ambientali, deve intendersi anticipata al livello di oggettiva presunzione di lesione».

dolersi di eventuali ‘adattamenti’ prodottisi durante l’arco temporale di ‘vita’ del provvedimento.

Questa soluzione ha l’indubbio fascino della semplificazione, ma nasconde diverse insidie: prima fra tutte, un’eccessiva dilatazione dell’onere di immediata impugnazione dell’atto, anche rispetto a pregiudizi che non sono facilmente intuibili al momento del provvedimento. Così, ad esempio, la mera possibilità che nel tempo in un certo stabilimento il processo produttivo possa cambiare o che il tipo o la quantità di emissioni elettromagnetiche di un’antenna possano modificarsi non è facilmente percepibile in termini di *vulnus* da parte dei proprietari delle abitazioni limitrofe, tanto più ove si rendano necessarie competenze tecniche molto specifiche per comprendere le differenze.

D’altro canto, su un piano più generale, questa impostazione si traduce in una sostanziale negazione dell’idea –affermata con forza dall’Adunanza plenaria¹³– che la *vicinitas* non sia di per sé sufficiente ad attestare la sussistenza, oltre che della legittimazione, anche dell’interesse a ricorrere. Una sì estesa presunzione di lesività, evidentemente, rende l’interesse a ricorrere uno pseudo-requisito¹⁴ e rischia di allargare eccessivamente le maglie dell’accesso alla giustizia.

Questioni consimili non possono certo essere affrontate, e tantomeno risolte, nelle poche battute di un intervento: tuttavia, la constatazione della loro esistenza non può valere a negare l’ammissibilità nel nostro ordinamento di titoli amministrativi adattivi. Altrimenti, si rischia non soltanto di piegare il diritto sostanziale alle esigenze del processo (con impropria inversione concettuale), ma anche di non cogliere un cambiamento già ampiamente in essere, che impone un diverso modo di pensare persino istituti processuali tradizionali, come l’interesse a ricorrere.

¹³ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

¹⁴ Nella giurisprudenza precedente al pronunciamento dell’Adunanza plenaria, si veda –a tale proposito– Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2020, n. 6862, secondo cui, «ai fini della sussistenza delle condizioni dell’azione avverso provvedimenti lesivi dal punto di vista ambientale, il criterio della *vicinitas* –ovvero il fatto che i ricorrenti vivano abitualmente in prossimità del sito prescelto per la realizzazione dell’intervento o comunque abbiano uno stabile e significativo collegamento con esso, tenuto conto della portata delle possibili externalità negative– rappresenta quindi un elemento di per sé qualificante dell’interesse a ricorrere». In senso conforme, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2017, n. 6667.

PARTE II

EMANUELA FURIOSI

GOVERNARE L'INCERTEZZA: IL MAMPA E LA COSTRUZIONE DI UN DIRITTO AMMINISTRATIVO DI TRANSIZIONE

Il seminario “*Designing Administrative Law for Adaptive Management – The Model Adaptive Management Procedure Act*”, svoltosi il 29 maggio 2025 nell’ambito del PRIN 2022 “*Permanent transition and adaptation of administrative measures*”, si colloca al centro di un percorso di ricerca volto a interrogare la capacità del diritto amministrativo di operare in contesti segnati da transizioni permanenti e incertezza strutturale. L’idea di fondo – che attraversa tanto il progetto quanto questo volume – è che gli strumenti tradizionali dell’azione amministrativa, costruiti intorno a decisioni tendenzialmente stabili e “chiuse”, faticino a confrontarsi con fenomeni che richiedono invece cicli decisionali iterativi, apprendimento istituzionale e capacità di revisione ordinata delle scelte nel tempo.

In questo quadro, la *lectio* tenuta dalla prof.ssa Robin Craig, Robert A. Schroeder Distinguished Professor of Law nell’University of Kansas, e dal Prof. J.B. Ruhl, David Daniels Allen Distinguished Chair in Law nella Vanderbilt University, co-autori del *Model Adaptive Management Procedure Act* (MAMPA) e del saggio *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, ha offerto un contributo scientifico di particolare rilievo.

Nelle loro relazioni, Craig e Ruhl hanno anzitutto descritto con estrema chiarezza il limite strutturale dell’attuale diritto amministrativo statunitense, tuttora legato a quella che essi definiscono una logica di *light-switch decision*: decisioni “a interruttore”, binarie, che inquadrano casi complessi in un numero ristretto di categorie giuridiche (si pensi, nel contesto dell’*Endangered Species Act*, all’alternativa rigida tra specie non elencata, minacciata o in pericolo), sulla base di un’istruttoria concentrata in un unico momento e orientata a un provvedimento finale tendenzialmente intangibile.

L’esempio, evocato da Craig, della gestione idrica delle Everglades mostra plasticamente l’insufficienza di questa impostazione. In quel contesto, due specie protette e la comunità nativa Miccosukee richiedono regimi idrici tra loro incompatibili; il sistema idraulico è governato da una fitta rete di canali, chiuse e pompe, e ogni scelta di gestione delle acque incide simultaneamente su *habitat*, specie e diritti umani. Non esiste, in tale contesto, un “atto giusto una volta per tutte”: ciò che è adeguato in una fase di-

venta rapidamente disfunzionale in quella successiva, e il bilanciamento tra interessi deve essere continuamente ricalibrato. L'*adaptive management* nasce precisamente dal riconoscimento di questo dato, organizzando l'azione amministrativa come un ciclo – definizione del problema, fissazione di obiettivi, modellizzazione delle opzioni, scelta, monitoraggio, valutazione dei risultati, eventuale revisione degli obiettivi – in cui la decisione non è mai definitiva, ma è ipotesi consapevolmente provvisoria.

Ruhl ha sottolineato come tale esigenza non riguardi solo la gestione degli ecosistemi, ma si stia imponendo con forza crescente anche nei sistemi urbani e tecnologici, a partire dalla transizione energetica. La pianificazione e realizzazione di infrastrutture per le energie rinnovabili (parchi eolici e fotovoltaici, reti di trasmissione, soluzioni per l'idrogeno verde) richiedono un numero molto elevato di decisioni pubbliche interconnesse, ciascuna delle quali attiva procedimenti, valutazioni e possibili contenziosi. Un diritto amministrativo costruito su decisioni "istantanee" (*snapshot decisions*), ciascuna separatamente esposta a sindacato giurisdizionale, finisce per rallentare in modo sistemico i processi di trasformazione, senza per questo garantirne una maggiore razionalità complessiva.

Il punto di frizione principale – hanno ricordato Craig e Ruhl – risiede nella struttura stessa dell'*Administrative Procedure Act* e delle leggi settoriali, che presuppongono un forte investimento iniziale nella decisione "finale" e, proprio per questo, mostrano una scarsa disponibilità istituzionale a rimetterla in discussione. L'*adaptive management* correttamente strutturato è invece, per definizione, un dispositivo giuridico che assume la revisione come esito fisiologico del procedimento: le decisioni sono contestuali, ipotetiche, esposte a correzioni successive in base ai risultati osservati. Da qui il fenomeno, da loro criticato, dell'*"adaptive management light"*: agenzie che dichiarano di applicare approcci adattivi, ma che di fatto evitano la vera circolarità decisionale per timore di riattivare continuamente obblighi procedurali e spazi di contenzioso.

Il MAMPA rappresenta il tentativo di costruire una risposta a questo conflitto strutturale. La proposta, come hanno illustrato gli autori, non consiste nel sacrificare partecipazione e giustiziabilità, bensì nel ricollocarle temporalmente. La partecipazione pubblica e il sindacato giurisdizionale vengono concentrati nella fase di pianificazione iniziale – quando si decide se adottare la via adattiva e si disegna il piano di gestione, con la sua architettura di obiettivi, indicatori, soglie di successo e fallimento, misure di emergenza e *abort criteria* – mentre gli aggiustamenti successivi, purché avvengano all'interno di quel perimetro predefinito, non sono trattati come nuove decisioni autonome. In questo modo, la "definitivi-

tà” della decisione è ripensata in chiave temporale: una stabilità limitata al ciclo di apprendimento considerato, al termine del quale è previsto un nuovo momento di revisione ordinata.

Non meno rilevante, anche in prospettiva comparatistica, è stata la riflessione di Ruhl sulle resistenze culturali incontrate da questa proposta. La disponibilità, in astratto, ad accettare l'idea che alcuni problemi – come la gestione delle Everglades o delle foreste invase da specie non native – richiedano adattività convive con una marcata riluttanza a rinunciare alla possibilità di contestare “ogni singola decisione” sgradita. Se ne ricava una lezione che parla anche al dibattito italiano: progettare un “binario adattivo” del procedimento amministrativo significa lavorare non solo sulle regole, ma sulle aspettative consolidate di amministrazioni, giudici e portatori di interesse.

I saggi raccolti in questa sezione muovono da tali sollecitazioni e le sviluppano sul terreno, specificamente italiano, di alcune “aree test” nelle quali l'esigenza di adattività emerge in forme particolarmente nette: il sindacato giurisdizionale sui modelli adattivi; gli strumenti di riequilibrio nei contratti pubblici; la tutela amministrativa per il ripristino ambientale; la sperimentazione regolatoria in ambito FinTech. Pur eterogenei per oggetto, essi condividono una domanda comune: fino a che punto, e a quali condizioni, il nostro diritto amministrativo può accogliere dispositivi procedurali che assumono l'incertezza come dato strutturale e organizzano la decisione pubblica in forma ciclica e basata sull'apprendimento, senza rinunciare a legalità, controllo giurisdizionale e prevedibilità?

Nel suo contributo *Judging adaptation: il modello adattivo modifica il sindacato giurisdizionale?*, Sara Scalini affronta il nodo, forse più delicato, del rapporto tra procedimenti adattivi e controllo giurisdizionale. A partire proprio dal modello delineato nel MAMPA, l'autrice mette in luce come l'anticipazione e la concentrazione del sindacato sulla fase di pianificazione iniziale – con un controllo “di qualità” sull'architettura del piano, sui dati e sulle ipotesi sottostanti – possano evitare tanto il rischio di irrigidire il ciclo decisionale attraverso pronunce eccessivamente conformative, quanto quello di relegare l'*adaptive management* in un'area di sostanziale immunità dal controllo giurisdizionale.

Lucrezia Cicconi, nel saggio *Strumenti adattivi e contratti pubblici*, sposta l'attenzione su un terreno oggi cruciale per l'economia pubblica, mettendo a confronto le logiche del MAMPA con gli strumenti di adeguamento del sinallagma introdotti dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (diritto generale alla rinegoziazione, clausole di revisione prezzi, clausole di rinegoziazione). L'analisi mostra come il nuovo Codice dei contratti

pubblici abbia “messo a regime” una serie di tecniche adattive nate in contesti emergenziali, ma lo abbia fatto prevalentemente entro un paradigma ancora predittivo e reattivo: si prevedono *ex ante* gli scenari che giustificano la modifica, oppure si interviene solo in fase patologica. Il confronto con il modello adattivo statunitense consente di interrogarsi sulla possibilità di un’impostazione più marcatamente ciclica, fondata su monitoraggio sistematico, distinzione tra elementi modificabili e non modificabili e accettazione dell’“incertezza ineliminabile” nella gestione nel tempo del rapporto contrattuale.

La riflessione di Antonio Casabona, *La dimensione adattiva della tutela amministrativa per il ripristino ambientale*, riporta il discorso nell’ambito paradigmatico del diritto ambientale. A partire dal sistema delineato dalla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, e dalla parte sesta del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, l’autore mette in evidenza come i procedimenti di ripristino ambientale – siano essi amministrativi o giurisdizionali – si confrontino con oggetti complessi (risorse naturali, servizi ecosistemici) e con dinamiche evolutive che mal si prestano a soluzioni statiche. La possibilità di adattare nel tempo le misure ripristinatorie alla luce del mutamento dei fatti, della scoperta di nuove circostanze o dell’emersione di effetti inattesi pone interrogativi acuti sui limiti dell’autotutela, sulla modificabilità delle ordinanze e sulla stessa distinzione tra tutela amministrativa in forma specifica e risarcimento per equivalente.

Infine, il contributo di Aurora Vagni, *Adaptive Management Procedure e FinTech regulatory sandbox: modelli a confronto*, consente di misurare la portata dell’approccio adattivo nel diritto dell’innovazione tecnologica. Mettendo in dialogo il MAMPA con la *regulatory sandbox* FinTech introdotta nel nostro ordinamento, l’autrice qualifica quest’ultima come tecnica di regolazione sperimentale e anticipatoria, nella quale l’allentamento temporaneo di vincoli regolatori, in un ambiente controllato, consente un apprendimento normativo *evidence-based* da tradurre, a valle della sperimentazione, in eventuali interventi di riforma. Pur mancando la piena circolarità tipica del procedimento adattivo in senso stretto, il modello mostra significativi punti di contatto sul piano del monitoraggio, della rimodulazione delle prescrizioni e del rapporto tra sperimentazione e garanzie.

Nel loro insieme, questi saggi non mirano a “trasporre” meccanicamente nel diritto amministrativo italiano il modello elaborato da Craig e Ruhl, ma utilizzano il MAMPA come lente per interrogare criticamente

istituti e settori nei quali l'esigenza di adattività si manifesta con intensità diverse. Ne emerge l'idea, ancora in costruzione, di un possibile "binario adattivo" del procedimento amministrativo – integrativo, e non sostitutivo, rispetto alle strutture ordinarie – che potrebbe, in prospettiva, trovare una formalizzazione anche sul piano normativo. L'auspicio è che le analisi qui raccolte contribuiscano a definire con maggiore precisione lessico e architettura di un diritto amministrativo "di transizione", capace di governare l'incertezza senza rinunciare alla legalità, alla responsabilità e all'effettività delle tutele.

ANTONIO CASABONA

LA DIMENSIONE ADATTIVA DELLA TUTELA AMMINISTRATIVA PER IL RIPRISTINO AMBIENTALE*

Tra i procedimenti in materia ambientale in cui emerge la necessità dell'adeguamento della decisione al mutamento della realtà dei fatti si possono annoverare a nostro giudizio i procedimenti per la bonifica dei siti inquinati e, soprattutto, quelli volti al ripristino ambientale a seguito del verificarsi di un danno all'ambiente, cioè di un pregiudizio alle risorse naturali e ai servizi ecosistemici da esse generati.

In questa sede ci soffermeremo brevemente sulla capacità degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento per il ripristino ambientale di prevedere meccanismi adattivi alla situazione reale in trasformazione.

Ci riferiamo, da un lato, ai provvedimenti con cui il Ministero dell'ambiente ingiunge, in presenza di un danno ambientale, obblighi di riparazione in capo al danneggiante e, dall'altro, alla tutela giurisdizionale risarcitoria in forma specifica da attuarsi in sede giurisdizionale.

La pietra angolare in materia di responsabilità per danno all'ambiente è tuttora rappresentata dalla Direttiva 2004/35/CE "Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale", recepita da parte dell'Italia con la predisposizione della Parte Sesta del D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. "Codice dell'ambiente"), che ha abrogato la disciplina previgente di cui all'art. 18 della Legge 8 luglio 1986, n. 349..

Nell'attuazione della Direttiva 2004/35/CE il legislatore nazionale ha impostato il sistema della responsabilità per il danno all'ambiente secondo un'inedita doppia via di tutela – tra ripristino ambientale mediante azione amministrativa e tutela risarcitoria mediante azione giurisdizionale – che presenta profili di coordinamento complessi e suscettibili di rilevanti rilievi critici.

Innanzitutto si deve evidenziare come di ripristino ambientale si parli nel "Codice dell'ambiente" in due titoli diversi: nel Titolo II sotto la rubrica "Prevenzione e ripristino ambientale", agli artt. 305 e 306, e nel Titolo III "Risarcimento del danno ambientale", agli artt. 311 e ss.

* Il presente contributo costituisce la trascrizione, con alcune integrazioni ed inserimento dei riferimenti bibliografici, dell'intervento in lingua inglese nel Convegno "Designing Administrative Law for Adaptive Management. The Model Adaptive Management Procedure Act" tenutosi presso l'Università degli Studi dell'Insubria il 29 maggio 2025.

Entrambi i corpi normativi presentano come presupposto il danno all'ambiente, inteso in senso materiale e come punto d'innesto dei meccanismi di responsabilità.

Le misure di cui agli artt. 306 e ss. sono conformi alla Direttiva 2004/35/CE e sono incentrati sull'azione amministrativa.

Quando il pregiudizio alle risorse naturali e ai servizi ecosistemici si è già realizzato, l'operatore, sempre fermo restando il dovere di adottare tutte le iniziative possibili per circoscrivere il danno al fine di evitare ulteriori pregiudizi all'ambiente ed effetti nocivi sulla salute umana, ha l'obbligo ai sensi dell'art. 306, co. 1 di individuare le possibili misure per il ripristino ambientale, conformi all'"Allegato 3" alla Parte Sesta, da presentare per l'approvazione al Ministro dell'Ambiente, salvo che quest'ultimo avesse già adottato le equivalenti misure urgenti. Riassuntivamente, il Ministro dell'ambiente, secondo gli artt. 305 e 306, esercita quindi un potere di vigilanza e controllo sulle misure urgenti già adottate, può inoltre ordinare all'operatore di intraprendere le misure ripristinatorie necessarie, oppure di adottarle egli stesso, oppure ulteriormente decidere, anche mediante accordo amministrativo, quali misure l'operatore debba attuare sulla base del progetto da quest'ultimo presentato. Si tratta in ogni caso delle misure di cui all'All. 3.

Infine, il Ministro dell'Ambiente può ancora adottare le misure ripristinatorie necessarie, con diritto di rivalsa verso il danneggiante, qualora l'operatore non adempia, o non possa essere individuato, o non sia tenuto a sostenerne i costi.

Nel Titolo III, invece, è stata innestata la tutela risarcitoria giurisdizionale sulla tutela amministrativa di ripristino.

L'art. 311 co. 2, con affermazione del tutto pleonastica essendo ripetizione degli artt. 305, co. 1, lett. b) e 306, ribadisce che l'operatore danneggiante ha l'obbligo di adottare le misure di riparazione di cui all'All. 3. Qualora l'operatore non adotti in tutto o in parte le misure di riparazione, o esse vengano realizzate in modo incompleto o difforme dalle modalità prescritte, il Ministro dell'Ambiente determina le spese necessarie per la corretta attuazione di tali misure e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenerne il pagamento. Pertanto, a differenza della previsione dell'art. 305 co. 3 per cui, nel caso di mancata adozione delle misure, il Ministro le adotta con diritto di rivalsa sulle spese, in questa ipotesi invece il Ministro determina i costi necessari e agisce per ottenerne il pagamento. Si tratta quindi ancora di tutela amministrativa di ripristino ambientale.

La previsione di cui all'art. 311, co. 3 ha la funzione di procedimen-

talizzare le fasi di accertamento della responsabilità e di determinazione delle misure di riparazione da adottare in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4.

Con riferimento al contenuto delle ordinanze amministrative, negli articoli 313 e 314 viene inserita una serie di disposizioni con poco coordinamento, sostanzialmente alla rinfusa. Ai sensi dell'art. 313, co. 1, quando all'esito dell'istruttoria è stato accertato il danno ambientale e che il responsabile non ha attivato le procedure di ripristino collaterali agli obblighi di bonifica o le misure ripristinatorie sopra analizzate, il Ministro dell'ambiente in autotutela con ordinanza immediatamente esecutiva ingiunge al responsabile il «ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine fissato». La previsione del comma 2, che sostanzialmente ripropone la disposizione dell'art. 311 co. 3, prevede poi che, qualora il responsabile non provveda in tutto o in parte al ripristino o alle misure di riparazione, il Ministro determini i costi per realizzare le attività necessarie al ripristino e ne ingiunga con ordinanza il pagamento delle somme corrispondenti.

La riparazione del danno ambientale è chiaramente declinata nel senso di una finalità realizzata riportando l'ambiente danneggiato alle condizioni originarie.

A tale fine vengono previste tre modalità di riparazione, ciascuna delle quali entra in gioco a seguito dell'insuccesso del meccanismo precedente: la riparazione primaria, che consiste in misure di riparazione volte a riportare le risorse naturali e/o i servizi ecosistemici danneggiati nelle condizioni originarie; la riparazione complementare, cioè misure di riparazione adottate in relazione a risorse e/o servizi naturali per compensare il mancato ripristino completo delle risorse naturali e/o dei servizi ecosistemici danneggiati; e, infine, la riparazione compensativa, rappresentata da azioni adottate per compensare la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali dal momento in cui si è verificato il danno fino al momento in cui «la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo».

Poiché nella prassi purtroppo si verifica con frequenza che la riparazione primaria non sia eseguibile o che comunque non raggiunga l'esito atteso, il legislatore ha previsto l'adozione delle misure di riparazione complementari, il cui scopo è quello di ottenere «un livello di risorse naturali e/o servizi analogo a quello che si sarebbe ottenuto se il sito danneggiato fosse tornato alle condizioni originarie».

È importante notare come ciò possa essere realizzato anche in un sito alternativo.

In ogni caso, la riparazione compensativa viene avviata per compensare, attraverso ulteriori miglioramenti alle specie e agli *habitat* naturali protetti o alle acque nel sito danneggiato o in un sito alternativo, la perdita temporanea di risorse naturali e servizi ecosistemici in attesa del ripristino.

Infine, se come risultato delle misure le risorse naturali e le funzioni ecologiche perdute sul sito primario sono compensate aumentando le azioni complementari o compensative per fornire un livello di risorse naturali e/o servizi simile a quello perduto, nel valutare le diverse opzioni di riparazione è possibile scegliere misure di riparazione primaria che non riportino completamente, o lo facciano più lentamente, l'acqua o le specie e gli *habitat* naturali protetti danneggiati alle condizioni originarie. Tuttavia, nel caso in cui le misure già intraprese abbiano eliminato il rischio significativo di effetti nocivi salute umana, acqua, specie e *habitat* naturali protetti, oppure nell'eventualità in cui i costi delle misure di riparazione da adottare per raggiungere le condizioni originarie, o un livello simile, siano sproporzionati rispetto ai vantaggi ambientali ricercati, l'autorità competente può decidere di non adottare ulteriori misure di riparazione.

L'amministrazione pertanto ha ampi margini di discrezionalità nell'adozione delle misure ripristinatorie, in particolare sulla scelta delle misure, sui criteri di realizzazione e sui termini per gli adempimenti.

La via della tutela risarcitoria, invece, è disciplinata dall'art. 311, co. 1, secondo il quale «il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto». Mentre la disciplina del Titolo II costituisce atto di recepimento della Direttiva 2004/35/CE, prevedendo le attività di precauzione, prevenzione e ripristino ambientale attribuite all'autorità amministrativa, nel Titolo III il legislatore ha innestato la tutela risarcitoria di cui all'abrogato art. 18 della L. n. 349/1986 sulla disciplina pubblicistica con duplicazione della tutela amministrativa di ripristino – questa volta «a titolo di risarcimento in forma specifica» – che può essere realizzata attraverso l'ordinanza del Ministro dell'ambiente oppure esercitando l'azione risarcitoria avanti al giudice ordinario.

Rinviando ad altro contributo, non essendo possibile in queste poche pagine affrontare il complesso tema dei rapporti tra la via della tutela amministrativa e la via della tutela giurisdizionale risarcitoria, è importante comunque rilevare la necessità di distinguere le misure ripristinatorie dal

risarcimento del danno: mentre il ripristino è volto a riportare il bene leso, dopo la verifica dell'evento pregiudizievole, alla normale funzionalità per l'interesse pubblico, il risarcimento invece, attuato sia per equivalente sia in forma specifica, compensa un danno in senso giuridico – patrimoniale o non patrimoniale – dal momento del suo verificarsi. Si tratta di un oggetto più ampio in quanto ricomprende le perdite temporanee, le spese necessarie e i costi di transazione.

Tuttavia, possiamo osservare che se la riparazione del danno ambientale affidata al risarcimento del danno in forma specifica in sede giurisdizionale con processo di cognizione e di esecuzione, seguendo necessariamente le strettoie del rito processuale, appare incapace di raggiungere risultati soddisfacenti, la riparazione affidata all'azione amministrativa secondo modelli adattivi appare in grado di restituire risultati ben più promettenti.

In realtà, è proprio la capacità di adeguamento della funzione ripristinatoria al mutamento della realtà dei fatti a porre delicati problemi di ordine teorico-generale con importanti riflessi nella sfera operativa.

Ci riferiamo in particolare a due tipologie di mutamento della situazione fattuale.

Il primo, più semplice, è quello dell'aggravamento effettivo del pregiudizio a risorse naturali e a funzioni ecologiche successivamente all'avvio del procedimento amministrativo da parte del Ministro dell'Ambiente, o alla costituzione del giudizio civile per il risarcimento del danno. Nell'ipotesi della tutela amministrativa *nulla quaestio*, poiché, fino all'adozione dell'ordinanza di ripristino, l'amministrazione può svolgere i necessari approfondimenti all'interno dell'istruttoria procedimentale. Con riferimento al giudizio risarcitorio promosso dal Ministro dell'Ambiente avanti al giudice civile, la giurisprudenza civile prevalente ritiene che sia possibile aumentare nel corso di causa l'ammontare della richiesta risarcitoria, con la rilevante complicazione, tuttavia, dovuta alla previsione dell'art. 311, co. 1, secondo cui la domanda di risarcimento debba essere non per equivalente ma in forma specifica.

Ben più grave, invece, è la situazione che si verifica nel momento in cui, nell'esecuzione dell'ordinanza ripristinatoria, ci si avveda che, a causa del mutamento della realtà di fatto o del sopravvenire di fatti non prevedibili o della scoperta di circostanze relative allo stato dei luoghi prima sconosciute, le misure di riparazione primaria, complementare o compensativa non siano concretamente realizzabili, oppure non siano le più opportune in quanto inefficaci o potenzialmente dannose.

Mentre la complessa disciplina relativa alla bonifica dei siti inquinati

prevede al suo interno programmi di monitoraggio, articolazioni in più fasi progettuali degli interventi, verifiche intermedie sugli interventi stessi e, soprattutto, possibilità di stipulare accordi di programma *ex art.* 246, applicabili anche al ripristino ambientale per le matrici del suolo, del sottosuolo e delle acque sotterranee, la scarsa disciplina sulla funzione ripristinatoria nell'ambito della responsabilità ambientale tace invece sul punto.

Innanzitutto dobbiamo chiederci se il Ministro dell'ambiente abbia il potere di revocare in autotutela l'ordinanza di ripristino ambientale.

Allargando il campo alle misure ripristinatorie in generale, il tema è venuto di recente in esame con riferimento alle ordinanze di demolizione. In alcuni recenti arresti giurisprudenziali, il Consiglio di Stato ha negato la revocabilità del provvedimento di demolizione stante il carattere vincolato del potere in esame. Non essendoci uno spazio originario di valutazione discrezionale per l'amministrazione, non può esserci un potere di rivalutazione dell'interesse pubblico.

Tale ragionamento trasferito *mutatis mutandis* al ripristino ambientale porta, a nostro giudizio, a conclusioni opposte.

È proprio la presenza di importanti spazi di discrezionalità, come abbiamo visto, frammisti a complesse valutazioni tecniche, in capo all'amministrazione nella scelta delle misure ripristinatorie più opportune, che a nostro giudizio permette di rispondere favorevolmente al dubbio sul potere del Ministro dell'ambiente di revocare l'ordinanza ripristinatoria. Certo sorgerebbe poi un problema di indennizzo delle spese che il responsabile avesse nel frattempo affrontato.

Facendo un passo avanti, ci si può ora chiedere se il Ministro dell'ambiente abbia un potere di (parziale) riforma della decisione, in punto di determinazione delle misure di ripristino ambientale più idonee e opportune, alla luce del mutamento della realtà di fatto, o del sopravvenire di fatti non prevedibili, o della manifestazione di circostanze relative allo stato dei luoghi prima sconosciute.

Innanzitutto dobbiamo osservare come nella disciplina sulla responsabilità ambientale contenuta nel "Codice dell'ambiente" non sia possibile rintracciare l'attribuzione di un simile potere all'amministrazione.

Dobbiamo quindi chiederci se sia invece possibile sulla base della disciplina generale dell'azione amministrativa.

Dall'analisi dell'articolato normativo emerge che l'ordinanza di ripristino ambientale è composta di due differenti e scindibili oggetti: in primo luogo, l'identificazione del soggetto responsabile del pregiudizio ambientale e l'accertamento della sua responsabilità, esercizio di un potere vincolato dell'amministrazione; in secondo luogo, l'individuazione e

l'imposizione al soggetto responsabile delle misure di riparazione primaria, complementare e compensativa, esercizio di un potere amministrativo discrezionale.

Ferma restando l'efficacia di accertamento della responsabilità, sarebbe invece ipotizzabile una decisione del Ministro dell'Ambiente che contenga una revoca parziale delle misure ripristinatorie inopportune con contestuale ri-esercizio del potere di scelta delle misure più idonee alla realizzazione del ripristino ambientale. L'amministrazione dovrebbe comunque osservare tutti gli stessi adempimenti procedurali, in contraddittorio con il soggetto responsabile, con esplicita motivazione sulla complessiva operazione, con previsione dell'indennizzo per le opere già svolte dal soggetto responsabile.

Si tratta con tutta evidenza di un'operazione complessa, rispetto alla quale occorre un'attenta ponderazione degli interessi da parte dell'amministrazione procedente e un proficuo dialogo con le amministrazioni coinvolte, soprattutto alla luce del fatto che il meccanismo della responsabilità ambientale funzionalizzato al ripristino è incentrato non più sull'ambiente, come insieme di unità atomisticamente intese, ma sulle funzioni ecologiche, o meglio, sui servizi ecosistemici che le interazioni tra le risorse naturali producono.

Proprio la complessità dell'oggetto su cui ricade la funzione ripristinatoria rende quindi necessari meccanismi adattivi dei provvedimenti amministrativi di ripristino, senza per questo disconoscere le difficoltà di attuazione e il necessario rispetto delle garanzie per il soggetto responsabile.

Riferimenti bibliografici essenziali

- F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela (dir. amm.)*, *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959
- N. BERTI, *La decisione di modifica tra revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in R. URSI – M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021
- N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022
- E. BOSCOLO, *Bonifiche e risarcimento del danno ambientale: rapporti (incerti) entro la cornice della funzione di ripristino*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, fasc. 1
- M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007
- A. CASABONA, *Il ripristino ambientale tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale risarcitoria*, in *Dir. amm.*, in prossima pubblicazione
- C. CASTRONOVO, *Danno all'ambiente rivisitato*, in *Vita Notarile*, 2013, n. 3
- G. CECCHERINI, *La tutela risarcitoria dell'ambiente: dalla tutela compensativa e punitiva della legge dell'86 alle misure di riparazione della legge 6 aprile 2013, n. 97*, in M. PASSALACQUA – B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei 'brownfields'*, Torino, 2019
- P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2003
- G. D. COMPORITI, *La responsabilità per danno ambientale*, in F. MERUSI – V. GIOMI (a cura di), *Principio di precauzione e impianti petroliferi costieri*, Torino, 2011
- G. D. COMPORITI, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, in *Dir. amm.*, 2013, fasc. 1-2
- G. D. COMPORITI, *Codice dell'ambiente e responsabilità ambientale*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, fasc. 1
- A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013
- E. FERRARI, *Le bonifiche dei siti contaminati come attività amministrative di ripristino*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, fasc. 5
- C. GABBANI, *La logica dei provvedimenti ripristinatori*, in *Dir. dell'econ.*, 2018, fasc. 3
- W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli, 2012
- R. GRECO, *Il danno ambientale nel T.U. ambiente: poteri pubblici e obblighi civilistici*, in M. PASSALACQUA – B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei 'brownfields'*, Torino, 2019
- S. LUCATTINI, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022
- A. PORPORATO, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, Ambiente, Beni culturali e Paesaggio*, Torino, 2018
- M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, fasc. 1

- M. A. SANDULLI – T. LINARDI, *L'illecito amministrativo ambientale*, in A. CAGNAZZO – M. MANGANARO (a cura di), *Le sanzioni amministrative in materia di tutela ambientale*, Milano, 2024
- U. SALANITRO, (voce) *Danno ambientale e responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, vol. VII, *Responsabilità civile*, Milano, 2024
- A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983
- A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli, 2022
- C. VIVANI, *Il danno ambientale. Profili di diritto pubblico*, Padova, 2000

STRUMENTI ADATTIVI E CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La vicinanza tra il modello di *adaptive management* e gli strumenti adattivi previsti dal d. lgs. 36/2023 – 3. Considerazioni di sintesi

1. Premessa

Il rapido e turbolento susseguirsi delle crisi degli ultimi anni ha messo a dura prova il legislatore nazionale, il quale, tra il costante ridimensionamento del ruolo delle fonti del diritto e le sfide generate dal contesto globale, è intervenuto con una copiosa legislazione emergenziale in diversi settori dell'ordinamento¹.

La spasmodica attività legislativa dell'emergenza ha modificato, a più riprese, anche la disciplina dei contratti pubblici, la quale di fronte alle difficoltà generate dal Covid-19 e dalla guerra in Ucraina si era rivelata eccessivamente rigida e inadeguata².

Una delle principali problematiche era costituita dalla difficoltà di gestire le sopravvenienze che, in misura più o meno grave, avevano inciso sull'equilibrio economico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni.

La disciplina emergenziale, infatti, si è occupata anche della problematica relativa all'alterazione del sinallagma, questione particolarmente insidiosa a causa dell'assenza di una regola generale che permettesse di rinegoziare il contratto (se non nei casi in cui i documenti di gara iniziali contenessero delle apposite clausole)³.

Senza le mitigazioni di cui si è detto, molti dei contratti sarebbero stati necessariamente risolti, mortificando anche le ragioni di interesse pubblico che ne avevano richiesto la stipulazione.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 36/2023) recepisce buona parte della disciplina emergenziale e mette a regime una serie di

¹ Sul punto si vedano M.R. FERRARESE, *Fonti giuridiche e cambiamento sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023, p. 148-158 e C. INGENITO, *Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019, p. 1-24.

² Sulle prime modifiche apportate al Codice degli appalti si veda R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021.

³ Ad esempio, il D. L. 27 gennaio 2022, n. 4, c.d. "Decreto Sostegni-ter", imponeva l'inserimento obbligatorio delle clausole di revisione dei prezzi nei contratti pubblici.

strumenti “adattivi” del sinallagma, turbato dal sopraggiungere di circostanze inaspettate.

Lo scopo di questa breve indagine è quello di mettere a confronto gli strumenti “adattivi” previsti dal Codice dei contratti pubblici con il MAMPA (*model adaptive management procedure act*)⁴, al fine di cogliere i punti di contatto e le differenze tra i rispettivi meccanismi di funzionamento.

2. *La vicinanza tra il modello di adaptive management e gli strumenti adattivi previsti dal d. lgs. 36/2023*

L'ordinamento italiano prevede già esempi di procedimenti ispirati a logiche di “adattività”: basti pensare all'autorizzazione integrata ambientale (AIA) o alla valutazione d'impatto ambientale (VIA)⁵.

In questa sede è importante misurare la vicinanza degli strumenti “locali” alle logiche di funzionamento del MAMPA statunitense, cominciando dall'individuazione dei punti di confronto da cui muovere l'indagine⁶. Gli elementi caratterizzanti del MAMPA sono: 1) il riconoscimento dell'incertezza come elemento ineliminabile; 2) il monitoraggio costante (attraverso la preventiva indicazione di indicatori di *performance*); 3) la distinzione tra elementi modificabili e non modificabili⁷. Saranno queste caratteristiche a fungere da “indicatori” di affinità tra gli strumenti adattivi previsti dal Codice e il *model adaptive management procedure act*.

Gli strumenti di adeguamento del regolamento contrattuale previsti dal Codice dei contratti sono tre: la previsione di un generale diritto alla rinegoziazione del contratto; le clausole di revisione dei prezzi e le clausole di rinegoziazione.

La disciplina della materia dei contratti pubblici in Italia è fortemente condizionata dalla necessità di tutelare la concorrenza tra gli operatori economici, circostanza che negli ultimi anni ha limitato il ricorso alle

⁴ Il MAMPA rappresenta una soluzione innovativa e flessibile della regolazione amministrativa, basato sulla valutazione periodica delle politiche delle amministrazioni e sul loro costante adeguamento. In questi termini C. LEONE, *Adaptive management e sfide ambientali*, in questa Opera, p. 2.

⁵ M. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, in questa Opera, p. 14.

⁶ Per uno studio completo dell' *adaptive management procedure act* si rimanda a K. CRAIG, ROBIN; J.B. RUHL, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 67, No. 1, 2014. p. 1-87.

⁷ M. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, cit., p. 5.

modifiche del contratto, a cui spesso veniva associato il rischio di una possibile fuga dalle regole dell'evidenza pubblica.

La possibilità di ampliare il ricorso a strumenti modificativi delle condizioni del contratto è strettamente collegata al ridimensionamento della forza del principio della tutela della concorrenza, che nel Codice del 2023 viene tutelato in quanto *funzionale* all'individuazione della migliore soluzione per la cura dell'interesse generale⁸.

Tuttavia, la necessità di rispettare le regole di derivazione europea influenza ancora la disciplina delle modifiche del contratto, le quali continuano ad essere limitate, in una certa misura, dal bisogno di garantire una libera ed eguale concorrenza tra gli operatori.

Una prima operazione di confronto con il modello adattivo può essere condotta considerando le caratteristiche del diritto generale di rinegoziare il contratto in presenza di sopravvenienze⁹.

Secondo quanto disposto dall'art. 9 del Codice, il diritto a rinegoziare secondo buona fede il contratto sorge al sopraggiungere di circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto¹⁰.

Il diritto di cui si è detto vive in una fase già patologica del rapporto, in cui gli interessi delle parti non trovano più soddisfazione nell'esecuzione del contratto originario, divenuto 'inconveniente' in una realtà mutata.

Il *model adaptive management procedure act*, invece, si discosta da strumenti tipicamente "reattivi", che si attivano solo nel momento in cui la criticità si è già verificata. La pianificazione preventiva permette di adeguare le politiche in maniera costante, sulla base di informazioni periodicamente raccolte e senza il bisogno che un evento critico ne turbi l'armonia.

Questa è una prima differenza tra le logiche di funzionamento, in cui si apprezza la volontà del MAMPA di anticipare i problemi operativi di una determinata politica, evitando che eventi di crisi ne possano mettere a repentaglio l'intera utilità.

Il secondo strumento previsto dal Codice dei contratti pubblici coincide con le clausole di revisione dei prezzi. Sono disciplinate dall'art. 60, il quale ne prevede l'obbligatorio inserimento nei documenti di gara.

⁸ Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati*, 7 dicembre 2022, p. 13.

⁹ Art. 9, comma 1 e art. 120, comma 8.

¹⁰ Per un approfondimento si veda S. SPUNTARELLI, *Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di R. VILLATA e M. RAMAJOLI, Pacini Editore, 2024, p. 47-51.

Il meccanismo operativo delle clausole è regolato nell'All. II.2-bis, da cui è possibile estrapolare le caratteristiche fondamentali dell'istituto: si prevede un monitoraggio costante degli indici che potrebbero determinare l'attivazione delle clausole (*an* della pretesa), la predisposizione nei documenti di gara (*ex ante*) della frequenza del monitoraggio e del *quantum* della modifica e l'automatica applicazione del meccanismo revisionale nel caso di perfezionamento dei presupposti, al più subordinato all'istanza dell'operatore economico.

In sintesi, si tratta di un rimedio i cui criteri di funzionamento vengono stabiliti *ex ante* e che si attiva automaticamente al verificarsi di condizioni sottoposte a controllo costante.

Le soluzioni offerte per far fronte ad eccezionali aumenti di prezzi vengono previste prima che l'evento di crisi si verifichi. Il modello MAM-PA, invece, prevede una valutazione delle soluzioni più idonee al caso concreto, mantenendo aperte opzioni di intervento¹¹.

Un punto di contatto tra i meccanismi di funzionamento è costituito dal costante monitoraggio posto in essere dalla pubblica amministrazione, che nel caso del MAMPA «diviene il perno su cui ruota l'intero sistema, garantendo la responsività dell'azione amministrativa e prevenendo fenomeni di inerzia istituzionale»¹².

Anche nel caso delle clausole di revisione dei prezzi il monitoraggio assume un ruolo centrale, in quanto in determinate ipotesi previste dalla legge le clausole sono attivate automaticamente dalla stazione appaltante, anche in assenza di istanza di parte¹³.

Nei casi in cui è necessaria la richiesta della parte interessata il direttore dei lavori provvede all'accertamento della sussistenza dei presupposti e ne dà, eventualmente, comunicazione al RUP e all'appaltatore (Art. 5, comma 2, All. II.2-bis, d. lgs. 36/2023, relativo ai contratti di lavori).

È evidente che la stazione appaltante risulta totalmente privata di qualsiasi prerogativa legata all'esercizio del potere, in quanto il meccanismo di revisione dei prezzi opera come necessaria conseguenza del verificarsi di determinati presupposti¹⁴.

¹¹ M. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, cit., p. 6.

¹² C. LEONE, *Adaptive management e sfide ambientali*, cit., p. 10.

¹³ Art. 2, comma 2, All. II.2-bis, d. lgs. 36/2023.

¹⁴ La dottrina non è unanime nell'escludere ogni traccia di potere discrezionale della pubblica amministrazione in sede di attivazione delle clausole di revisione dei prezzi, E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti* (artt. 9, 60, 120, 125), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, III ed., Giappichelli, Torino, 2025, p. 1243. La dottrina tende a rinvenire nel modulo operativo delle clausole di revi-

Nel MAMPA, invece, la pubblica amministrazione esercita costantemente il proprio potere per valutare l'opportunità e le modalità dell'intervento.

L'ultimo strumento utilizzabile ai fini del riequilibrio del sinallagma contrattuale turbato dalle sopravvenienze è la clausola di rinegoziazione. L'art. 9 prevede che le stazioni appaltanti favoriscano l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara¹⁵.

Le clausole in questione devono essere redatte in maniera chiara, precisa e inequivocabile¹⁶. Benché sia possibile prevedere gran parte di ciò che verosimilmente potrebbe alterare l'equilibrio economico del contratto, è pacifico che non tutto possa essere previsto¹⁷.

Il legislatore subordina l'esigenza di far fronte all'"incertezza ineliminabile" circa la natura e l'entità delle sopravvenienze – gestibile mediante clausole dal contenuto ampio e generico – alla tutela della concorrenza tra gli operatori, che risulta invece maggiormente garantita da clausole chiare e precise.

Il MAMPA, diversamente da quanto avviene per le clausole di rinegoziazione, distribuisce i momenti conoscitivi nel tempo, distinguendosi «radicalmente dai modelli predittivi, che tentano di anticipare tutti gli scenari futuri e predisporre soluzioni *ex ante*»¹⁸.

Secondo quanto disposto dal Codice dei contratti pubblici, le clausole di rinegoziazione non devono alterare la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa¹⁹.

Secondo la Corte di Giustizia si tratta di modifiche che dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale²⁰.

L'individuazione di un nucleo duro, che si sottrae al successivo intervento modificativo della pubblica amministrazione, è un limite presente tanto nella disciplina nazionale dei contratti pubblici, quanto nel MAM-

sione dei prezzi residui di potere discrezionale in quanto tradizionalmente l'attivazione di tali clausole era soggetta ad autorizzazione del RUP.

¹⁵ Art. 9, comma 4.

¹⁶ Art. 120, comma 1, lett. a), d. lgs. 36/2023.

¹⁷ V. M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 125 ss.

¹⁸ M. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, cit., p. 6.

¹⁹ Art. 120, comma 1, d. lgs. 36/2023.

²⁰ Sentenza del 7 dicembre 2023, C-441/22.

PA: lo scopo è quello di «garantire una certezza giuridica non coincidente con l'immutabilità assoluta»²¹.

3. *Considerazioni di sintesi*

Attraverso un confronto sincrono tra gli strumenti adattivi previsti dal Codice dei contratti nazionale e il MAMPA, è stato possibile misurare il grado di affinità tra i rispettivi meccanismi di funzionamento.

Il *model adaptive management procedure act* non pretende di definire *ex ante* gli scenari futuri che potrebbero richiedere un intervento adattivo del titolo amministrativo. La logica intrinseca e costitutiva del MAMPA ruota intorno all'accettazione dell'irriducibile incertezza della realtà.

Gli strumenti previsti dal Codice dei contratti pubblici, al contrario, si caratterizzano per l'uso di logiche predittive, dove si richiede di determinare in maniera chiara e precisa gli avvenimenti futuri idonei a far operare le clausole. Si discosta da tale impostazione la logica sottesa al generale diritto di rinegoziare il contratto, pur comunque trattandosi di un diritto collocato esclusivamente nella fase patologica del rapporto.

Il monitoraggio costante costituisce il vero motore del MAMPA, in quanto permette di misurare la vicinanza tra risultati attesi da una politica e risultati realmente raggiunti.

Il sistema "monitorativo" è presente unicamente nella disciplina delle clausole di revisione dei prezzi, mentre è assente nelle clausole di rinegoziazione.

Elemento di reale contatto tra la disciplina dei contratti pubblici e il MAMPA è la necessaria individuazione di un nocciolo duro immodificabile.

Nell'ambito del MAMPA, la fase di predeterminazione delle condizioni che giustificano gli adeguamenti del titolo amministrativo coincide con la fase di individuazione di elementi immodificabili.

Per quanto riguarda le modifiche non permesse in sede di contratto pubblico occorre invece fare riferimento alla copiosa giurisprudenza in materia, la quale ha gradualmente ritagliato i contorni della modifica sostanziale, che resta non consentita²².

²¹ M. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, cit., p. 3, nota 4.

²² J. M. GIMENO FELIÚ, *La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE*, in *Revista española de derecho administrativo*, 172, 2015, p. 81-122.

JUDGING ADAPTATION: IL MODELLO ADATTIVO MODIFICA IL SINDACATO GIURISDIZIONALE?

SOMMARIO: 1. Premesse. L'introduzione di modelli MAMPA. Un nuovo "binario". – 2. Il sindacato giudiziale è un nodo irrisolto nelle proposte di *adaptive management*. – 3. Alcune prospettive: sindacato di qualità delle decisioni. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa: l'introduzione di modelli MAMPA nell'ordinamento italiano. Un nuovo "binario".*

La possibile introduzione nell'ordinamento italiano di modelli manageriali adattivi secondo le logiche derivate dal diritto statunitense pone questioni rilevanti in ordine al sindacato giudiziale. In prospettiva comparativa, si prenderà a modello la proposta articolata nel Model Adaptive Management Act (MAMPA)¹, che prevede uno schema di procedimento articolato in due macro-fasi: una di costruzione, in cui la agency adotta l'*initial management plan*, approvato tramite un procedimento assimilabile al *rulemaking*²; e una di implementazione dello stesso. Il provvedimento di pianificazione iniziale non è solo una cornice fissa da cui promanano atti puntuali, ma diventa parte di un ciclo decisionale flessibile, redatto sulla base di dati incompleti o in evoluzione.

¹ J.B. RUHL AND ROBIN CRAIG, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, 67, Vanderbilt Law Review. 1, 2014, disponibile per la consultazione al sito: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/463>.

² J.B. RUHL AND ROBIN CRAIG, *Designing Administrative Law*, cit. Appendix IV, Section (1), definisce alla lettera (P) "*rulemaking*" in senso ampio: «means the agency process for formulating, amending, or repealing a rule» La Section 2 qualifica espressamente questo procedimento come *informal rulemaking*, simile a un procedimento di "commento" (*notice-and-comment*) da parte della componente privata a un progetto stilato dall'amministrazione, regolato dal § 553, 5 U.S.C.. Sono strumenti di aumento della partecipazione largamente usati, soprattutto in settori specifici come l'energia, che però hanno destato alcune perplessità quanto al loro reale effetto di democratizzazione dell'amministrazione americana. Sul punto cfr. S. JACOBS, *The Challenges of Participatory Administration*, in *UC Davis Law Review*, 58, 2024, in particolare pp. 330-334, e, per una riflessione più ampia, E. CHITI, *Il nuovo volto dell'amministrazione degli Stati Uniti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2025, 4, pp. 466 ss.

La Section 6 del MAMPA si occupa di disciplinare il sindacato giudiziale, che è ammesso avverso la decisione di adottare il procedimento adattivo fuori dalle ipotesi tipizzate³, nonché contro l'*initial adaptive management plan*⁴. È invece escluso, in via generale, il controllo giurisdizionale sulla fase dinamica di implementazione del piano, che rimane affidata alla discrezionalità dell'agenzia⁵ salvo specifiche ipotesi: contro la decisione della P.A. di rimuovere o includere determinati progetti; contro la decisione di terminare l'implementazione di un piano; in caso di inadempimento dell'amministrazione circa le attività di monitoraggio o di implementazione⁶. Oltre alla limitazione dell'accesso alla giustiziabilità di alcune decisioni, l'elemento più rilevante del modello risiede nel controllo del giudice su piani destinati a strutturare nel tempo decisioni interdipendenti, guidate da *feedbacks* e verifiche. Concentrandosi su questa ipotesi, si tenterà di fornire alcuni spunti di riflessione circa i possibili cambiamenti nel sindacato giudiziale derivanti dall'introduzione del modello nell'ordinamento italiano, domandandosi che tipo di tecnica di sindacato può/deve esercitare il giudice sugli atti del tipo *initial management plan*.

2. Il sindacato giudiziale è un nodo irrisolto nelle proposte di adaptive management

L'articolato MAMPA disciplina alla Section 6, (B) i motivi per cui il giudice può dichiarare illegittimo l'*initial management plan*, ovvero quando l'atto sia «(1) contrary to Congress's [the legislature's] goals or management specifications for the system, project, management action, or category of projects or management actions; (2) arbitrary, capricious, or an abuse of discretion; (3) without observance of procedure required by law; or (4) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity»⁷.

³ J.B. RUHL AND ROBIN CRAIG, *Designing Administrative Law*, cit. Appendix IV, Section (6), (A).

⁴ ID., Appendix IV, Section 6, (B).

⁵ ID., Appendix IV, Section 6, (C): «An agency's implementation of any adaptive management plan shall be deemed committed to agency discretion by law. Judicial review of such implementation shall not be allowed», eccetto nei casi sopra descritti.

⁶ ID., Appendix IV, Section 6, rispettivamente nelle lettere (A); (E); (F) e (G).

⁷ «(1) contrario agli obiettivi del Congresso [o della legislatura], o a specifiche di gestione del sistema, progetto, azione di management, o categoria di progetti o azioni di management; (2) uso della discrezionalità arbitrario, sviamento o abuso di discrezionalità; (3) non conformi alle procedure prescritte dalla legge o (4) contrarie a diritto, potere, privilegi o immunità costituzionali».

Mentre i motivi di illegittimità ricalcano da vicino il contenuto dell'Administrative Procedure Act⁸, il procedimento MAMPA presenta elementi di novità per quanto riguarda il controllo giudiziale. Il sindacato è anticipato rispetto all'esercizio pieno del potere amministrativo, intendendo per ciò quello concretizzato nell'atto finale che implementa il modello e incide sulla sfera del singolo (ma si inserisce sempre in una logica ciclica)⁹. Inoltre, l'oggetto è rappresentato da un piano di respiro generale, e solo eccezionalmente dagli atti puntuali che da esso derivano¹⁰. Ciò comporta un necessario ripensamento del ruolo del giudice, tradizionalmente orientato a valutare provvedimenti puntuali, piuttosto che scelte inserite in un sistema flessibile e dinamico¹¹.

Nell'ottica di una trasposizione nell'ordinamento domestico, pur in assenza di una chiara indicazione, dalla lettura dell'articolato sembra complesso prefigurare la natura vincolata del potere che l'amministrazione esercita nella fase di costruzione del piano. Infatti, essa non solo può decidere se adottare il piano, ma anche come costruirlo¹². Dall'altro lato,

⁸ Administrative Procedure Act, §706, 5, U.S.C.: «The reviewing court shall [...] (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law».

⁹ Si tratta di un'ipotesi diversa dall'atto soggetto a «discussioni informali» successive alla sua adozione, ritenuto comunque definitivo dalla giurisprudenza statunitense, a partire dalla sentenza della Suprema Corte *Sackett v. EPA*, 132 S. Ct. 1367, (2012), in particolare punto II: «*the mere possibility that an agency might reconsider in light of 'informal discussion' and invited contentions of inaccuracy does not suffice to make an otherwise final agency action nonfinal*».

¹⁰ Limitazione che, come nota E. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, in questa opera, pone un serio dubbio di compatibilità con l'ordinamento italiano, proponendo al riguardo la formulazione standard di sindacato specifici per i provvedimenti intermedi.

¹¹ Di questa problematica danno conto anche J.B. RUHL AND ROBIN CRAIG, *Designing Administrative Law*, cit., p. 130, che sottolineano che spesso la legge impone la flessibilità alle amministrazioni senza specificarne il significato («this crucial element of adaptive management is not generally required by law and courts will not impose it. L'autorità giudiziaria (e il pubblico) dovrebbero essere attivamente educati («actively educate[d]») a vedere nel processo adattivo gli stessi standard di trasparenza e rigore di quello «ordinario» (p. 61).

¹² E. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti*, cit., p. individua un'ipotesi di discrezionalità tecnica anche nella scelta di adozione (o meno) del piano.

in questa fase il giudice può valutare anche l'*initial management plan* anche sotto il profilo di coerenza sistematica¹³. Questo dato fa propendere per una decisione non interamente rimessa alla discrezionalità "pura", secondo l'interpretazione tradizionale del termine, e pertanto, secondo la giurisprudenza maggioritaria, soggetta esclusivamente al sindacato estrinseco del giudice¹⁴.

Nel contesto italiano sono già note esperienze di sindacato su atti amministrativi che fungono da quadro a decisioni successive, che coinvolgono anche il bilanciamento di interessi «di rango costituzionale» da tutelare in maniera sistemica «in rapporto di reciproca integrazione»¹⁵. Si tratta di procedimenti complessi in cui, spesso, il giudice si confronta con atti connotati da una discrezionalità mista: non solo pura, ma anche tecnica¹⁶.

Tuttavia, la centralità della flessibilità nel sistema MAMPA pone un problema circa l'idoneità del sindacato giudiziale, secondo la classica dicotomia "forte" e "debole", a rispondere alle esigenze di tutela che derivano da modelli adattivi¹⁷.

Il sindacato "forte" pone un problema di compatibilità strutturale con il modello. Si può ipotizzare che l'esecuzione della decisione del giudice possa irrigidire il piano, risultando incompatibile con la sua natura mutevole¹⁸. Come effetto sistemico, la pronuncia giudiziale potrebbe introdurre

¹³ Ci si riferisce alla già citata Section 6, (B), (1) dell'Appendice MAMPA.

¹⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 55-56: «la discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme».

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2025, n. 3575. Sul punto cfr. anche R. DI PACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Annuario AIPDA – Atti del convegno annuale Bergamo, 5-8 ottobre 2017*, 2017, p. 129.

¹⁶ Si richiama come esempio, in materia ambientale, Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2025, n. 4048: «In linea generale, deve evidenziarsi che l'Amministrazione, nel formulare il giudizio sull'impatto ambientale, esercita un'amplissima discrezionalità che non si esaurisce in una mera valutazione tecnica, come tale suscettibile di una valutazione tout court sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti».

¹⁷ Distinzione peraltro sempre più sfumata, specialmente su ambiti fortemente condizionati da saperi non giuridici, come quello delle Autorità Indipendenti, dove «in superamento della distinzione tra sindacato "forte" o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello Eurounitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie» (Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1167).

¹⁸ È vero che, rispetto all'esercizio di poteri discrezionali, l'effetto conformativo della sentenza è «meno pregnante, in quanto non può estendersi, per assicurare il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri, a valutazioni riservate alla pubblica

vincoli non previsti, creando un disallineamento o una fuoriuscita dal ciclo decisorio per situazioni puntuali¹⁹. Inoltre, si profila sempre il rischio di un superamento del confine tra amministrare e giudicare in contesti decisionali complessi, seppur supportati da una corposa componente tecnica²⁰.

Dall'altro lato, il sindacato debole, come inteso dalla giurisprudenza tradizionale²¹, può apparire coerente con l'impostazione del modello adattivo, al fine di mantenere "libero" il flusso decisionale. Tuttavia, esso solleva dubbi circa la sua adeguatezza: il rischio è di introdurre per gli atti adattivi un regime di controllo poco incisivo, fondato essenzialmente sulla legittimità formale di un atto statico, trascurando completamente la dimensione evolutiva del procedimento²².

amministrazione» (C. NATALICCHIO, *L'effetto conformativo del giudicato amministrativo ultradecennale e la riedizione del potere. Le forme di tutela del privato e la crisi della cooperazione tra amministrazione e cittadino*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2022, 3, p. 6), ma la sua perimetrazione connessa alla funzione demolitoria dell'azione introduce un elemento di rilevante imprevedibilità circa i vincoli logico-giuridici imposti alla riedizione del potere amministrativo. Sul punto cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1981, p. 195 ss.

¹⁹ Al di là del dibattito giurisprudenziale sul perimetro degli effetti *ultra partes* del giudicato in caso di annullamento di atti inscindibili, come osserva A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, p. 932, rileva anche l'estensione degli effetti materiali della sentenza, «che "non fa stato" ma vale come accadimento che priva di efficacia un certo atto amministrativo», e che potrebbero introdurre *pause points* o cristallizzare parti di piano invece concepite come modificabili.

²⁰ Usando l'espressione di P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, Jovene, 2022, p. 7, il confine è infatti «mobile», forse ancora più che nel procedimento ordinario, in quanto non si tratta semplicemente di decisioni derivanti da valutazione di fatti complessi nella loro dimensione oggettiva, da ricondurre nei presupposti della fattispecie legale, o da valutare alla stregua di una gamma di risposte maggiormente plausibili che, secondo parte della giurisprudenza, consentirebbero un sindacato più penetrante. Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 05 dicembre 2022, n. 10624; 09 maggio 2022, n. 3570 e 15 luglio 2019, n. 4990 che ne ammettono l'ingerenza del giudice in valutazioni tecniche ampiamente discrezionali. Contraria invece Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2022, n. 2697.

²¹ Limitato cioè alla verifica di illogicità manifesta, travisamento dei fatti, difetti macroscopici di istruttoria o motivazione. Tra le ultime, in giurisprudenza, cfr. T.A.R. Catania, sezione III, 6 ottobre 2025, n. 2853.

²² Come emerge dalla già citata sentenza n. 4048/2025 del Consiglio di Stato, che conferma infatti i tratti essenziali di un controllo giudiziale tendenzialmente deferente rispetto alle scelte amministrative connotate da discrezionalità mista, ma lascia aperto il nodo della sua sufficienza rispetto alla tutela degli interessi coinvolti in contesti decisionali ad alta complessità.

3. *Alcune prospettive: sindacato di qualità delle decisioni*

Spostandosi quindi oltre le categorie tradizionali, si aprono nuovi scenari possibili, come un sindacato di qualità del procedimento adattivo.

Come già evidenziato, il controllo giudiziale nel sistema MAMPA si concentra sull'atto iniziale, inserito in un procedimento dinamico e in evoluzione costante. La decisione del giudice non implicherebbe una sostituzione, ma una verifica di adeguatezza e proporzionalità, in grado di garantire coerenza nella flessibilità. Il giudice, analizzando il modello come risultato dell'esercizio di un potere amministrativo in divenire, si confronta con almeno due diverse componenti. La prima è rappresentata dal dato tecnico su cui si fonda il sistema, che definisce ambito e condizioni della flessibilità. Si tratta di elementi e presupposti oggettivi basati su dati scientifici e verificabili, con gradi diversi di approfondimento, a seconda dei poteri istruttori del giudice²³.

La seconda coincide con la cornice procedimentale che l'amministrazione si auto-determina ad adottare sulla base di questi dati, in relazione ai risultati attesi²⁴. Ciò consente all'amministrazione «defensible decisions that are informative»²⁵, ovvero di esercitare l'attività di gestione e contemporaneamente «un'analisi approfondita della capacità di scelta, della qualità delle concrete scelte effettuate, dei risultati raggiunti e del collegamento, inevitabile ma raramente indagato, fra le scelte già compiute e quelle ancora da compiere»²⁶. Il tutto sempre entro parametri in

²³ Sul punto P. MANCINI, *Profili critici del sindacato giurisdizionale sugli atti di alta amministrazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2025, 1, p. 660 ss., osserva che «è ormai acquisito che il giudice amministrativo, a partire dalla L. n. 205/2000 e poi con il codice del processo amministrativo nel 2010, è dotato di poteri istruttori che gli permettono l'accertamento dei presupposti di fatto. [...] tendenzialmente il sindacato del giudice è pieno e intrinseco sui fatti, mentre è meno penetrante sulla discrezionalità in senso proprio, intesa come comparazione degli interessi pubblici e privati riservata alla pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere».

²⁴ CLINTON T. MOORE ET. AL, *Adaptive management in the U.A. National wildlife Refuge System: Science-management partnerships for conservation delivery*, in *Journal of Environmental Management*, Elsevier, Vol. 92, 2011, 5, pp. 1395-1402, afferma che è essenziale comprendere e stabilire degli obiettivi in una gerarchia ben precisa (*main e means objectives*) al fine di osservare le connessioni tra di essi nel percorso verso la loro persecuzione, e avere un quadro più completo delle prospettive di sviluppo del sistema, avvertendo che «reliance on means objectives without ever identifying fundamental objectives or examining their relationships to fundamental objectives carries some risk of overly prescriptive management».

²⁵ «decisioni giustificabili che siano informative».

²⁶ L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Annuario AIPDA* –

grado di contenere il cambiamento costante negli interessi da bilanciare²⁷. La verifica del giudice, come primo *step*, tenderebbe ad accertare la coerenza interna tra le premesse tecniche, la struttura del procedimento e gli obiettivi dichiarati²⁸.

Questa attività, dunque, non persegue il fine di adottare una decisione al posto dell'Amministrazione. L'adozione della decisione da parte del giudice non sarebbe, di per sé, una garanzia di migliore bilanciamento degli interessi o di sicuro raggiungimento dei risultati, in quanto gli stessi dipendono anche da rischi non noti, o in corso di evoluzione. Sembra irragionevole demandare al giudice un'attività di previsione che non è esigibile (o ricercata) nemmeno dall'Amministrazione. Al contrario, è molto più rilevante che il giudice sia in grado di misurare la effettiva capacità dell'amministrazione di "imparare" dal modello.

Atti del convegno annuale Bergamo, 5-8 ottobre 2017, 2017, p. 2. L'amministrazione "impara" a riadattarsi, senza che ciò si traduca in un semplice processo *trial-and-error*, o «a/m lite», come definito da CRAIG, ROBIN & RUHL, J.B. & BROWN, ELEANOR & WILLIAMS, BYRON, *A proposal for amending administrative law to facilitate adaptive management*, in *Environmental Research Letters*. 12, 2017, 074018, p.2. CLINTON T. MOORE ET. AL, *Adaptive management in the U.A. National wildlife Refuge System*, cit., osserva che la dimensione dinamica del procedimento adattivo ha anche una funzione informativa: «The focus of adaptive management is not research: the primary objective is the accumulation of knowledge for the aim of improving decision making».

²⁷ A monte, si impone anche una riflessione sulla qualificazione dell'*initial management plan*, nell'ordinamento italiano e del suo potenziale significato para-normativo: senza conoscere il ruolo di questi atti rispetto ai provvedimenti "puntuali", difficilmente si potrà misurare la coerenza e qualità del sistema. Si potrebbe ipotizzare un caso di auto-vincolo, come ipotesi «in cui è la legge stessa a prevedere che l'Amministrazione debba prefissarsi dei parametri decisionali» come sostenuto da P. M. VIPIANA, *L'autolimita della Pubblica Amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 26. Tuttavia, è noto che l'autovincolo limita la discrezionalità, rischiando di irrigidire il sistema (cfr. T.A.R. Salerno, sez. I, 11 giugno 2024, n. 1266). Dall'altro lato, più flessibile è invece la teoria della predeterminazione delle decisioni, in cui l'assunzione di decisioni a monte «che vincolano l'assetto di interessi che poi viene concretizzato nei successivi provvedimenti» lascia spazio ad aggiustamenti adeguatamente motivati rispetto al set di regole prescelto dall'amministrazione stessa (cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2022, n. 1722). Ancora, si devono tenere in conto la discussa categoria degli atti di alta amministrazione, e la possibile funzione regolatoria dell'incertezza, oltre il modello propriamente di "amministrazione attiva". Sul punto A. VAGNI, *Adaptive management procedure e fintech regulatory sandboxes: modelli a confronto*, in questa opera.

²⁸ Sul punto, sembra opportuno sottolineare come la logica di "vaglio di coerenza" anziché di stretta aderenza della decisione puntuale al piano generale sia già nota all'ordinamento, anche se in chiave di dinamica procedimentale, come ad esempio all'art. 14, comma 7, della L.R. Marche n. 19 del 2023.

Questa impostazione non si traduce però in una retrocessione verso una concezione formalistica del processo, limitato all'atto²⁹. Il controllo del giudice si inserisce nel quadro di un sindacato finalizzato alla tenuta complessiva del sistema decisionale adattivo, che deve essere incasellato in un quadro più ampio³⁰. In questo secondo *step*, il giudice dovrebbe riscontrare che la coerenza persista anche a livello esterno, tra moduli di gestione interessi coinvolti in concreto e considerati dall'Amministrazione nella fase di costruzione del piano, obiettivi legislativi e principi fondamentali che regolano la materia oggetto della controversia.

Ne conseguirebbe, dunque, una rinnovata centralità del procedimento, che consente anche di aprire spazi di «dialogo infraprocedurale» fra giudice e amministrazione, già sperimentati nell'esperienza domestica³¹. A tal riguardo, alcuni precedenti soprattutto in materia urbanistica ci dimostrano come irregolarità e incoerenze nel procedimento possono essere il varco per un sindacato più penetrante, in grado di stimolare l'amministrazione a motivare, documentare e se necessario, rivedere le proprie scelte³².

In questa prospettiva, si potrebbero adottare «indici» di sindacato che rielaborino le tradizionali figure sintomatiche, usando funzionalmente elementi già noti. Ciò al fine di consentire al giudice di verificare quanto il grado di adattività dell'amministrazione sia adeguato rispetto al contesto e agli obiettivi, sempre nel rispetto delle esigenze di coerenza e legittimità dell'azione pubblica³³.

²⁹ Come osserva A. PROTO PISANI, *Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 3, pp. 1016 ss., si deve evitare di trasformare il processo in una «denuncia di illegittimità» dell'azione amministrativa, «con ampie ricadute sul ruolo del giudice, il quale verrebbe inserito a pieno titolo nelle responsabilità di governo, che sono ben diverse e del tutto incompatibili con l'assoluta terzietà demandata al giudice».

³⁰ L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, cit., p. 30, osserva che la natura della decisione e la «dimensione sistemica di rischi da affrontare e degli interessi da tutelare» sono elementi scarsamente considerati e non «compiutamente integrati nella ricostruzione delle decisioni e dei processi decisionali amministrativi».

³¹ A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo – Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2020, 3, p. 736.

³² Cfr. T.A.R. Puglia, sez. III, 7 gennaio 2025, n. 9.

³³ Tra questi, ad esempio, potrebbe assumere rilievo la misura della partecipazione degli stakeholders, centrale nel procedimento adattivo, che contempla una platea di partecipanti selezionata dall'amministrazione in relazione agli scopi, ampiezza e portata del progetto; la partecipazione non come un mero apporto informativo, ma come parte integrante del funzionamento della struttura adattiva, anche tramite la facoltà di impugnare atti puntuali con funzione (secondaria) di «monitoraggio» sulle decisioni di implementa-

4. Osservazioni conclusive

Discutere di sindacato del giudice sul modello adattivo non implica, evidentemente, la trasformazione del giudice in un co-programmatore. Il giudice resta garante della legalità, ma si confronta con un diritto amministrativo sempre più dinamico e «di transizione»³⁴.

Si tratta, piuttosto, dunque, di riflettere su modalità di controllo sensibile al contesto “fluidò” del procedimento adattivo e alla natura degli interessi coinvolti. Il tutto non sembra implicare la necessità di uno smantellamento dei sistemi e delle tecniche di sindacato finora conosciute, quanto la necessità di cercare un ulteriore punto di equilibrio tra l'autonomia decisionale della pubblica amministrazione e l'effettività delle tutele. Sono solo primi spunti, che non aspirano certamente a risolvere compiutamente questioni ancora allo stadio embrionale, ma intendono invece suscitare la riflessione sul tema e su numerose questioni ancora aperte. Tra queste: se, in un eventuale schema di “indici di qualità”, alcuni abbiano un peso maggiore di altri; quali siano gli effetti concreti di questo tipo di sindacato e della decisione che ne discende sul ciclo procedimentale; e, soprattutto, come si riconfigurino i rapporti tra processo e procedimento all'interno del *flow* dell'attività amministrativa³⁵.

In definitiva, è necessario interrogarsi non solo sulla tenuta dei modelli esistenti, ma sulla possibilità per il giudice amministrativo di sfruttare tecniche di sindacato “adattivo”, in grado di cogliere la complessità senza comprimerla o irrigidirla. Il giudice, piuttosto, deve adattarsi a un paradigma decisionale in continua trasformazione, in cui l'esigenza della certezza del diritto cede il passo a quella di gestire l'incertezza.

zione. Sulle varie forme di partecipazione pre-, endo- e post-procedimentale, cfr. M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2024, 3, pp. 651 ss.

³⁴ Espressione di N. IRTI, *L'ordine giuridico nel mercato*, Bari-Roma, Laterza, 2003, p. 145.

³⁵ La relazione tra processo e procedimento è in realtà un tema ancora aperto anche per quanto riguarda il procedimento “ordinario”, come recentemente ricordato da P. DURET, *Il rapporto tra procedimento e processo amministrativo nell'esperienza italiana*, in *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 85, pp. 347-371, che evidenzia una «circolarità tra procedimento amministrativo e processo amministrativo», sottolineando che «quest'ultimo si trova inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa come un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa» (p. 363). Per quanto riguarda il procedimento adattivo, che a sua volta ha un andamento circolare, si apre una prospettiva di nuove forme di interrelazioni tra processo e procedimento.

AURORA VAGNI

ADAPTIVE MANAGEMENT PROCEDURE E FINTECH REGULATORY SANDBOX: MODELLI A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. La sperimentazione normativa in ambito FinTech nell'ordinamento giuridico italiano. Cenni. – 2. *Regulatory sandbox* e *adaptive management*: prime osservazioni. – 3. Riflessioni conclusive e questioni aperte.

1. *La sperimentazione normativa in ambito FinTech nell'ordinamento giuridico italiano. Cenni*

Da tempo noto e ampiamente diffuso in ambito europeo¹ e internazionale, il fenomeno *regulatory sandbox* trova ingresso nell'ordinamento giuridico italiano mediante l'introduzione dei commi 2-*bis* e ss. dell'art. 36, del d.l. 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. "Decreto Crescita", conv. con mod. dalla l. 28 giugno 2019, n. 58), le cui disposizioni, attuate dal successivo d.m. 30 aprile 2021, n. 100², in linea con le prime applicazioni operative dell'istituto³, indirizzano e governano lo sviluppo della sperimentazione normativa nel vasto settore delle tecnologie finanziarie⁴.

¹ Tra le principali comunicazioni e relazioni istituzionali sul tema *regulatory sandbox* in ambito europeo: Risoluzione del Parlamento europeo del 17 maggio 2017 sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario; *ESAs' Joint Report in FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs*, luglio 2017; Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea del 16 novembre 2020 sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale; *Commission Staff Working Document "Regulatory learning in the EU Guidance on regulatory sandboxes, testbeds, and living labs in the EU, with a focus section on energy"*, 25 luglio 2023.

² Dal 1° aprile al 16 maggio 2025, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha posto in consultazione un nuovo schema di Regolamento sulla sperimentazione FinTech, elaborato all'esito di un confronto con le Autorità di vigilanza, sentito il Comitato FinTech, e destinato ad abrogare l'attuale d.m. 30 aprile 2021, n. 100.

³ Il meccanismo prende forma nel 2015 proprio in ambito FinTech, in occasione della proposta formulata nel Regno Unito dalla Financial Conduct Authority (FCA).

⁴ Il nostro ordinamento conosce ulteriori previsioni di sperimentazione normativa, introdotte, in specie, dal d. l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. "Decreto Semplificazioni". Si

Per *regulatory sandbox*, con specifico riguardo alla disciplina poc' anzi richiamata⁵, si intende un ambiente circoscritto e controllato (anche noto come “spazio di sperimentazione normativa”), destinato alla sperimentazione di prodotti, servizi o processi significativamente innovativi⁶ per periodi di tempo limitati e mediante concessione di deroghe provvisorie ad orientamenti di vigilanza, atti di carattere generale o disposizioni regolamentari⁷. L'obiettivo, in tal senso, consiste nel favorire lo sviluppo di soluzioni tecnologicamente innovative in ambito bancario, finanziario e assicurativo, verificandone in concreto, sotto la diretta supervisione delle Autorità di vigilanza (Banca d'Italia, CONSOB e IVASS) l'effettiva compatibilità con il quadro regolatorio vigente e le possibili implicazioni per i diritti degli utenti.

Così facendo, mentre il soggetto innovatore ha l'opportunità di testare nuovi prodotti o servizi in stretto rapporto con l'Autorità, beneficiando di un assetto normativo meno stringente e traendone utili indicazioni in materia di *compliance*, quest'ultima è in grado di assistere all'implementazione di tecnologie emergenti, recuperando terreno sul piano dell'asimmetria informativa e valutando la possibilità di intervenire proattivamente sulla regolamentazione, al fine di rimuovere eventuali ostacoli allo sviluppo tecnologico⁸.

tratta, tuttavia, di un modello di stampo multisettoriale e sensibilmente dissimile dalla sperimentazione FinTech.

⁵ Le *sandboxes* regolamentari rappresentano un fenomeno giuridico eterogeneo. Sviluppandosi in senso decentrato, l'istituto ha dato vita ad una pluralità di declinazioni e modelli: M. MILANESI, *Lo sviluppo delle sandbox regolatorie italiane tra dubbi e opportunità. Requiem per l'art. 223 dello «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici»*, in *federalismi.it*, 2023, 15, pp. 111-135; A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 4, pp. 1031-1049.

⁶ Art. 6, comma 1, del d.m. 30 aprile 2021, n. 100 (“*L'ammissione alla sperimentazione può essere consentita a condizione che l'attività soddisfi tutti i seguenti requisiti: a) è significativamente innovativa, ovvero, mediante l'impiego di nuove tecnologie, contribuisce ad offrire servizi, prodotti o processi nei settori bancario, finanziario o assicurativo che siano realmente nuovi e diversi rispetto a quanto già presente sul mercato nazionale [...]*”).

⁷ (“[...] b) per le modalità in cui è prospettata, richiede la deroga a uno o più orientamenti di vigilanza o atti di carattere generale adottati dalle autorità di vigilanza, nonché a una o più norme o regolamenti adottati dalle medesime autorità di vigilanza [...]”). Sul punto, sembra utile ricordare che la concessione di deroghe, benché provvisorie, non costituisce un tratto comune a tutti i modelli di *regulatory sandbox* (si pensi, in ultimo, alla disciplina di cui al Regolamento (UE) 2024/1689, c.d. AI Act).

⁸ Come si legge, ad esempio, in Commissione europea, Better Regulation Toolbox, versione aggiornata luglio 2023, p. 601 (“[...] advantages include the possibility to test

In questa prospettiva, le *sandboxes* regolamentari assumono la fisionomia di una tecnica di regolazione⁹ incentrata su un approccio di c.d. apprendimento normativo¹⁰, nel quale la raccolta e la valutazione di dati, in una cornice di dialogo diretto tra innovatori e Autorità, consentono di giungere ad una disciplina di settore a carattere marcatamente *evidence-based*. L'applicazione provvisoria di assetti regolamentari flessibili, frutto di un adattamento individualizzato della normativa vigente, contribuisce, poi, in modo decisivo, a delinearne la natura di meccanismi di "regolazione sperimentale" ("*experimental regulation*")¹¹.

Dinanzi alla crescente necessità di strumenti giuridici capaci di risposte versatili e tempestive, il presente contributo si propone di confrontare l'istituto delle *regulatory sandboxes* con la proposta statunitense di "*Model Adaptive Management Procedure Act*" (c.d. MAMPA)¹², allo

own innovations in a real-life setting, and gaining a better understanding of applicable rules, particularly when these fall in the remit of different regulators. Participation in a sandbox may also facilitate access to finance and reduce time-to market for the innovator. From a regulator's perspective, sandboxes allow some degree of flexibility without giving up regulatory standards; they facilitate learning, keeping up with developments in the sector, and highlight the implications of existing rules on cross-sectoral innovation and on innovation happening at the 'periphery' of the regulator's competence. They strengthen ties between regulators from different policy fields. [...]"; E. CIRONE, *Gli spazi di sperimentazione normativa nell'Unione europea: regolamentare l'innovazione tra principi e prassi applicative*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2025, 1.

⁹ M. GIUSTI, *Tecniche alternative di regolazione: stato dell'arte e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2024, 3, pp. 857-886.

¹⁰ G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *federalismi.it*, 2022, 30, pp. 88-112, parla di "*learning legislation*"; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Innovazione tecnologica, regolazione e supervisione dei mercati*, in *uer.it*, definisce le *sandboxes* come strumenti di "istruttoria legislativa"; K. KERT, M. VEBROVA, S. SCHADE, *Regulatory learning in experimentation spaces*, JRC Publication Repository, Commissione europea, 2022, parlano di "*bottom-up regulatory learning*", mentre N. MACCABIANI, *An empirical approach to the rule of law: the case of regulatory sandboxes*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 2, p. 759, accenna alla nozione di "*learning by doing*".

¹¹ M. PARACAMPO, *Il percorso evolutivo ed espansivo delle regulatory sandboxes da Fintech ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro*, in *federalismi.it*, 2022, 18, pp. 207-232; F. BAGNI, *The Regulatory Sandbox and the Cybersecurity Challenge: from the Artificial Intelligence Act to the Cyber Resilience Act*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2023, 2, p. 204.

In materia di *experimental regulation*, S. RANCHORDÁS, *Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes – Law Without Order?*, in *Law and Method*, Università di Groningen, 2021.

¹² J. B. RUHL e R. K. CRAIG, *Designing Administrative Law for Adaptive Manage-*

scopo di analizzare, in proiezione comparativa, due innovativi modelli procedurali chiamati a rappresentare la complicata interazione tra Pubblica Amministrazione, trasformazione tecnologica e cambiamento permanente.

Il lavoro cercherà pertanto, senza pretese di esaustività, di evidenziarne le principali differenze, avendo riguardo alla struttura, alle funzioni e alla natura giuridica di entrambi gli istituti e individuando, laddove consentito, profili di somiglianza.

2. Regulatory sandbox e adaptive management: prime osservazioni

La proposta statunitense di *adaptive management procedure* concerne lo sviluppo di un modello procedimentale di tipo “adattivo”, concepito per la gestione di rapporti amministrativi complessi mediante una costante attività di pianificazione, monitoraggio e apprendimento¹³.

Non si tratterebbe, quindi, né di uno strumento a carattere predittivo, né di un approccio meramente reattivo, finalizzato a garantire una revisione soltanto occasionale dell’azione amministrativa, ma di un sistema capace di governare sul lungo periodo contesti caratterizzati da un elevato grado di incertezza: all’espansione del quadro procedimentale, non più unicamente preordinato all’adozione di un provvedimento finale, corrisponde una rigorosa attività di pianificazione, volta ad assicurare allo scenario empirico una gestione continuativa e flessibile¹⁴.

Alla luce di tali premesse, emerge una prima, fondamentale differenza con i modelli di sperimentazione normativa, incentrata sulle finalità che contraddistinguono in ultima analisi la stessa natura giuridica dell’istituto.

Diversamente dall’*adaptive management*, infatti, le *sandboxes* regolamentari non intendono realizzare un’attività di sostanziale amministrazione attiva¹⁵, espressamente finalizzata all’adeguamento ricorrente di

ment, 67, Vanderbilt Law Review, 1 (2014), in <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/463>; R. K. CRAIG, J. B. RUHL, E. D. BROWN e B. K. WILLIAM, A proposal for amending administrative law to facilitate adaptive management, Environ. Res. Lett. 12 (2017) 074018.

¹³ ID, p. 3 “The process of decision making and adaptation that is adaptive management can be formally articulated in terms of a two-stage process, consisting of a deliberative or set-up phase, in which the ‘architecture’ of decision making is identified, and an iterative phase, in which its components fold into decision making, monitoring, and adaptation [...]”.

¹⁴ E. FURIOSI, *Il procedimento amministrativo di fronte alle transizioni permanenti: spunti dalla proposta di model adaptive management procedure act statunitense*, in questa opera.

¹⁵ L’art. 17, ccommi 6 e 7, del d.m. n. 100/2021 disciplina l’ipotesi in cui i sogget-

uno specifico titolo o rapporto giuridico amministrativo.

Pur interessando un oggetto determinato, gli spazi di sperimentazione normativa rispondono ad una pluralità di funzioni, tra le quali, in particolare, quella regolatoria, assurgendo in tal modo a veri e propri strumenti di *better regulation*: la sperimentazione di un prodotto o di un servizio innovativo diviene quindi occasione per testare i limiti della regolamentazione di settore e verificare in che modo le concrete esigenze dell'avanzamento tecnologico possano contribuire allo sviluppo dell'impianto normativo di riferimento, nell'ambito di un modello di regolazione che prende il nome di "*anticipatory regulation*"¹⁶.

Peraltro, sebbene anche il modello MAMPA preveda l'utilizzo di una procedura decisionale connessa all'adozione di regole amministrative di portata generale, il c.d. *rulemaking*¹⁷, apparentemente avvicinando il procedimento adattivo ad un'attività di natura regolatoria, è evidente che la relativa fase di pianificazione è comunque rivolta a governare scenari circoscritti e riconoscibili, inscrivendosi nell'ambito di un "binario procedurale parallelo" (quindi funzionalmente equivalente) alle strutture procedurali ordinarie.

L'ambiente *sandbox* si distinguerebbe dall'*adaptive management procedure* anche per l'assenza di una caratteristica tipica del modello di am-

ti che abbiano partecipato alla sperimentazione di attività soggette ad autorizzazione o iscrizione in albi, elenchi o registri tenuti dalle Autorità di vigilanza intendano chiedere, al termine della sperimentazione, il rilascio dell'autorizzazione o dell'iscrizione necessarie ad esercitare l'attività in via ordinaria. In tal caso, il procedimento di sperimentazione sembrerebbe collegarsi ad un effetto più propriamente "individuale", ma comunque afferente ad un'attività istruttoria separata (comma 7).

¹⁶ L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisor nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2023, 3, p. 1464 ("[...] questa regolazione ha come obiettivo di pervenire, attraverso un processo iterativo, ad una migliore comprensione dell'impatto della tecnologia sulla società e sull'economia anche grazie alla capacità di coinvolgere in questo processo tutti gli attori potenzialmente interessati"); C. PONCIBÒ e L. ZOBOLI, *Il diritto della concorrenza nei mercati digitali fra eccessi di regolamentazione ed esperimenti normativi: il caso delle regulatory sandboxes*, in *prepress.giuffre.it*, 2023, pp. 48 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024.

¹⁷ E. FURIOSI, *op. cit.*, ("[...] Il ciclo di pianificazione-implementazione-valutazione-riformulazione è l'elemento centrale del modello adattivo. Il piano iniziale, adottato anch'esso mediante *rulemaking*, deve contenere un'articolata serie di elementi: obiettivi gestionali, minacce e ostacoli al loro raggiungimento, indicatori da monitorare, metodologie di rilevazione, misure gestionali da implementare e condizioni che giustificerebbero la loro interruzione ("abort indicators") o che segnalerebbero il raggiungimento degli obiettivi ("finished indicators"). La trasparenza è garantita dall'obbligo di pubblicare periodicamente i dati di monitoraggio e di riferire sull'implementazione").

ministrazione adattiva, quale la “circularità” del disegno procedimentale complessivo¹⁸. Mentre quest’ultimo si lega ad un’attività ciclica di pianificazione, implementazione, revisione e adattamento, infatti, il primo è diretto alla realizzazione di sperimentazioni a carattere “lineare” e categoricamente temporaneo, escludendo la prospettiva di una periodica reiterazione del relativo procedimento.

Un’attenta disamina della disciplina introdotta dal d.m. n. 100/2021, tuttavia, lascerebbe intravedere interessanti convergenze con le specificità della gestione adattiva, in stretta aderenza allo svolgimento e ai possibili effetti della sperimentazione FinTech.

L’art. 16, in tema di monitoraggio, prevede che l’Autorità di vigilanza, qualora ciò si riveli necessario per la tutela degli utenti finali, per la stabilità del sistema bancario, finanziario e assicurativo, ovvero per l’integrità dei mercati, possa intervenire nel corso della sperimentazione al fine di rimodulare le prescrizioni originariamente impartite con il provvedimento di ammissione, derogando a ulteriori disposizioni regolamentari o reintroducendo l’applicazione di previsioni di cui era stata inizialmente concessa la sospensione. In questo modo, quindi, anche la fase di sperimentazione risponderebbe ad una logica di flessibilità e apertura, prevedendo la possibilità di apportare progressivi aggiustamenti al quadro derogatorio iniziale in considerazione dei risultati *medio tempore* ottenuti sul campo.

Al termine della sperimentazione, poi, nel caso in cui quest’ultima abbia avuto esito positivo e la prosecuzione dell’attività provvisoriamente implementata richieda modifiche alla regolamentazione di settore, l’Autorità competente avvia un’ulteriore istruttoria finalizzata alla valutazione di un possibile intervento, allo scopo di consentire lo svolgimento dell’attività anche al di fuori del perimetro controllato¹⁹. La norma prevede inoltre la possibilità di segnalare al Comitato FinTech²⁰, nell’ambito della relazione trasmessa all’esito della sperimentazione, l’eventuale opportunità di modifiche normative o chiarimenti interpretativi della normativa,

¹⁸ EAD, (*“In sintesi, pare che l’innovazione più significativa rispetto al paradigma tradizionale sia il superamento della dicotomia tra fase procedimentale e fase provvedimentale. Nel modello adattivo, il procedimento non si esaurisce con l’adozione del provvedimento, ma accompagna l’intero ciclo di vita del titolo amministrativo. Il piano iniziale non è un provvedimento finale, ma l’avvio di un processo gestionale continuo, sottoposto a revisione periodica. La dinamicità dell’approccio sostituisce la linearità del modello tradizionale con una circolarità che integra decisione, implementazione e apprendimento”*).

¹⁹ Art. 17, comma 3, del d.m. n. 100/2021.

²⁰ Il Comitato FinTech è istituito presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze ai sensi dell’articolo 36, comma 2-*octies*, del d.l. 30 aprile 2019, n. 34.

anche regolamentare, vigente, rispetto ai quali il Comitato può esercitare i poteri previsti dall'art. 3, comma 2, inclusa la facoltà di formulare al Governo proposte di intervento.

Anche in questo caso, in ragione di un possibile epilogo di natura regolatoria, si confermerebbe l'architettura di un processo di apprendimento lontano da modelli di regolazione meramente predittivi e sensibilmente più vicino alla logica dell'*adaptive management*, in cui monitoraggio e "adattamento" appartengono ad un unico e articolato flusso procedimentale.

3. *Riflessioni conclusive e questioni aperte*

Malgrado contesti e finalità differenti, può dunque rinvenirsi in entrambi i modelli la matrice comune di un approccio *evidence-based*, teso a governare in modo flessibile e pragmatico realtà in repentino mutamento.

Una struttura procedimentale complessa, articolata in fasi successive (ammissione, sperimentazione, monitoraggio, eventuale integrazione delle prescrizioni contenute nel provvedimento iniziale, valutazione di modifiche da apportare alla normativa di settore), potrebbe avvicinare le *sandboxes* ad un procedimento di regolazione di stampo "adattivo"²¹, in opposizione ai tradizionali meccanismi regolatori non più rispondenti alle esigenze delle odierne trasformazioni tecnologiche.

Tuttavia, il riferimento ad una regolazione specificamente adattiva, nel senso di cui alla proposta statunitense, non sembra pienamente in linea con le ambizioni di un simile strumento di *better regulation*, dovendo cedere, al più, alla richiamata nozione di regolazione anticipatoria.

Se, infatti, il modello MAMPA aspira alla gestione di contesti particolarmente complessi e caratterizzati da accentuati livelli di instabilità, facendo dell'apprendimento (c.d. "istituzionale"²²) una fase automatica e ineludibile del processo decisionale integrato, le *sandboxes*, anche attraverso la sperimentazione di *framework* normativi derogatori, rispondono piuttosto ad una logica di indagine, diretta alla definizione di regimi regolamentari più efficienti. Il concetto di "adattività", inserito in un andamento circolare tendente all'equilibrio, sembra pertanto contrapporsi all'idea di "sperimentazione", finalizzata ad individuare nella realtà empirica gli elementi necessari all'esercizio di una funzione di regolazione più propriamente anticipatoria.

²¹ Il Better Regulation Toolbox, luglio 2023, definisce espressamente le *regulatory sandboxes* come "[...] one of the most recent tools of adaptive regulation", rinviando alla previsione di strumenti di c.d. "*strategic foresight*" (p. 157).

²² R. K. CRAIG, J. B. RUHL, E. D. BROWN e B. K. WILLIAM, *op. cit.*, pp. 4 ss.

Rimangono, ad ogni modo, alcuni degli interrogativi sollevati in dottrina in relazione all'elaborazione teorica del modello procedimentale adattivo e ad una sua possibile trasposizione nell'ordinamento giuridico italiano²³, in apparenza condivisibili, *mutatis mutandis*, anche con riferimento alla sperimentazione normativa.

Si pensi, in particolare, ai limiti del sindacato giurisdizionale in materia di sperimentazione (e di istruttoria post-sperimentale) e alle prospettive di partecipazione procedimentale dei cc.dd. *stakeholders* di settore.

Da un lato, infatti, la natura sostanzialmente procedimentale della sperimentazione normativa potrebbe aprire all'ipotesi in cui i soggetti innovatori, in disaccordo con le valutazioni espresse dall'Autorità, intendano contestarne i relativi esiti; dall'altro, la peculiare conformazione giuridica delle *regulatory sandboxes* suggerisce la necessità di un coinvolgimento più ampio e strutturato dei potenziali portatori di interesse²⁴, coinvolgimento al quale, ad oggi, la disciplina domestica non sembra riservare particolare attenzione²⁵.

²³ E. FURIOSI, *op. cit.*

²⁴ Come avviene, ad esempio, per gli spazi di sperimentazione normativa di cui al Regolamento (UE) 2024/1689 (art. 58).

²⁵ Accanto alle garanzie previste dall'art. 14, comma 2, lett. c) per gli utenti finali che possano entrare in contatto con il soggetto ammesso alla sperimentazione, il d.m. n. 100/2021 prevede soltanto obblighi di natura pubblicitaria, finalizzati a rendere noto l'avvio della sperimentazione medesima (art. 17, comma 8).

Finito di stampare nel mese di febbraio 2026
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli

Il volume raccoglie gli atti di due convegni dell'Università degli Studi dell'Insubria nell'ambito del PRIN 2022 "Permanent Transition and Adaptation of Administrative Measures", progetto interuniversitario che coinvolge gli Atenei di Camerino, Cattolica del Sacro Cuore, Pavia e Insubria.

Al centro della riflessione si colloca la crisi del paradigma decisionario tradizionale di fronte all'incertezza strutturale che connota le transizioni in atto — ambientale, climatica, energetica, demografica. Il volume indaga la praticabilità di un modello di decisione amministrativa adattiva: decisioni a struttura aperta, capaci di incorporare margini di rivalutazione e accompagnate da tornate di monitoraggio, secondo la sequenza conoscenza-decisione-monitoraggio-adeguamento.

I contributi esaminano le figure prototipali già riscontrabili nell'ordinamento — dalla VIA alle autorizzazioni farmaceutiche, dalle concessioni idriche alle sandbox regolatorie — nonché le implicazioni sul versante della tutela giurisdizionale. Il confronto con la dottrina nordamericana dell'Adaptive Management (Craig, Ruhl) percorre trasversalmente l'intero volume.

In copertina: Foto di Patrick McManaman su Unsplash

euro 14,00

